

THÈSE

Pour obtenir le grade de
Docteur

Délivré par
l'Université Montpellier 1 et l'Université de Lomé

Préparée en cotutelle au sein des

**FACULTÉ DE DROIT
ET SCIENCE POLITIQUE
MONTPELLIER (FRANCE)**

**FACULTÉ DE DROIT
LOMÉ (TOGO)**

Laboratoire de recherche
Laboratoire de Droit Privé

Laboratoire de recherche
Centre de Droit des Affaires

Spécialité : Droit privé et sciences criminelles

Présentée par M. Messan Agbo FOLLY

**LE STATUT DES DIRIGEANTS SOCIAUX EN DROIT
DE L'OHADA**



Soutenu le 18 avril 2014 devant le jury composé de :

- | | |
|--|-------------|
| M. Philippe PÉTEL , Professeur à l'Université Montpellier 1 | Codirecteur |
| M. Akuété SANTOS , Professeur à l'Université de Lomé | Codirecteur |
| M. François-Xavier LUCAS , Professeur à l'Université
Panthéon-Sorbonne (Paris I) | Rapporteur |
| M. Didier PORACCHIA , Professeur à l'Université Paul
Cézanne (Aix Marseille III) | Rapporteur |

REMERCIEMENTS

La rédaction de cette thèse en cotutelle n'aurait pas été possible sans le concours de certaines personnes et institutions que je tiens à remercier très sincèrement ici :

- Monsieur Philippe PÉTEL, Professeur à l'Université Montpellier 1 (FRANCE) pour avoir accepté de codiriger cette thèse et pour ses conseils très utiles et enrichissants qu'il m'a prodigués durant toute la collaboration que j'ai avec lui ;
- Monsieur Akuété SANTOS, Professeur à l'Université de Lomé (TOGO) pour avoir accepté de codiriger cette thèse et pour sa constante bienveillance dans ma formation, sa rigueur et ses réflexions qui ont contribué à me guider dans cette thèse ;
- L'Université de Lomé en collaboration avec le Service de la Coopération et d'Actions Culturelles de l'Ambassade de France au Togo, qui m'ont attribué une bourse d'étude pour faciliter mes recherches en alternance entre l'Université de Lomé et l'Université Montpellier 1 ;
- L'Ecole Régionale Supérieure de la Magistrature (ERSUMA) de l'OAHDA qui m'a offert une bourse m'ayant permis de couvrir les charges relatives à mes recherches au sein de sa bibliothèque au cours du mois de septembre 2012 à Porto-Novo (BÉNIN) ;
- Ma sœur bien aimée Mlle Donsi FOLLY pour son aide indéfectible et les autres membres de ma famille pour leur soutien divers qu'ils m'ont apporté durant la rédaction de cette thèse ;
- Monsieur Bernard CORVAISIER pour son soutien matériel qu'il m'a apporté dans le cadre de cette thèse ;
- Mes amis pour leur contribution dans la mise en forme de cette thèse.

« Les Facultés n'entendent donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans cette thèse ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur ».

LISTE DES PRINCIPALES ABRÉVIATIONS

<i>Act. proc. coll.</i>	Lettre d'actualité des procédures collectives
<i>Adde</i>	Ajouter
<i>AJ</i>	Actualité de jurisprudence
AGO	Assemblée Générale Ordinaire
AGE	Assemblée Générale Extraordinaire
<i>al.</i>	Alinéa
<i>art.</i>	Article
AUDCG	Acte uniforme relatif au droit commercial général
AUSCGIE	Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique
AUPC	Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif
AUS	Acte uniforme portant organisation des sûretés
AUVE	Acte uniforme portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution
<i>avr.</i>	Avril
Bibl. dr. entr.	Collection Bibliothèque de droit de l'entreprise
Bibl. dr. pr.	Collection Bibliothèque de droit privé
BRDA	Bulletin Rapide de Droit des Affaires (F. Lefebvre)
Bull. civ.	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation française, chambre civile
Bull. Joly Sociétés	Bull. Joly Sociétés
<i>c/</i>	Contre
CA	Cour d'appel
C. civ.	Code civil
C. com.	Code de commerce
Cah. dr. entr.	Cahier de droit de l'entreprise
Cass. Ass. plén.	Assemblée plénière de la Cour de cassation française
Cass. civ. (1re, 2e, 3e)	Cour de cassation française, première, deuxième ou troisième chambre civile
Cass. com.	Chambre commerciale de la Cour de cassation française
Cass. crim.	Chambre criminelle de la Cour de cassation
Cass. soc.	Chambre sociale de la Cour de cassation
Cass. ch. mixte	Chambre mixte de la Cour de cassation
CCJA	Cour Commune de Justice et d'Arbitrage
CE	Conseil d'Etat français
Cf.	Conférer
Chron.	Chronique
CIMA	Conférence Interafricaine des Marchés d'Assurances
Coll.	Collection
Comm.	Commentaires
Concl.	Conclusions
Cons. cons.	Conseil constitutionnel
Contra	En sens contraire
D.	Recueil Dalloz
D. aff.	Recueil Dalloz affaires
Dacty	Dactylographié
déc.	Décembre
DG	Directeur général
DGA	Directeur Général Adjoint
D.H.	Recueil Dalloz hebdomadaire
dir. (sous)	direction (sous la)

D.P.	Recueil périodique Dalloz
Doctr.	Doctrine
Dr. sociétés	Droit des sociétés
Dr. et patr.	Droit et patrimoine
Dr. fisc.	Droit fiscal
Dr. pen.	Droit pénal
Dr. soc.	Droit social
éd.	Edition
EFE	Edition Formation Entreprise
ERSUMA	Ecole Régionale Supérieure de la Magistrature (de l'OHADA)
et alii	<i>Et autres (auteurs)</i>
ex.	Exemple
F. CFA	Franc de la Communauté Financière Africaine
Fasc.	Fascicule
fevr.	Février
Gaz. Pal.	Gazette du Palais
Ibidem	Au même endroit
in	Dans
IR	Informations Rapides (Dalloz)
IRJS	Institut de Recherche Juridique de la Sorbonne
infra	Plus bas
J.-Cl.	Juris-classeur
janv.	Janvier
JCP E	Juris-classeur périodique, édition Entreprise
JCP G	Juris-classeur périodique, édition Générale
JCP N	Juris-classeur périodique, édition Notariale
JO	Journal Officiel
JOCE	Journal Officiel des Communautés Européennes
JSL	Jurisprudence sociale Lamy
juill.	Juillet
Jur.	Jurisprudence
L.	Loi
L.G.D.J	Librairie générale de droit et de jurisprudence
Liaisons soc.	Liaisons sociales
LPA	Les Petites Affiches
M.	Monsieur
Me	Maître
Mme	Madame
n°	Numéro
NCPC	Nouveau code de procédure civile
not.	Notamment
nov.	Novembre
OHADA	Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires
obs.	Observations
oct.	Octobre
op. cit.	Dans l'ouvrage précité
Ord.	Ordonnance
p.	Page
pan.	Panorama
P-DG	Président-Directeur Général
PCA	Président du Conseil d'Administration
prat.	Pratique

préc.	Précité
préf.	Préface
PUA	Presse Universitaire d'Afrique
PUAM	Presses universitaires d'Aix-Marseille
PUF	Presses universitaires de France
RBSJA	Revue Béninoise de Sciences Juridiques et Administratives
RCCM	Registre de Commerce et de Crédit Mobilier
RCS	Registre de Commerce et des Sociétés
<i>RD bancaire et bours.</i>	Revue de droit bancaire et de la bourse
<i>RD bancaire et fin.</i>	Revue de droit bancaire et financier
<i>RDC</i>	Revue de droit des contrats
<i>RDSS</i>	Revue de droit sanitaire et social
<i>Rep.</i>	Répertoire (Encyclopédie Dalloz)
<i>Rev. ERSUMA</i>	Revue de l'Ecole Régionale Supérieure de la Magistrature
<i>Rev. huiss.</i>	Revue des huissiers
<i>Rev. Lamy dr. aff.</i>	Revue Lamy droit des affaires
<i>Rev. proc. coll.</i>	Revue des procédures collectives
<i>Rev. sociétés</i>	Revue des sociétés
<i>Rev. trav.</i>	Revue de droit du travail
<i>RJ com.</i>	Revue de jurisprudence commerciale
<i>RJDA</i>	Revue de jurisprudence de droit des affaires
<i>RSC</i>	Revue de science criminelle et de droit pénal comparé
<i>RTD civ.</i>	Revue trimestrielle de droit civil
<i>RTD com.</i>	Revue trimestrielle de droit commercial
<i>RTD eur.</i>	Revue trimestrielle de droit européen
S	Sirey
s.	Suivant (e) s
SA	Société anonyme
SARL	Société à responsabilité limitée
SARLU	Société à responsabilité limitée unipersonnelle
SAS	Société par actions simplifiée
SCS	Société en commandite simple
sept.	Septembre
SMIC	Salaire Minimum Interprofessionnel de croissance
SMIG	Salaire Minimum Interprofessionnel Garanti
SNC	Société en nom collectif
Somm.	Sommaire
spéc.	Spécialement
Sté	Société
Suppl.	Supplément
<i>supra</i>	Plus haut
t.	Tome
TGI	Tribunal de grande instance
th.	Thèse
TPI	Tribunal de première instance
TRHC	Tribunal régional hors classe
V.	Voir
v°	Verbo (mot)
Vol.	Volume

SOMMAIRE

(Les numéros renvoient aux pages ;
Une table des matières figure à la fin du document)

INTRODUCTION GÉNÉRALE.....	8
----------------------------	---

PREMIÈRE PARTIE

LA RIGIDITÉ DU STATUT DANS L'EXERCICE DE LA DIRECTION SOCIALE

TITRE I. L'ACCROISSEMENT DES POUVOIRS LÉGAUX DES DIRIGEANTS	36
CHAPITRE 1. L'INFLEXIBILITÉ DES POUVOIRS DANS LES ACTES COURANTS.....	37
CHAPITRE 2. LE DÉCLIN DES CONTRE-POUVOIRS CLASSIQUES DANS LES ACTES GRAVES.....	99
TITRE II. L'ÉMERGENCE DES SANCTIONS EN VÉRITABLE CONTRE-POUVOIR DES DIRIGEANTS..	155
CHAPITRE 1. LA FONCTION MORALISATRICE DES SANCTIONS DANS LES SOCIÉTÉS <i>IN BONIS</i>	156
CHAPITRE 2. LA FONCTION THÉRAPEUTIQUE DES SANCTIONS DANS LES SOCIÉTÉS EN DIFFICULTÉ.....	216

DEUXIÈME PARTIE

LA SOUPLESSE DU STATUT DANS L'ORGANISATION DE LA DIRECTION SOCIALE

TITRE I. L'AFFIRMATION DE LA SOUPLESSE DANS L'ORGANISATION FONCTIONNELLE...263	
CHAPITRE 1. LE RENFORCEMENT DU FONCTIONNEMENT DE LA DIRECTION SOCIALE.....	265
CHAPITRE 2. LA STABILISATION DU FONCTIONNEMENT DE LA DIRECTION SOCIALE.....	331
TITRE II. LA RELATIVITÉ DE LA SOUPLESSE DANS L'ORGANISATION STRUCTURELLE.... 390	
CHAPITRE 1. UNE ORGANISATION STRUCTURELLE DIRIGÉE.....	391
CHAPITRE 2. UNE ORGANISATION STRUCTURELLE PERFECTIBLE.....	430
CONCLUSION GÉNÉRALE.....	474

INTRODUCTION GÉNÉRALE

1. Du dirigeant aux dirigeants. L'idée de diriger une structure est aussi vieille que le monde. Les écrits bibliques nous apprennent qu'après les sept (07) premiers jours ayant marqué la naissance du monde et de l'humanité, « *l'Éternel Dieu prit l'homme, et le plaça dans le jardin d'Éden pour le cultiver et pour le garder* »¹. Le premier dirigeant² fut ainsi installé dans sa fonction avec des pouvoirs bien déterminés. Toute l'humanité lui était soumise. Par la suite, la multiplication des hommes a emporté une libéralisation de la direction de l'humanité. Un peu partout sur la terre, des royaumes se sont constitués sous la direction de souverains dont la succession était héréditaire. Mais sous la pression des peuples³ dénonçant l'absolutisme – parfois qualifiée d'éclairé⁴ – de souverains et le désintérêt de ceux-ci pour leurs intérêts, certains royaumes se sont transformés en républiques⁵. Le choix des dirigeants des républiques était soumis à l'élection du peuple. Cet acquis est conservé⁶, car il est jugé comme le moyen le plus démocratique de dévolution du pouvoir aux dirigeants dans une république. Pour autant, les Etats qui ont conservé le statut de royaume n'en sont pas moins démocratiques, car il existe des monarchies constitutionnelles dotées d'un régime parlementaire permettant de conférer les pouvoirs de direction au premier ministre et de limiter le roi ou la reine à un rôle purement honorifique comme au Royaume-Uni. En dehors des Etats, d'autres structures non-gouvernementales ont vu le jour tant à l'échelle nationale⁷ qu'internationale⁸. Toutes ces structures ne peuvent fonctionner sans dirigeants. Chaque dirigeant a un statut en fonction de l'organisme dont il a la charge. Notre étude sera consacrée au statut des dirigeants sociaux en droit de l'OHADA.

¹ Genèse chapitre 2, verset 15 de la Bible Version Louis Second, 1910.

² En revanche, selon les recherches scientifiques sur l'histoire de l'humanité, les ancêtres des hommes étaient des singes (primates). En d'autres termes, les premiers hommes étaient descendus des singes. La morphologie de l'homme a subi une métamorphose profonde du statut de singe à celui de l'homme intégral. On est passé du néandertalien à l'homo sapiens. Il a été démontré que d'après les recherches archéologiques, l'Afrique est le berceau de l'humanité (V. G. DUBY, *Histoire de la France, des origines à nos jours*, Larousse, 2006, p. 50 et s.). Cette thèse manque de pertinence, car bien que n'étant pas différents des singes supposés être les ancêtres de l'homme, les signes d'aujourd'hui ne se métamorphosent plus en une personne humaine et leurs descendants demeurent à leur image et non à celle de l'homme.

³ Par ex., F. FURET et D. RICHEL, *La révolution française*, Fayard 1973 ; R. ESCANDE, *Le livre noir de la révolution française*, Les éditions du Cerf, 2008.

⁴ V. not., C. GICQUELAY, *Louis-François de Bourbon-Conti (1717-1776): le modèle du prince éclairé?*, in *L'absolutisme éclairé*, Centre d'Histoire judiciaire, 2002, p. 19 ; VON BONE, *Guillaume I^{er} (1772-1844), roi constitutionnel des Pays-Bas, tenté par l'absolutisme éclairé*, in *L'absolutisme éclairé*, Centre d'Histoire judiciaire, 2002, p. 151.

⁵ Par ex., v. Th. APRILE, *La 1^{ère} république 1792-1804 De la chute de la monarchie au consulat*, Coll. Histoire politique de la France, Pygmalion, 1999.

⁶ Les jeunes États africains dont la plupart ont acquis l'indépendance dans les années 1960 sont confrontés à l'expérience de la démocratie importée de l'occident. Le mouvement étant devenu irréversible, ils sont obligés de se conformer aux valeurs démocratiques. Mais seulement une poignée d'États africains sont véritablement démocratiques.

⁷ Comme structures non-gouvernementales internes, nous avons notamment les associations, les sociétés commerciales et les syndicats.

⁸ Au nombre des organisations internationales, on peut citer notamment l'Organisation des Nations Unies (ONU), la Banque mondiale, le Fond monétaire internationale.

I. ACTUALITÉ DU SUJET

2. Le dirigeant social, un acteur très controversé. Comme on peut en douter, le dirigeant social est un mal nécessaire. Un mal, car certains considèrent le dirigeant comme un délinquant en puissance⁹ et ses indélicatesses peuvent affecter la vie de la société¹⁰. Nécessaire, car aucune société ne saurait exister sans dirigeant. La succession de crises et de scandales financiers, depuis la faillite de la société d'énergie *Enron* en décembre 2001 jusqu'à la crise des *subprimes* de 2008 singularisée par la faillite de la banque d'investissement *Lehman Brothers*, conduit à douter de l'effectivité du contrôle exercé sur les dirigeants de grandes sociétés cotées¹¹. Sur les quatre dernières années d'existence ces entreprises (1998-2001 et 2004-2007), Jeffrey SKILLING, le dernier directeur général de *Enron*, empoche 250 millions de dollars en exerçant ses options, contre 300 millions pour Richard FULD, directeur général de *Lehman*. La nécessité de renforcer le contrôle des actes des dirigeants est devenue une préoccupation. La « *corporate governance* » est apparue comme un moyen le plus apte à assurer ce renforcement eu égard à ses principes de « *duty of care* » et « *duty of loyalty* » ou encore de « *se conformer ou expliquer* »¹². Issue du système anglo-saxon, la « *corporate governance* » a été, par la suite, introduite en France¹³. Ses applications ont été limitées au domaine des sociétés cotées par la création de nouveaux organes notamment le comité d'audit¹⁴, le comité de rémunérations¹⁵ et l'administrateur indépendant¹⁶ devant concourir au renforcement du contrôle des actes des dirigeants. Ces structures n'ont pas toujours eu raison de la gourmandise rémunératoire de certains dirigeants sociaux. Par exemple, en 2013, ce sont les pressions publiques qui ont décidé M. Philippe VARIN, président-directeur général de Peugeot-Citroën, à renoncer à ses options qui lui réservaient 21 millions d'euros à son départ du groupe. Les applications de la « *corporate governance* » ont été étendues aux sociétés non cotées et même aux sociétés autres que les sociétés anonymes par l'exigence du devoir de loyauté des dirigeants¹⁷.

2 bis. Sur le continent africain, l'exercice de la fonction de dirigeant social a été au cœur de l'actualité ces derniers mois à cause de la crise qui a éclaté au sein du groupe panafricain Ecobank autour de sa direction générale. En effet,

⁹ A. MARTIN-SERF, *La responsabilité civile des dirigeants sociaux : un nuancier de plus en plus subtil*, Mélanges Jean-Pierre SORTAIS, Bruylant, 2002, p. 385. Selon cet auteur, « la responsabilité pénale fait peser sur le dirigeant un ensemble de règles éparses (...) qui font de lui un délinquant en puissance ».

¹⁰ V. par ex., J.-P. GASTAUD, *Le sort de la société à l'occasion des procédures collectives en droit français*, in Mélanges Jean-Pierre SORTAIS, Bruylant, 2002, p. 235 ; Cl. DUCOULOUX, *Les déviances de la gestion dans nos grandes entreprises*, D. 1996, chron. 190 ; A. TUNC, *L'effacement des organes légaux de la société anonyme*, D. 1952, chron. 73 ; E. BORONAD-LESOIN, *La survie de la personne morale dissoute*, RTD com. 2003, p. 1 ; A. BOUILLOUX, *La survie de la personnalité morale pour les besoins de la liquidation*, Rev. sociétés 1994, p. 393.

¹¹ A. REBÉRIOUX, *Gouvernance d'entreprise et contrôle des dirigeants : 1932-2008, d'une crise à l'autre*, in *La gouvernance des sociétés cotées face à la finance, Pour une meilleure protection de l'intérêt social*, sous dir. V. MAGNIER, préf. Ph. MARINI, L.G.D.J., 2010, p. 4, n° 4.

¹² J.-B. POULLE, *Réflexion sur le droit souple et le gouvernement d'entreprise (Le principe « se conformer ou expliquer » en droit boursier)*, L'Harmattan, 2011, p. 1 et s.

¹³ Pour l'avènement de la « *corporate governance* » en France, v. *infra* n° 339-341.

¹⁴ V. *infra* n° 893-986.

¹⁵ V. *infra* n° 890-892.

¹⁶ V. *infra* n° 893, 895.

¹⁷ V. *infra* n° 338-346.

sur délibération du conseil d'administration d'Ecobank tenu au Cameroun le 11 mars 2014, le départ du directeur général M. Thierry TANOHO du groupe Ecobank Transnational Incorporated avait été annoncé pour compter à partir du 12 mars 2014. Il a été remplacé en qualité de directeur général du groupe par M. Albert ESSIEN, en ce moment, directeur général adjoint du groupe depuis deux ans déjà. En août 2013, M. Thierry TANOHO a été accusé par l'une des responsables de la banque, Mme Laurence DO REGO (franco-béninoise), administrateur exécutif du Groupe, de mauvaise gestion durant l'exercice 2012. En juin 2013, Mme DO REGO a été contrainte de quitter l'institution, les premiers responsables ayant mis fin à ses fonctions. Par la suite, Ecobank a, conformément à une directive de la Securities and Exchange Commission du Nigeria, réintégré Mme Laurence DO REGO dans ses fonctions d'Administrateur exécutif du groupe, finances et risques. Cette crise a amené le président d'honneur et co-fondateur de la banque panafricaine, le togolais M. Gervais Koffi DJONDO, à exiger publiquement en septembre, la démission du président du conseil d'administration M. Kolapo LAWSON. Ce dernier a finalement quitté ses fonctions en octobre, lors d'une réunion du conseil d'administration.

3. Des nouveaux visages du traitement réservé aux dirigeants. S'il est vrai que les dirigeants peuvent paraître menaçants pour les intérêts de la société, il n'en demeure pas moins qu'ils remplissent une fonction qui mérite qu'on leur réserve un traitement digne de leur rang au sein des acteurs sociaux en dépit des fautes qui peuvent leur être reprochées. Cette nécessité de préserver les droits fondamentaux des dirigeants¹⁸ même s'ils méritent une révocation a conduit la jurisprudence française à soumettre leur révocation au respect du principe du contradictoire. La violation de ce principe est considérée comme un abus du droit de révoquer susceptible d'engager la responsabilité de ses auteurs¹⁹. En revanche, les dirigeants exemplaires dont la performance s'est soldée par des résultats sociaux positifs et pérennes peuvent bénéficier, en dehors de leurs rémunérations ordinaires, de rémunérations extraordinaires raisonnables à travers des instruments financiers²⁰. Toutes ces mesures destinées à moraliser, d'une part la fonction des dirigeants et, d'autre part, à la rendre attrayante montre une réadaptation continue du statut aux besoins nouveaux. Certes, elles ne traduisent pas tous les aspects du statut des dirigeants mais ont contribué à le mettre devant l'actualité. Nous avons jugé important d'aborder un tel sujet pour analyser le statut et le mettre en phase avec les besoins nouveaux. Ce sujet présente un intérêt indéniable.

¹⁸ V. V. ALLEGAERT, *Le droit des sociétés et les libertés et droits fondamentaux*, th. Paris I, préf. F.-X. LUCAS, PUAM, 2005, p. 314 et s., n° 268 et s.

¹⁹ V. not., P. REIGNE, *Révocabilité ad nutum des mandataires sociaux et faute de la société*, *Rev. sociétés* 1991, p. 499, spéc. n° 10 et s. ; J.-P. BERTREL, *La cohabitation de la révocabilité ad nutum et du principe du contradictoire*, *Droit et patrimoine*, n° 64, octobre 1998, p. 74 ; P. LE CANNU, *Le principe de contradiction et la protection des dirigeants*, *Bull. Joly Sociétés* 1996, p. 11, § 2 ; F.-X. LUCAS, *Le principe du contradictoire en droit des sociétés*, in *Libertés et droits fondamentaux*, 10^e éd., Dalloz, 2004, p. 663 ; B. SAINTOURENS, *La révocation des dirigeants sociaux dans l'actualité jurisprudentielle*, *Bull. Joly Sociétés* 2005, § 152, spéc. p. 670 et s. ; D. VIDAL, *Le respect du principe du contradictoire : une exigence du droit des sociétés ?*, *Dr. sociétés*, novembre 1998, p. 3.

²⁰ V. F. M. LAPRADE, *La rémunération des dirigeants sociaux au travers d'instruments financiers*, *Bull. Joly Sociétés* 2008, n° 6, p. 542, § 117 ; F. MARTIN LAPRADE, *Les mécanismes d'intéressement des cadres dirigeants*, EFE, 2012.

II. INTÉRÊT DU SUJET

4. **Intérêt théorique.** Le statut des dirigeants revêt un intérêt majeur dans la mesure où il faut lui restituer son image homogène longtemps démentie à travers sa balkanisation qui laissait croire à son hétérogénéité. En effet, le statut a fait l'objet d'études éclatées sans qu'on parvienne à avoir une idée réelle de sa physionomie. En dehors de quelques rares auteurs qui ont envisagé le statut du dirigeant dans son ensemble²¹ sans pour autant nous révéler sa physionomie, la plupart ne se sont intéressés qu'à un morceau de ce statut. Certains ont étudié les pouvoirs des dirigeants²², la rémunération des dirigeants²³, la révocation des dirigeants²⁴. D'autres se sont

²¹ V. B. PETIT et Ch. ROBBEZ-MASSON, *Le statut du chef d'entreprise*, Coll. Droit de l'entreprise, Editions Liaisons, 1994 : le recours à la notion d'entreprise a donné lieu à une étude qui va au-delà du statut des dirigeants sociaux, car l'entreprise peut être non seulement une société commerciale mais aussi un fonds de commerce, une activité d'un artisan ou d'un commerçant personne physique étant donné qu'elle est « une entité qui associe et coordonne un ensemble de moyens financier, matériel et humain en vue de la production de certains biens et service » (p. 1). En apparence, l'étude semble porter sur le statut du chef d'entreprise. Mais, comme l'ont relevé ses auteurs, elle évoque en réalité les statuts de chefs d'entreprises de nature différente (p. 2). Un autre auteur a étudié le statut des dirigeants : D. GIBIRILA, *Le dirigeant de société, statut juridique, social et fiscal*, th. Toulouse, Litec, 1995, p. 12, n° 11. Mais cet auteur n'a pas resserré le statut autour des dirigeants sociaux réels. Il l'a étendu aux administrateurs. Or, l'administrateur n'est pas un dirigeant social. Il en est de même du conseil d'administration. Même si le dirigeant et l'administrateur sont soumis pratiquement au même régime de responsabilité, l'administrateur comme le conseil d'administration ne sont pas les représentants légaux de la société. Il est incohérent de reconnaître le même statut à l'administrateur qu'au dirigeant. Les deux entités ont des statuts différents sur plusieurs points notamment les pouvoirs. En outre, l'étude du statut des dirigeants intéressé un autre auteur : J. F. BULLE, *Le statut du dirigeant de société, SARL et SA*, éd. La Villeguérin, 2^e éd., 1996. Cette étude n'est consacrée qu'aux sociétés à risques limités. Les dirigeants des sociétés à risques illimités étaient exclus. – Adde J. J. DAIGRE, *Réflexions sur le statut individuel des dirigeants de sociétés anonymes*, Rev. sociétés 1981, p. 497. Non seulement cette étude n'est limitée qu'aux dirigeants de SA mais aussi le cadre de sa publication ne permettait pas d'envisager une étude approfondie du statut. Un autre auteur s'est intéressé aux dirigeants des groupes de sociétés : Th. GAUTHIER, *Les dirigeants et les groupes de sociétés*, th. Lyon III, préf. Y. REINHARD, Bibl. dr. entr., t. 47, Litec, 2000. Cet auteur a traité du pouvoir des groupes sur les dirigeants et du pouvoir des dirigeants sur les groupes. Il a démontré que la fonction directoriale est précaire mais que le groupe est un cadre favorable à sa stabilisation par le recours au cumul de la fonction sociale avec une fonction salariée. En outre, il ajoute que la domination d'un dirigeant sur le groupe peut aggraver sa responsabilité lors qu'il use de ses pouvoirs pour confondre les patrimoines de sociétés groupées ou pour abuser de la personnalité morale de ces sociétés. Cette étude polarisée sur les dirigeants des groupes de sociétés perd toute neutralité dans l'étude du statut des dirigeants, car son champ empêche une révélation complète de la physionomie du statut indépendamment de l'appartenance de la société à un groupe ou non.

²² V. P. PIC, *Le problème de la gestion collective dans les SARL*, D.H. 1928, Chron. p. 73 ; H. ROLAND, *La portée de la clause statutaire exigeant le concours de tous les gérants dans la SARL*, D. 1961, Chron. p. 61 ; D. BASTAN, *A propos de la pluralité des gérants dans les SARL*, JCP 1951, I, 928 ; F. BARATIN, *Les pouvoirs de la gérance dans les SARL*, Rev. sociétés 1926, p. 158 ; C. BERR, *L'exercice du pouvoir dans les sociétés commerciales*, thèse Grenoble, préf. F. GIVORD, Sirey, 1961 ; Y. CHAPUT, *De l'objet social des sociétés commerciales*, thèse Clermont, 1973 ; D. MARTIN, *Les pouvoirs des gérants des sociétés de personnes*, RTD com. 1973, p. 190 ; F. K. DECKON, *Les pouvoirs du dirigeant de société commerciale en droit uniforme de l'OHADA*, Revue Africaine de Droit, d'Economie et de Développement, 2005, p. 4.

²³ V. A. PICAND-L'AMEREC, *L'autorémunération du président du conseil d'administration*, Bull. Joly Sociétés 1988, p. 319 ; G. LYON-CAEN, *Encore la rémunération des P-DG*, D. Aff. n° 6/1996, p. 163 ; P. LE CANNU, *Rémunérations des dirigeants de sociétés anonymes et contrôle des conventions*, Bull. Joly Sociétés 1996, p. 567, 203 ; F. GARRON, *La rémunération excessive des dirigeants de sociétés commerciales*, Rev. sociétés 2005, p. 795 ; Y. PACLOT, *Les rémunérations des dirigeants des sociétés cotées en question*, D. 2007, p. 1670 ; F. GARRON, *La rémunération excessive des dirigeants de sociétés commerciales*, Rev. sociétés 2005, p. 795 ; J. DE CALBIAC, *Les avantages sociaux des dirigeants d'entreprise*, thèse Paris II, préf. P. MORVAN, PUAM, 2012.

²⁴ V. not., J.-L. AUBERT, *La révocation des organes d'administration des sociétés commerciales*, RTD com. 1968, p. 977 ; BAILLOD, *Le juste motif de révocation des dirigeants sociaux*, RTD com., 1983, p. 395 ; P. REIGNE, *Révocabilité ad nutum des mandataires sociaux et faute de la société*, Rev. sociétés 1991, p. 499 ; J.-J. CAUSSAIN, *La précarité de la fonction de mandataire social (Révocation et modes de protection)*, Bull. Joly 1993.151, p. 523 ; A. ALBARIAN, *La révocation des mandataires sociaux pour perte de confiance*, RTD com. 2012, p. 1.

intéressés à la démission des dirigeants²⁵, à la responsabilité des dirigeants²⁶ ou encore au devoir des dirigeants²⁷. Il y en a qui se sont brièvement référés aux obligations d'information et de respecter les normes incombant aux dirigeants, à l'exigence de leur intégrité et à la confrontation des dirigeants à la « *corporate governance* » pour conclure que le visage de ce statut est multiples²⁸.

Malgré cet éclatement de l'étude du statut des dirigeants, il apparaît que tous les aspects de ce statut sont connectés et que les ramifications de ces études finissent toujours par recouper d'autres aspects indirectement envisagés. Cet éclatement favorise une banalisation de certains de ses aspects jugés secondaires²⁹ alors que ce statut est pourtant équilibré. La difficulté d'unification du statut des dirigeants semble davantage favorisée par la pluralité d'appellations des dirigeants à telle enseigne qu'on douterait de l'existence d'un statut homogène ou unique. Mais au fond, cette variété de dirigeants est prévue par le législateur pour rendre le statut souple en vue de laisser une grande liberté aux promoteurs de sociétés pour choisir les titres qui leur convient. Cette variété ne saurait jouer contre le statut. Elle est destinée au contraire à le rendre dynamique.

5. Intérêt pratique. Sur le plan pratique, le dirigeant social exerce-t-il une activité professionnelle voire indépendante ? La réponse à cette question fait l'objet d'un débat. D'abord, sur la qualification du dirigeant social de professionnel, les critères catégoriels d'une telle qualification à savoir « *un revenu ou une rémunération* » et une « *qualification* » et les critères déontologiques ne servent pas tous le dirigeant. Une partie de la doctrine reconnaît la qualité de professionnel au dirigeant en raison des revenus que lui procure sa fonction³⁰. Par contre,

²⁵ V. H. SOULEAU, *La démission des dirigeants des sociétés commerciales*, RTD com. 1972, p. 38 ; D. MARTIN, *La démission des organes de gestion dans les sociétés commerciales*, Rev. sociétés 1973, p. 273 ; A. LECOURT, *Retour sur la démission des dirigeants de groupements*, Dr. sociétés n° 7, 2006, étude 15.

²⁶ V. not., Ph. GUIZARD, *Des effets de la faillite d'une société à responsabilité limitée sur le patrimoine de ses dirigeants*, th. Montpellier 1958 ; J.-P. BERDAH, *Fonctions et responsabilité des dirigeants de sociétés par actions*, th. Nice, préf. P. BONASSIES, Sirey, 1974 ; M. HARTI, *L'engagement personnel des dirigeants à l'égard des dettes de leurs sociétés en droit français et en droit marocain*, th. Montpellier 1, 1983 ; J.-P. ANTONA, Ph. COLIN, F. LENGART, *La responsabilité pénale des cadres et des dirigeants dans le monde des affaires*, Dalloz, 1996 ; S. MESSAI-BAHRI, *La responsabilité civile des dirigeants sociaux*, th. Paris I, préf. P. LE CANNU, Bibl. de l'Institut André Tunc, tome 18, IRJS, 2009 ; B. PEREIRA, *La responsabilité pénale des entreprises et de leurs dirigeants*, EMS Editions, 2011.

²⁷ V. not., N. DION, *Les obligations fiduciaires des dirigeants de sociétés commerciales, droit des Etats-Unis d'Amérique et droit français*, th. Orléans, 1994 ; E. SCHOLASTIQUE, *Le devoir de diligence des administrateurs de sociétés. Droit français et anglais*, préf. de A. TUNC, Bibl. dr. pr., t. 302, LGDJ, 1998 ; K. GREVAIN-LEMERCIER, *Le devoir de loyauté des dirigeants : le retour*, Gaz. Pal. 2012, p. 7 ; L. GODON, *L'obligation de non-concurrence des dirigeants sociaux*, Bull. Joly Sociétés 1999, n° 1, p. 5 ; Y. PICOD, *Devoir de loyauté des dirigeants de sociétés*, D. 2003, p. 1032.

²⁸ F. VINCKE, *Le dirigeant d'entreprise, ses multiples profils*, in Séminaire organisé à Liège Jeudi 6 mai 1999 sur « Dirigeant d'entreprise un statut complexe aux multiples visages », Coll. Commission droit et vie des affaires, Bruylant, 2000, p. 1.

²⁹ Relevons quelques exclusions. « *Nous laisserons dans l'ombre toutefois un certain nombre de questions relatives au statut des gérants, soit parce qu'elles seront traitées dans un autre contexte, soit parce qu'elles n'intéressent que les questions relatives à la rémunération et à la situation du gérant au regard du droit social et fiscal ne seront pas abordées en principe* » : C. BERR, *L'exercice du pouvoir dans les sociétés commerciales*, op. cit., n° 47. « *C'est un aspect du statut qui est envisagé dans les pouvoirs du dirigeant de société commerciale* » : F. K. DECKON, *Les pouvoirs du dirigeant de société commerciale en droit uniforme de l'OHADA*, Revue Africaine de Droit, d'Economie et de Développement, 2005, p. 6. L'auteur exclut par la suite, du champ de son étude, les pouvoirs de direction du personnel.

³⁰ C. BERR, *L'exercice du pouvoir dans les sociétés commerciales*, op. cit., n° 539. Selon cet auteur, le dirigeant « *... vit de la part des bénéfices qu'il prélève en rémunération de son activité. On sait d'ailleurs que la loi a pris en considération cet aspect fondamental et s'est préoccupée (...) d'assimiler les dirigeants de sociétés à certaines catégories professionnelles bien déterminées* ». Adde, Ch. LEBEL, *Le gérant majoritaire de SARL n'est pas éligible à la procédure de redressement judiciaire*, JCP éd. E, n° 2, 8 Janvier 2009, 1023.

une autre partie néglige de lui reconnaître expressément cette qualité, quand bien même elle définit le professionnel par le critère de revenu³¹. S'agissant du critère de qualification, il défavorise l'attribution de la qualité de professionnel au dirigeant, car aucune formation n'est exigée pour accéder au statut de dirigeant. Pour autant, cette remise en cause ne saurait être absolue, car l'accession au statut de dirigeant dans certaines sociétés notamment bancaires ou assurantielles est conditionnée par l'acquisition d'une qualification légalement prévue³². Enfin, eu égard au critère de déontologie, la qualité de professionnel est niée au dirigeant lorsqu'on compare sa fonction à celle de certaines professions libérales notamment la profession d'avocat³³ et de pharmacien³⁴ cadrée par des règles déontologiques. Car, la fonction de dirigeant n'est pas dotée d'un code déontologique. Mais il convient de rejeter une absence de déontologie des dirigeants, car depuis la débâcle des Frères Pereire à la fin du Second Empire en France³⁵ jusqu'aujourd'hui, les dirigeants de sociétés sont soumis à une déontologie à travers une multiplication sans cesse croissante de leurs interdits³⁶ qui impliquent des devoirs progressivement définis dont les sanctions sont définies en fonction de l'état de santé de la société³⁷.

Si le dirigeant social est un professionnel, exerce-t-il pour autant une activité professionnelle indépendante ? La réponse à cette question diverge selon qu'on applique le droit de la sécurité sociale ou le droit fiscal, d'une part, et, d'autre part, le droit des procédures collectives. Eu égard au droit de la sécurité sociale et au droit fiscal, certains dirigeants non assimilés aux salariés sont considérés comme des professionnels indépendants³⁸. Il s'agit notamment du gérant majoritaire et par extension de l'administrateur général majoritaire. En vertu de ce principe, l'URSSAF³⁹ s'était pourvue en cassation contre des arrêts de la cour d'appel de Bordeaux et de Chambéry qui ont refusé d'admettre la mise en procédure collective d'un gérant majoritaire. La Cour de cassation a approuvé ces arrêts selon lequel « le gérant d'une SARL, qui agit au nom de la société qu'il représente et non en son nom personnel, n'exerce pas une activité professionnelle indépendante au sens de l'article L. 631-2 du code de commerce, en a exactement déduit que

³¹ Par ex., D. BERT, *Essai sur le droit de l'activité professionnelle indépendante*, th. Paris Sud 11, préf. X. BOUCOBZA, Fondation Varenne, Coll. des thèses, n° 55, LGDJ, 2011.

³² A titre d'exemple, l'art. 329 du Confédération Interafricaine des marchés assurances (CIMA) prescrit : « pour être éligibles au poste de Directeur Général, les postulants doivent être titulaires : soit d'un diplôme d'études supérieures en assurance ou en actuariat et justifier d'une expérience minimale de cinq ans à un poste d'encadrement supérieur dans une entreprise d'assurance (...) soit d'un diplôme de l'enseignement supérieur d'orientation économique ou juridique avec une expérience de 5 ans dans des fonctions de direction d'une entreprise à caractère financier, soit d'un diplôme de l'enseignement supérieur avec une expérience minimale de dix ans dans des fonctions d'encadrement supérieur dans une entreprise ou dans une administration ».

³³ Sur la profession d'avocat et ses origines, v. B. BEIGNER et alii, *Droit et Déontologie de la profession d'avocat*, L.G.D.J., 2008 ; H. ADER et A. DAMIEN, *Règles de la profession d'avocat*, Dalloz, 2010 ; R. MARTIN, *Déontologie de l'avocat*, LexisNexis, 2013.

³⁴ Par ex., G. VIALA, *Réglementation de la profession de pharmacien*, *Actualité juridique*, RDSS 1996, p. 544.

³⁵ Par ex., CA Colmar, 3 juill. 1867, DP 1867, 2235.

³⁶ V. *infra* n° 308-346.

³⁷ V. *infra* n° 305 s.

³⁸ V. *infra* n° 816 s. Même, une partie de la doctrine classe la fonction des dirigeants parmi les professions indépendantes dont la preuve peut être faite par la production de certains documents notamment l'acte de nomination et une attestation émanant d'une caisse d'assurance sociale pour les travailleurs indépendants : R. GAMBIBI et J. TYBERGHEIN, *L'accès à la profession après la loi-programme du 10 février 1998 pour la promotion de l'entreprise indépendante et ses arrêtés royaux d'exécution*, in Séminaire organisé à Liège Jeudi 6 mai 1999 sur « Dirigeant d'entreprise un statut complexe aux multiples visages », Coll. Commission droit et vie des affaires, Bruylant, 2000, pp. 27-28.

³⁹ Union de Recouvrement pour la Sécurité Sociale et les Allocations Familiales (URSSAF).

M. Perchet ne pouvait pas être mis en redressement judiciaire »⁴⁰. Par cet arrêt la jurisprudence rejette non pas l'exercice d'une activité professionnelle par le dirigeant mais l'exercice d'une activité professionnelle indépendante pour éviter de le soumettre à une procédure collective. Ce principe a vocation à s'appliquer à tous les dirigeants. D'ailleurs, dans un arrêt du 21 janvier 2010, la chambre civile de la Cour de cassation française a partagé ce principe en cassant un arrêt d'appel qui a admis l'ouverture d'une procédure collective contre un gérant⁴¹. Cette exclusion des dirigeants de la procédure collective s'explique par la nécessité de séparer l'homme de l'entreprise dans le cadre d'une procédure collective consacrée par la loi française du 13 juillet 1967 et de traiter exclusivement les difficultés d'une entreprise depuis la loi française du 25 janvier 1985⁴². L'activité du dirigeant n'étant pas une entreprise, il est exclu qu'elle expose le dirigeant à une procédure collective. De plus, le règlement des dettes d'un dirigeant *ès qualité* ne peut être soumis aux règles applicables au surendettement des particuliers qui ne prennent en compte que des dettes non professionnelles. En fin de compte, le dirigeant exerce une activité professionnelle ni indépendante car leur fonction ne constitue pas en soi une entreprise, ni subordonnée car leur fonction leur confère la prérogative de chef d'entreprise. L'ouverture d'une procédure collective contre lui n'est possible que si une telle procédure est ouverte contre la société qu'il dirige et qu'il est reconnu à son encontre une confusion de patrimoines ou la fictivité de cette société⁴³. Cette professionnalisation régulée de la fonction des dirigeants alimente un intérêt pratique de ce sujet. La détermination du fil conducteur de notre étude passe par une clarification des termes qui composent le sujet.

III. DÉLIMITATION DU SUJET

6. La délimitation du champ de notre étude exige que l'on s'arrête sur la définition de chaque terme composant le thème du sujet. Il s'agira d'éclaircir le concept de « *statut* » et de « *dirigeants sociaux* » avant de présenter le « *droit de l'OHADA* ».

7. **Notion de statut.** Le terme « *statut* » n'est pas employé explicitement par le législateur de l'OHADA. Mais en général, la doctrine l'utilise pour évoquer le droit applicable à un ensemble de personnes ou d'institutions formant une catégorie soumise à des règles communes. « *Le concept statut est très répandu dans la littérature juridique, à tel point qu'on en vient à oublier qu'il est incontestable pédagogiquement* »⁴⁴. En effet, le statut est un texte ou un ensemble de textes fixant les garanties fondamentales accordées à une collectivité, à un corps⁴⁵. En droit administratif, le statut est un ensemble de règles définissant les droits et obligations de l'ensemble des fonctionnaires⁴⁶. Dans le vocabulaire juridique publié sous la direction du professeur CORNU⁴⁷, on peut retenir que « *le terme ne désigne plus que très rarement aujourd'hui l'acte qui établit une règle (statutum, décret, comp.*

⁴⁰ Cass. com., 12 nov. 2008, *JCP éd. E*, n° 2, 8 Janvier 2009, 1023, note Ch. LEBEL ; *Rev. sociétés* 2009, p. 607, note Ph. ROUSSEL GALLE.

⁴¹ Civ. 2^e, 21 janv. 2010, *RTD com.* 2010, p. 437, note G. PAISANT.

⁴² V. *infra* n° 517.

⁴³ V. *infra* n° 170-182.

⁴⁴ F. KENDERIAN, *L'évolution contemporaine du statut des baux immobiliers d'exploitation*, thèse Montpellier, 2003, p. 8.

⁴⁵ Dictionnaire le petit Larousse.

⁴⁶ R. GUILLIEN et J. VINCENT, *Lexique des termes juridiques*, 14^e, Paris 2003, p. 546.

⁴⁷ V. G. CORNU, *Vocabulaire juridique publié*, 8^e éd. *Revue et augmentée*, PUF, 2000, v° *Statut*, p. 833.

l'anglais statute) mais soit un ensemble de règles établies par la loi (même étymologie), soit la condition juridique qui en résulte pour une personne, une catégorie de personne ou une institution (*status et statutum se rejoignent*) ». Pour le professeur TERRE, le statut est « *la place que le système de droit assigne à chacun dans des circonstances données* »⁴⁸. De façon presque identique, M. BERDAH définit le statut comme « *...l'ensemble des règles objectives qui permettent de caractériser une situation* »⁴⁹. Un autre auteur va plus loin en évoquant le statut légal pour l'opposer au statut conventionnel. Pour elle, « *...le statut légal est constitué d'un ensemble de règles déterminées par la loi qui s'imposent aux intéressés qui n'ont d'autres choix que d'y adhérer, sans pouvoir en déterminer le contenu et les effets* »⁵⁰. Il résulte de ces définitions que le statut est une institution légale qu'il convient de distinguer de la notion « *les statuts* ».

8. Distinction du statut des statuts. Le « *statut* » mérite d'être distingué des « *statuts* ». Le premier est généralement au singulier alors que le second toujours au pluriel. Par définition, « *les statuts constituent soit le contrat de société, en cas de pluralité d'associés, soit l'acte de volonté d'une seule personne, en cas d'associé unique* »⁵¹. Ils sont rédigés à la création de la société et comportent notamment la forme de la société, sa dénomination sociale, son objet, son siège et sa durée. Les statuts peuvent être complétés par un règlement intérieur⁵² qui détaille les conditions d'application des dispositions statutaires, sans pouvoir les modifier⁵³. De plus, ils peuvent être précédés d'un préambule pouvant éclairer leur interprétation⁵⁴. Toute cette galaxie de normes peut être qualifiée de complexe statutaire⁵⁵ ou encore de pacte social⁵⁶. En cours de vie sociale, les statuts peuvent être modifiés⁵⁷ en assemblée générale extraordinaire. Aucune société ne peut accéder à la vie juridique sans statuts, car son immatriculation est conditionnée par une rédaction des statuts conformément à l'ordre public sociétaire. Ce faisant, le « *statut* » et les « *statuts* » n'ont aucun rapport lorsqu'on considère leur aspect formel.

9. Rapprochement du statut des statuts. Au fond, le « *statut* » et les « *statuts* » entretiennent des relations indéniables. En effet, les statuts sont l'acte constitutif de la société à travers lequel la situation des dirigeants peut être définie notamment leurs pouvoirs, leur rémunération, leur révocation et leur âge. De son côté, le statut du dirigeant lui permet parfois de modifier les statuts sans qu'il ait besoin de consulter l'assemblée

⁴⁸ F. TERRE, in *Préface* à la thèse de M. S. SCHILLER sur *les limites de la liberté contractuelle en droit des sociétés, les connexions radicales*, LGDJ, Paris 2002, p. 6.

⁴⁹ J.-P. BERDAH, *Fonction et responsabilité des dirigeants de société par actions*, préf. P. BONASSIES, Sirey, Bibl. dr. comm., t. 27, Sirey, 1974, p. 65, n° 55.

⁵⁰ C. LAZARUS, *Les actes juridiques extrapatrimoniaux (Une nouvelle catégorie juridique)*, th. Paris II, préf. D. FENOUILLET, PUAM, 2009, p. 280, n° 290.

⁵¹ Art. 12 AUSCGIE.

⁵² V. P. LE CANNU, *Le règlement intérieur de société*, Bull. Joly Sociétés 1986, p. 723.

⁵³ V. S. SCHILLER, *Pactes, statuts, règlement intérieur : quelle hiérarchie ?*, Rev. sociétés 2011, p. 331.

⁵⁴ G. RIPERT et R. ROBLOT, *Traité de droit des affaires, t. 2, par par M. GERMAIN et V. MAGNIER, Les sociétés commerciales*, 20^e éd., L.G.D.J., 2011, p. 62, n° 1064.

⁵⁵ M.-C. MONSALLIER, *L'aménagement contractuel du fonctionnement de la SA*, LGDJ, 1998, n° 24 et s., p. 17 et s. ; A. KIRRY et M.-C., *Dirigeant de société et prise de risque*, JCP éd. E, 2009, 1225.

⁵⁶ L. GODON, *Les obligations des associés*, th. Paris I, préf. Y. GUYON, Economica, 1999, p. 2, n° 1.

⁵⁷ V. Y. CHAPUT, *La liberté et les statuts*, Rev. sociétés 1989, p. 361.

générale extraordinaire⁵⁸. Le dirigeant peut se voir accorder un pouvoir direct de mettre en harmonie les statuts avec une nouvelle impérative⁵⁹. Il peut se voir accorder indirectement le pouvoir de modification des statuts lorsque la modification apparaît soit inéluctable, soit purement matérielle⁶⁰. Il peut s'agir dans le cadre de la modification inéluctable, de la modification des statuts à la suite d'une réduction du capital résultant du rachat par la société de ses propres droits sociaux ou de la conversion des obligations en actions. Comme exemple de modification purement matérielle, il peut s'agir du déplacement du siège social dans le cadre de la même ville sous réserve de ratification de la décision par les associés. Les deux notions sont bien distinctes l'une de l'autre.

En fin de compte, **le statut peut être défini comme l'ensemble des règles qui régissent l'organisation et le fonctionnement d'une institution**. L'institution visée dans cette étude est le dirigeant social dont le concept mérite d'être exposé dans le but de l'éclaircir et de le redimensionner.

10. Conception large de la notion de dirigeants sociaux. La qualité de dirigeant semble partagée par plusieurs organes sociaux sauf l'assemblée générale dont le rôle n'est pas susceptible de se confondre avec ceux des dirigeants⁶¹. Ce partage est favorisé par le recours à la notion de mandat social. En effet, qu'il s'agisse d'administrateurs, de conseil d'administration, du président du conseil d'administration, du président-directeur général, du directeur général, du directeur général adjoint, de l'administrateur général, de l'administrateur général adjoint et du gérant, tous ces organes bénéficient d'un mandat social. La durée du mandat est déterminée par l'organe compétent pour la nomination ou à défaut par la loi. Tous ces organes reçoivent un mandat de la société pour exercer une fonction bien précise, ce qui leur vaut la qualité de mandataire social. De surcroît, cette qualité est corroborée par la soumission de certains dirigeants à la révocation *ad nutum* qui constitue une règle propre à la rupture du mandat en droit civil. Elle alimente la thèse des partisans de la théorie contractuelle de la société. Cette thèse est combattue par les partisans de la théorie institutionnelle qui estiment que le dirigeant est un organe⁶². Certains entendent le mandat au sens du droit public⁶³. D'autres rejettent l'idée même de mandat dans le cadre de la fonction des dirigeants sociaux sous prétexte que le mandat suppose la rencontre de deux volontés alors que la société n'a pas de volonté autonome⁶⁴. Cette idée d'absence de volonté de la société avait servi pour exclure sa responsabilité pénale⁶⁵. Mais les sociologues ont eu à montrer que la volonté collective est différente des volontés

⁵⁸ S. LE NORMAND, *La modification des statuts par le dirigeant*, *Dr. sociétés* Août-septembre 2012, p. 11.

⁵⁹ *Ibid.*

⁶⁰ *Ibid.*

⁶¹ V. J. LEBLOND, *Les pouvoirs respectifs de l'Assemblée générale, du Conseil d'administration, du Président-Directeur général, et du Directeur-général adjoint, dans la Doctrine institutionnelle*, *Gaz. Pal.* 1957, doct., 2, p. 29.

⁶² C. BERR, *L'exercice du pouvoir dans les sociétés commerciales*, *op. cit.*, n° 15 et s. ; R. BADINTER, *Les pouvoirs du président-directeur général de la société anonyme de type classique après la réforme du Droit des sociétés commerciales*, *D.* 1969, Chron. p. 185, spéc. n° 3 et s. ; HEMARD, TERRE et MABILAT, *Sociétés commerciales*, Dalloz, 1972, t. I, n° 569 ; D. GIBIRILA, *Le dirigeant de société*, *op. cit.* n° 11, p. 12 ; J. F. BULLE, *Le statut du dirigeant de société, SARL et SA*, *op. cit.*, 1996, n° 21, p. 3 ; Ph. MERLE, *Droit commercial (Sociétés commerciales)*, 16^e éd., Dalloz, 2013, n° 94.

⁶³ G. RIPERT, *Les aspects juridiques du capitalisme moderne*, 2^e éd., L.G.D.J., 1951, n° 53, p. 122.

⁶⁴ En ce sens, D. GIBIRILA, *Le dirigeant de société, statut juridique, social et fiscal*, *op. cit.*, p. 12, n° 11.

⁶⁵ R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel, t. 1, Problèmes généraux de la science criminelle. Droit pénal général*, 7^e éd., Cujas, 1997, p. 805, n° 637.

individuelles⁶⁶. Concrètement, « le pouvoir de décision concerne le processus de l'élaboration de la volonté sociale »⁶⁷. Cette conception d'absence de volonté sociale n'a pas convaincu, car la société dispose d'une volonté qu'elle exprime à travers les décisions prises en son nom par ses organes⁶⁸. Un auteur plus prudent trouve que le dirigeant est un mandataire spécial au motif qu'il ne peut être qu'un mandataire puisque le mandat est le mode unique de représentation parfaite conventionnelle et qu'il s'agit indubitablement d'un mandat original en raison du mécanisme particulier dans lequel s'insère cette représentation parfaite⁶⁹.

11. Justification du tiraillement de la qualité de dirigeant social entre la thèse contractuelle et la thèse institutionnelle. Derrière l'opposition de la thèse contractuelle à la thèse institutionnelle au tour de la qualité de dirigeant, se cache une évidence qui donne raison à chacune d'elle. En effet, la thèse institutionnelle s'appuie sur l'organe de la société alors que la thèse contractuelle se réfère à l'animateur de l'organe. De toute évidence, l'organe naît avec la société et il y est intégré légalement dès l'immatriculation de la société avec tout ce qui est nécessaire pour son fonctionnement sans l'intervention d'une volonté humaine. D'où l'idée d'institution ou de sa rigidité. Mais l'organe ne peut s'animer soi-même sans une présence humaine. Or, cet animateur ne peut s'identifier à cet organe que lorsqu'il se fait confier un mandat dont la durée peut être limitée ou écourtée à tout moment. Un animateur sans mandat social est un dirigeant de fait⁷⁰ quand bien même l'organe demeure en soi un dirigeant de droit. L'animation peut passer d'une main à une autre alors que l'organe est permanent et ne peut disparaître qu'avec la société. De plus, l'organe est unique mais peut avoir plusieurs animateurs. On s'aperçoit dès lors que la théorie du mandat se justifie lorsqu'on considère l'animateur de l'organe alors que la thèse institutionnelle se vérifie eu égard à l'organe sans référence à son animateur. On ne peut donc exclure une thèse que si l'organe et son animateur deviennent indissociables.

12. Conception stricte de la notion de dirigeants sociaux. Le recours au mandat social favorisant une dilution du statut de dirigeant trouve sa limite dans la détermination des pouvoirs de chaque organe. Les administrateurs n'ont qu'un pouvoir de contrôle. Ils ne peuvent l'exercer que collectivement dans le cadre du conseil

⁶⁶ Y. GUYON, *Droit des affaires, t. 1, Droit commercial et sociétés*, 11^e éd., Economica, 2001, n° 194.

⁶⁷ G. RIPERT et R. ROBLOT, *Traité de droit des affaires, t. 2, par M. GERMAIN et V. MAGNIER, Les sociétés commerciales, op. cit.*, n° 1149.

⁶⁸ R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel, t. 1, Problèmes généraux de la science criminelle. Droit pénal général, op. cit.*, p. 806, n° 638.

⁶⁹ S. ASENSIO, *Le dirigeant de société, un mandataire « spécial » d'intérêt commun*, *Rev. sociétés* 2000, p. 683, spéc. n° 8 et s.

⁷⁰ Le dirigeant de fait est celui qui, en toute souveraineté et indépendance, exerce une activité positive de gestion et de direction. Sur le sujet, v. J.-L. RIVES-LANGE, *La notion de dirigeant de fait au sens de l'art. 99 de la loi du 13 juill. 1967 sur le règlement judiciaire et la liquidation des biens*, *D.* 1975, chron. 42 ; G. ZAQUIN, *La gérance de fait de la SARL en droit fiscal*, *JCP* 1976 éd. *CI.II.12074* ; J.-P. PIZZIO, *La théorie de la gérance de fait a-t-elle un rôle à jouer en matière de responsabilité fiscale du gérant majoritaire de SARL ?*, *Rev. sociétés* 1977, p. 411 ; G. NOTTE, *Les dirigeants de fait des personnes morales de droit privé*, th. Paris, 1978 ; *La notion de dirigeant de fait au regard du droit des procédures collectives*, *JCP CI* 1980, II, 8560 ; D. TRICOT, *Les critères de la gestion de fait*, *Dr et patr.* janv. 1996, p. 24 ; N. DEDESSUS-LE-MOUSTIER, *La responsabilité du dirigeant de fait*, *Rev. sociétés* 1997, p. 499 ; L. LEVENEUR, *Situation de fait et droit privé*, th. Paris II, préf. M. GOBERT, *Bibl. dr. pr.*, t. 212, L.G.D.J., 1999, spéc. n° 36 et s., p. 45 et s. ; F.-X. LUCAS, *Responsabilité du banquier : le banquier, administrateur de fait par personne interposée*, *Dr. société* 2004, chron. n° 14 ; Ph. DELEBECQUE, *L'administrateur de fait par personne interposée : une notion à définir*, *JCP éd. E* 2005, 238 ; C. DELATTRE, *L'inlassable travail de la Cour de cassation quant à la détermination de la notion de direction de fait*, *JCP E* 2007, 1872.

d'administration. Pris individuellement, ils sont dénués de pouvoir. Le président du conseil d'administration a des pouvoirs différents de ceux des dirigeants. Il préside le conseil d'administration et contrôle les actes des dirigeants. Quant au conseil d'administration, il définit les orientations générales de la société et surveille, comme son président, les actes du directeur général. Le terme « administré » utilisé par le législateur pour traduire les fonctions du conseil ne correspond pas à la pratique de la société anonyme⁷¹. Les notions d'administration et direction sont même difficiles à dissocier. Certes, dans les SARL et SNC, la distinction de ces deux notions n'est pas nécessaire, car le gérant est le seul organe exécutif de la société⁷². Mais dans la SA, il importe de dissocier l'administration de la direction, tous les organes relevant de l'exécutif ne peuvent avoir les mêmes pouvoirs au risque de polariser le fonctionnement de la société. Le recours à ces deux notions semble justifié par le besoin de spécialisation⁷³ ou de hiérarchisation de chaque organe⁷⁴. Mais à y voir de près, le législateur semble faire de la direction un dérivé de l'administration. A titre d'exemple, lorsque le président-directeur général est empêché, la loi permet au conseil d'administration de déléguer un administrateur dans les fonctions de président-directeur général. Tout porte à croire que c'est le conseil d'administration qui délègue le pouvoir de direction⁷⁵.

13. Or, le conseil ne dispose pas lui-même des pouvoirs de direction⁷⁶. Le titulaire des pouvoirs de direction est en relation avec le personnel, nomme ou licencie les employés, préside le comité d'entreprise, commande notamment le matériel, les marchandises ou les matières premières⁷⁷. L'accomplissement de ces actes ne relève pas de la compétence du conseil. En réalité, l'administration dont il est question ne traduit concrètement que l'idée de surveillance des actes des dirigeants⁷⁸. Les partisans de la tendance hiérarchique des organes justifient cette emprise du conseil d'administration sur la direction par le fait qu'il dispose du pouvoir de nommer l'animateur de la direction et qu'il peut catalyser la politique directoriale⁷⁹. Certes, ce motif va de soi mais ne saurait faire attribuer au conseil les pouvoirs de direction, car comme le conseil d'administration, l'assemblée générale nomme aussi des dirigeants dans d'autres formes de société⁸⁰ sans pour autant qu'elle se mêle des activités la direction⁸¹ si ce n'est pour les contrôler. Ces organes de nomination disposent d'un contre-pouvoir qui n'exclut pas une coopération entre les organes de l'exécutif⁸². Le conseil d'administration est dépositaire de pouvoirs de contrôle y compris son président⁸³. En droit français, les pouvoirs du président du conseil d'administration ne sont réduits au simple contrôle

⁷¹ Ph. MERLE, *Droit commerciales, sociétés commerciales, op. cit.*, n° 372.

⁷² En ce sens, C. BERR, *L'exercice du pouvoir dans les sociétés commerciales, op. cit.*, p. 49 et s., n° 47 et s.

⁷³ C. BERR, *L'exercice du pouvoir dans les sociétés commerciales, op. cit.*, n° 113.

⁷⁴ *Ibid*, n° 114.

⁷⁵ Art. 468 de l'AUSCGIE.

⁷⁶ V. *infra* n° 977 s.

⁷⁷ Y. CHAPUT, *De l'objet social des sociétés commerciales, op. cit.*, p. 212, n° 109.

⁷⁸ V. *infra* n° 981-983.

⁷⁹ Pour la controverse sur le fondement de la distinction de l'administration et de la direction, V. C. BERR, *L'exercice du pouvoir dans les sociétés commerciales, op. cit.*, n° 111 et s.

⁸⁰ V. *infra* n° 21.

⁸¹ V. J.-P. BERDAH, *Fonction et responsabilité des dirigeants de société par actions, op. cit.*, n° 60.

⁸² V. Ph. BISSARA, *Interdépendance et coopération des organes sociaux de la société anonyme classique, Mélanges Y. GUYON*, Dalloz, 2003, p. 115.

⁸³ V. *infra* n° 977 s.

qu'à l'issue de la loi NRE qui a dissocié la fonction la fonction de président du conseil d'administration de celle de directeur général. En droit de l'OHADA, cette distinction a été réalisée dès la mise en vigueur de l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique depuis 1998.

14. En revanche, le pouvoir de représenter une société s'inscrit dans la mise en relation de la société avec les tiers. Les dirigeants sont les organes qui représentent la société à l'égard des tiers dans la mise en œuvre de leur politique managériale. L'administrateur n'a pas en principe la qualité pour représenter la société à l'égard des tiers ni en justice⁸⁴. La Cour de cassation française considère les administrateurs comme des dirigeants de droit⁸⁵ mais refuse cette qualité aux membres du conseil de surveillance⁸⁶. Généralement, la qualité de dirigeant est étendue de façon extensive pour éviter de faire échapper un organe à la responsabilité. Même une personne qui s'immisce dans la direction de la société pour accomplir des actes de direction alors qu'elle n'est pas investie légalement à cet effet est qualifiée de dirigeant de fait pour lui faire subir les conséquences de ses actes⁸⁷. Mais lorsqu'il faut prétendre aux avantages liés à la qualité de dirigeant social notamment le droit à des rémunérations ou encore le droit de demander un règlement préventif de la société, cette qualité n'est reconnue qu'à une poignée d'organes. Il s'agit du directeur général ou de l'administrateur général ainsi que leurs adjoints dans la société anonyme et des gérants dans les autres sociétés. Ce sont des organes dits exécutifs, c'est-à-dire les personnes aptes à prendre des décisions au nom et pour le compte de la société et ainsi à même de poursuivre concrètement les opportunités sociales⁸⁸. Dès lors, tous les dirigeants sociaux sont des mandataires sociaux mais l'inverse n'est pas vrai⁸⁹. La réservation de la qualification de dirigeant à tous les mandataires sociaux entraînerait une dilution de la notion de dirigeant social⁹⁰. De façon stricte, les dirigeants sociaux sont les seuls organes légaux chargés de représenter la société à l'égard des tiers de façon quotidienne. Ce pouvoir de représentation dont dispose les dirigeants ne peuvent être valablement transférés à autrui au nom de la société, lorsque les dirigeants décèdent alors même qu'ils n'ont pas encore été remplacés⁹¹. Les autres

⁸⁴ Com., 27 mars 1990, *Bull. civ. IV*, n° 102, p. 67.

⁸⁵ V. Com., 20 oct. 2009, n° 08-18942, *S^{te} Akess*, *Bull. Joly Sociétés* 2010, p. 282, § 62, note Ph. PETEL.

⁸⁶ V. Com., 12 juill. 2005, *JCP éd. E*, 2006, p. 2006, obs. Ph. PÉTEL ; *D.* 2005, act. jur., p. 2071, obs. A. LIENHARD.

⁸⁷ Sur la notion de dirigeant de fait, v. not., J.-L. RIVES-LANGE, *La notion de dirigeant de fait au sens de l'art. 99 de la loi du 13 juill. 1967 sur le règlement judiciaire et la liquidation des biens*, *D.* 1975, chron. 42 ; G. ZAQUIN, *La gérance de fait de la SARL en droit fiscal*, *JCP 1976 éd. CI.II.12074* ; J.-P. PIZZIO, *La théorie de la gérance de fait a-t-elle un rôle à jouer en matière de responsabilité fiscale du gérant majoritaire de SARL ?*, *Rev. sociétés* 1977, p. 411 ; G. NOTTE, *Les dirigeants de fait des personnes morales de droit privé*, th. Paris, 1978 ; *La notion de dirigeant de fait au regard du droit des procédures collectives*, *JCP CI* 1980, II, 8560 ; D. TRICOT, *Les critères de la gestion de fait*, *Dr et patr.* janv. 1996, p. 24 ; N. DEDESSUS-LEMOUSTIER, *La responsabilité du dirigeant de fait*, *Rev. sociétés* 1997, p. 499 ; F.-X. LUCAS, *Responsabilité du banquier : le banquier, administrateur de fait par personne interposée*, *Dr. société* 2004, chron. n° 14 ; Ph. DELEBECQUE, *L'administrateur de fait par personne interposée : une notion à définir*, *JCP éd. E* 2005, 238 ; C. DELATTRE, *L'inlassable travail de la Cour de cassation quant à la détermination de la notion de direction de fait*, *JCP E* 2007, 1872.

⁸⁸ G. HELLERINGER, *Le dirigeant à l'épreuve des opportunités d'affaires*, *D.* 2012 p. 1560.

⁸⁹ En ce sens, J. DE CALBIAC, *Les avantages sociaux des dirigeants d'entreprise*, *op. cit.*, n° 33.

⁹⁰ M. JORDEAU-GRYMBERG, *La notion de dirigeant d'entreprise*, *Les Cahiers du Barreau de Paris*, Janvier - Mars 1988, p. 5. Cet auteur trouve que « la définition du dirigeant d'entreprise n'est ni simple ni définitive. En effet, elle est plus ou moins extensive et même différente suivant les branches du droit qui viennent organiser le pouvoir et sanctionner les responsabilités du chef d'entreprise. Cette notion est donc capitale pour déterminer la personne capable d'engager la société et qui est le responsable des activités sociales ».

⁹¹ Cass., 2^e civ., 21 mars 2013, *Rev. sociétés* 2014, p. 97, V. THOMAS.

mandataires sociaux n'interviennent que dans le contrôle des actes des dirigeants. Ce contrôle s'est intensifié avec l'avènement du gouvernement d'entreprise.

15. Le dirigeant social et le gouvernement d'entreprise. La notion de dirigeant social est plus vieille que celle de gouvernement d'entreprise. La notion de dirigeant social remonte avec la naissance des premières sociétés commerciales dont le régime a été par la suite précisé dans le code civil de 1804 en ses articles 1832 et suivants⁹². En revanche, l'avènement du gouvernement d'entreprise est très récent et ne remonte que vers la fin du XX^e siècle⁹³. Le terme de gouvernement d'entreprise n'est qu'une traduction impropre en langue française de la *corporate governance* anglo-saxonne. Le gouvernement d'entreprise est assuré par deux structures spécifiques que sont la dirigeance et la gouvernance. La dirigeance relève de la prérogative exclusive du dirigeant pour la simple raison qu'il est le représentant de la société. En revanche, la gouvernance est autant le fait du dirigeant que des actionnaires. Elle renverse le rapport de force en faveur des structures non-dirigeantes en renforçant leur pouvoir de contrôle sur le dirigeant à telle enseigne que la gouvernance se révèle comme un contre-pouvoir du dirigeant⁹⁴. Cette situation repose sur une nouvelle vision de l'organisation des pouvoirs au sein des sociétés cotées où sa pratique s'est révélée utile pour sécuriser les marchés financiers. Il permet d'assurer une organisation équilibrée et efficace des pouvoirs et d'instaurer une véritable démocratie des actionnaires⁹⁵. L'atteinte de ces objectifs passe par un renforcement des obligations pesant sur le dirigeant social, la limitation des cumuls de mandats et de fonctions, la réglementation des conflits d'intérêts, l'amélioration du fonctionnement du conseil d'administration par la création de comités spéciaux notamment le comité d'audit⁹⁶, le comité de rémunérations⁹⁷ et le comité d'études⁹⁸ et l'émergence d'administrateurs indépendants⁹⁹. Ces mesures sont parfois consacrées expressément à travers des codes de gouvernement d'entreprise conçus par les acteurs des marchés financiers pour s'autoréguler sans l'intervention des pouvoirs publics. Le respect de ces standards de conduite est recommandé mais n'est pas obligatoire. Mais il incombe aux sociétés qui optent de ne pas les observer de s'en expliquer. A cet effet, l'article 225-37 alinéa 7 du Code de commerce prévoit que « *Lorsqu'une société se réfère volontairement à un code de gouvernement d'entreprise élaboré par les organisations représentatives des entreprises, le rapport (...) [de gestion] précise également les dispositions qui ont été écartées et les raisons pour lesquelles elles l'ont été. Se trouve de surcroît précisé le lieu où ce code peut être consulté. Si une société ne se réfère pas à un tel code de gouvernement d'entreprise, ce rapport indique les règles retenues en complément des exigences requises par la loi et explique les raisons pour lesquelles la société a décidé de n'appliquer aucune disposition de ce code de gouvernement d'entreprise* ». Il s'agit du principe

⁹² *Supra* n° 27 s.

⁹³ *Supra* n° 339 s.

⁹⁴ J. DUVAL-HAMEL et M. GERMAIN, *Gouvernement des entreprises : qui dirige ?*, in *Mélanges Daniel TRICOT*, Dalloz, 2011, p. 659.

⁹⁵ V. J.-J. CAUSSAIN, *Le gouvernement d'entreprise (Le pouvoir rendu aux actionnaires)*, Litec, 2005.

⁹⁶ *Supra* n° 893 s.

⁹⁷ *Supra* n° 890 s.

⁹⁸ *Supra* n° 897 s.

⁹⁹ *Supra* n° 895 s.

« se conformer ou expliquer » auquel doivent se soumettre les sociétés cotées¹⁰⁰. Les sociétés autres que les sociétés cotées ont bénéficié des retombées du gouvernement d'entreprise grâce au renforcement des devoirs des dirigeants au nombre desquels figure le devoir de loyauté¹⁰¹. Ce devoir transcende toutes les formes sociales et s'impose à tous les dirigeants y compris ceux des sociétés autres que les sociétés anonymes. Le système du gouvernement d'entreprise vient tempérer la souveraineté des dirigeants en renforçant le pouvoir des organes non-dirigeants et le droit d'interpellation des associés à l'égard des dirigeants.

16. Sélection des dirigeants objet de l'étude. En raison de leur incapacité d'exercice, les sociétés sont condamnées à recourir à un être physique capable pour animer leur direction et les représenter. Les sociétés pouvant être représentées sont celles qui sont dotées de la personnalité morale. Le défaut de personnification des sociétés de fait et des sociétés en participation exclut toute possibilité de les représenter. Par conséquent, les dirigeants de ces sociétés non personnifiées sont exclus de notre étude étant donné qu'ils ne peuvent représenter un être moral inexistant.

17. La pertinence de la sélection commande le questionnement du droit applicable aux dirigeants des sociétés d'État ou d'économie mixte étant donné que ces sociétés comptent au sein de leurs membres un associé dont la vie relève du droit public alors que les sociétés commerciales relèvent du droit privé. L'article 1^{er} de l'Acte uniforme révisé relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique dispose que « *Toute société commerciale, y compris celle dans laquelle un État ou une personne morale de droit public est associé, dont le siège social est situé sur le territoire de l'un des États parties au Traité relatif à l'harmonisation du droit des affaires en Afrique (...) est soumise aux dispositions du présent Acte uniforme* ». Cette disposition exclut toute discrimination à l'égard des dirigeants des sociétés à capital public, ayant l'État comme unique associé ou associé majoritaire avec des participants privés minoritaires, et des sociétés d'économie mixte dont le capital est détenu partiellement par l'État ou les collectivités publiques décentralisées. La crise financière de 2008 a mis un coup d'arrêt brutal au mouvement de retrait auquel l'actionnariat public paraissait voué sous l'effet des deux décennies de privatisations qui ont suivi le tournant néo-libéral du milieu des années 1980¹⁰². Les règles applicables à la direction de ces sociétés sont indépendantes du droit dont relèvent leurs associés. Cela étant, la direction des établissements publics à caractère industriel et commercial relève du droit des sociétés commerciales, du moment que ces établissements exercent une activité commerciale et sont commerçants conformément à l'article 2 de l'Acte uniforme relatif au droit commercial général¹⁰³. Le fait que ces établissements soient aussi soumis à d'autres règles particulières qui permettent une intervention de l'État

¹⁰⁰ Pour une étude sur la question, V. J.-B. POULE, *Réflexions sur le roit souple et le gouvernement d'entreprise (Le principe « se conformer ou expliquer » en droit boursier)*, L'Harmattan, 2011.

¹⁰¹ *Supra* n° 338 s.

¹⁰² S. BERNARD, *L'actionnariat public et la crise*, RFDA 2010, p. 756.

¹⁰³ Selon l'article 2 de l'AUDCG, « *Est commerçant celui qui fait de l'accomplissement des actes de commerce par nature sa profession* ».

notamment dans le cadre des modifications possibles de leur capital¹⁰⁴, n'exclut pas leur soumission au droit des sociétés commerciales. Dans le même sillage, l'existence de règles particulières régissant les sociétés d'assurances ou bancaires n'excluent pas qu'elles soient soumises au droit des sociétés commerciales.

18. Toutefois, il importe de relever que les établissements publics administratifs (EPA) ne relèvent pas du droit des sociétés commerciales. Ces établissements sont des personnes morales de droit public disposant d'une certaine autonomie administrative et financière afin de remplir une mission d'intérêt général autre qu'industrielle et commerciale, précisément définie, sous le contrôle de l'État ou d'une collectivité territoriale. Cette qualification juridique s'oppose à celle d'établissement public « à caractère industriel et commercial » (EPIC) résultant de l'arrêt du Tribunal des conflits *Société commerciale de l'Ouest africain* du 22 janvier 1921 qui, en admettant l'existence de services publics gérés selon les mêmes règles que les sociétés de droit privé, a introduit la notion dans le droit administratif¹⁰⁵. Les personnels des établissements publics administratifs sont essentiellement des agents publics ; ils peuvent être des fonctionnaires relevant du statut général de la fonction publique ou des agents non titulaires (contractuels) de droit public en contrat à durée déterminée ou indéterminée, pouvant relever le cas échéant de statuts particuliers. Cette soumission tranchée des établissements publics administratifs au droit public exclut toute application du droit des sociétés commerciales à leurs dirigeants.

19. Incontestablement, toute structure personnifiée est dirigée conformément à la vocation qui la caractérise. Il se distingue deux catégories d'entreprises en fonction de leur vocation : les entreprises capitalistes et les entreprises non-capitalistes¹⁰⁶. Les entreprises capitalistes se singularisent par la recherche du bénéfice et son partage entre leurs membres. C'est le cas des sociétés commerciales. Par contre, les entreprises non-capitalistes ont un but autre que le partage des bénéfices. La prise en compte de ce but par les Chambres réunies de la Cour de cassation les avait décidées, le 11 mars 1914, à qualifier un groupement litigieux d'association dans l'affaire *Manigod*¹⁰⁷. A cet effet, Pierre KAYSER affirmait dans le temps que, « toute collectivité est soit une société, soit une association. Elle est l'une ou l'autre selon la fin qu'elle poursuit : a-t-elle en vue le partage des bénéfices ? Elle constitue une société. N'a-t-elle pas ce but en vue ? Elle constitue une association »¹⁰⁸. Par la suite, d'autres groupements non-capitalistes ont vu le jour en France : les sociétés coopératives à la faveur de la loi du 10 septembre 1947 et les Groupements d'Intérêt Economique (GIE) grâce à l'ordonnance du 23 septembre 1967. Dans l'espace de l'OHADA, les GIE sont soumis à l'AUSCGIE du 1^{er} janvier 1998 et les sociétés coopératives à l'Acte uniforme relatif aux sociétés coopératives adopté à Lomé le 15 décembre 2010. La nécessité pour la

¹⁰⁴ Sur ce sujet, V. G. DRAGOT, *De quelques apports du droit constitutionnel à une définition de l'entreprise*, in *Mélanges en l'honneur de Claude CHAMPAUD*, « Le droit de l'entreprise dans ses relations externes à la fin du XX^e siècle », Dalloz 1997, p. 310.

¹⁰⁵ Tribunal des conflits, 22 janvier 1921, *Société commerciale de l'Ouest africain*, *Rec. Lebon* 1921, p. 91.

¹⁰⁶ V. D. HIEZ, *Le statut juridique des entreprises non capitalistes à l'heure des choix*, *Rev. sociétés* 2012, p. 671.

¹⁰⁷ Ch. Réunies, 11 mars 1914, *D.P.* 1914, I, 257, note L. S.

¹⁰⁸ P. KAYSER, *Sociétés et associations, leurs domaines d'application*, th. Nancy 1928, p. 3.

direction de ces entreprises de se conformer à leur vocation lui marque une empreinte propre qui serait traduite dans les règles qui l'encadre.

20. Avec le temps, il devient plus en plus difficile à démarquer les entreprises capitalistes de celles qui ne le sont pas¹⁰⁹. Car, tout comme les sociétés commerciales, les GIE, les sociétés coopératives et les associations¹¹⁰ peuvent rechercher du bénéfice et faire des économies. Inversement, une société commerciale peut ne pas partager des bénéfices et poursuivre un but non lucratif¹¹¹.

21. Cette difficulté de dissociation des entreprises capitalistes de celles qui ne le sont pas s'estompe sur le sort des bénéfices et du partage du boni de liquidation. En effet, les sociétés commerciales se distinguent des autres groupements par les partages de leurs bénéfices entre leurs membres. Un GIE ou une association qui partagent entre ses membres le bénéfice réalisé s'expose à la requalification de société de fait avec les conséquences qu'elle comporte¹¹². Quant aux sociétés coopératives, leur appellation de société rendrait très difficile leur requalification en société de fait en raison de distribution des bénéfices entre leurs membres. Mais leur distinction avec les sociétés commerciales est nette lorsqu'il est pris en compte le partage du boni de liquidation. Car, à la dissolution des sociétés coopératives comme celle des associations, leur boni de liquidation est dévolu non pas à leurs membres mais à d'autres groupements ayant la même finalité qu'elles¹¹³. En revanche, le boni de liquidation des sociétés commerciales est partagé entre les associés.

22. Cela étant, un grand fossé existe au regard de l'étendue du pouvoir que les membres de ces groupements exercent sur leurs dirigeants et de l'impact du pouvoir des dirigeants sur la mise des membres. En effet, le pouvoir des membres est indifférent à la proportion du capital détenu par un membre lorsque le groupement est non-capitaliste tandis qu'il est fonction des titres sociaux dans les entreprises capitalistes. Concrètement, les sociétés coopératives, les associations et les GIE¹¹⁴ sont gouvernées par le principe démocratique du vote : « *une personne une voix* ». Le pouvoir de vote est détaché du capital social contrairement aux sociétés commerciales où le détachement ne peut qu'être exceptionnel¹¹⁵. Le contrôle sur la direction est très affaibli dans

¹⁰⁹ V. B. SAINTOURENS, *Sociétés coopératives et sociétés de droit commun*, Rev. sociétés 1996, p. 1.

¹¹⁰ Par ex., V. P. MACQUERON, *Association et activité professionnelle*, in *Etudes offertes à Barthélemy MERCADAL*, Editions Francis Lefebvre, 2002, p. 355.

¹¹¹ V. not., Y. GUYON, *De la distinction des sociétés et des associations depuis la loi du 4 janvier 1978*, in *Etudes offertes à Pierre KAYSER*, t. 1, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1979, p. 484 s. ; D. BERT, *Essai sur le droit de l'activité professionnelle indépendante*, th. Paris Sud 11, préf. X. BOUCOBZA, Fondation Varenne, Coll. des thèses, n° 55, LGDJ, 2011.

¹¹² En ce sens, P. MACQUERON, *Association et activité professionnelle*, préc., p. 370. Concrètement, la requalification de l'association en société créée de fait lui fait perdre sa personnalité juridique, car la personnalité morale d'une association ne peut continuer dans la personne d'une société. Les associés de fait sont tenus à l'égard des tiers des obligations nées des actes accomplis en cette qualité par l'un des autres, avec solidarité si la société est commerciale, sans solidarité si elle est civile. En outre, la société créée de fait ne pouvant bénéficier de la procédure de redressement, ce sont les associés de fait seraient, le cas échéant, soumis à une procédure collective d'apurement du passif. De plus, prendre la qualité d'association est pour une société, même créée de fait, constitutif du délit de publicité mensongère.

¹¹³ Art. 182 de l'Acte uniforme de l'OHADA relatif au droit des sociétés coopératives.

¹¹⁴ Il n'est pas exclu que, conformément à l'article 877 de l'AUSCGIE, le contrat attribue à chaque membre du GIE un nombre de voix différent de celui attribué aux autres.

¹¹⁵ Un tel détachement est exclu dans les SARL et SNC. Ce n'est que dans la SA qu'il est possible eu égard aux actions à vote double et aux actions sans droit de vote.

les entreprises non-capitalistes contrairement aux entreprises capitalistes où il est très renforcé à travers le vote par intérêt. En ce qui concerne le pouvoir des dirigeants sur la mise des membres, les membres des groupements capitalistes peuvent être enrichis ou condamnés à perdre leur mise en fonction de la performance ou non des dirigeants. En revanche, la consistance du patrimoine des membres des groupements non-capitalistes est indifférente à la performance ou non des dirigeants. Au mieux, les membres peuvent faire des économies grâce à la performance des dirigeants. Ces quelques données arbitraires peuvent déjà nous permettre d'affirmer que ce qui divise les entreprises capitalistes des entreprises non-capitalistes est plus fort que ce qui les unit. Cette profonde division emporte, par conséquent, la différence de statut de leurs dirigeants sociaux. Ce qui nous conduit à exclure de notre champ d'étude les dirigeants des entreprises non-capitalistes.

23. Une dernière catégorie de groupement dont les dirigeants ne sauraient être éludés est la diversité des organismes de placement collectif en valeurs mobilières (OPCVM). Parmi les OPCVM, on distingue les sociétés d'investissement à capital variable (SICAV), les fonds communs de placement et les fonds communs de créances¹¹⁶. Ils sont régis par la loi française n° 88-1201 du 23 décembre 1988 qui a abrogé la loi n° 79-12 du 3 janvier 1979 et la loi n° 79-594 du 13 juillet 1979 ayant respectivement régi la SICAV et les fonds communs. Les fonds communs de placement ont été créés pour collecter l'épargne afin de financer les entreprises¹¹⁷. Quant aux fonds communs de créances, ils ont été créés pour permettre aux banques de titriser leurs créances¹¹⁸. Etant une société anonyme dont l'objet est la gestion d'un portefeuille de valeurs mobilières, la SICAV a des dirigeants dont le statut n'appelle pas une distinction particulière par rapport aux dirigeants des sociétés commerciales en général. Mais les dirigeants des fonds communs de placement et des fonds communs de créance méritent d'être distingués des dirigeants des sociétés commerciales même s'ils disposent des pouvoirs légaux en dépit du défaut de personnalité morale de ces groupements. Pour autant, ceux-ci ne sont pas moins des patrimoines d'affection, car ils constituent des patrimoines dont l'unité est réalisée autour, non de la personne des souscripteurs, mais d'un but¹¹⁹. Les dirigeants de ces groupements se singularisent notamment par leur personnalité, le régime de leur nomination et révocation ainsi que celui du contrôle de leurs actes. En effet, les fonds communs sont gérés exclusivement par un dirigeant personne morale dénommé société de gestion. Il ne peut en être autrement. La nomination de ce dirigeant ne relève pas de la compétence des membres de ces groupements. La société de gestion s'autochoisit et constitue le groupement – après l'obtention de l'agrément de l'Autorité des marchés financiers – avec une autre société qui sera chargée d'accueillir le placement des membres. La révocation de ces dirigeants ne relève ni de la compétence des copropriétaires des fonds communs, ni de la société dépositaire, mais de la compétence du juge sur leur demande. Enfin, le contrôle des actes de ces dirigeants est assuré non par les membres du groupement mais par la société dépositaire et, s'il y a lieu, par un commissaire aux comptes.

¹¹⁶ Pour étude sur ces groupements, V. Th. BONNEAU, *Les fonds communs de placement, les fonds communs de créances, et le droit civil*, *RTD civ.* 1991, p. 1.

¹¹⁷ *Ibid*, n° 5 s.

¹¹⁸ *Ibid*, n° 5 s.

¹¹⁹ *Ibid*, n° 39 s.

Ces traits du statut des dirigeants des fonds communs sont quasiment à l'antipode du statut des dirigeants des sociétés commerciales dont la personnalité peut être une personne physique et dont la nomination, la révocation et le contrôle des actes relèvent de la compétence des associés. Sur le fondement de ces éléments de dissociation, l'exclusion des dirigeants des fonds commun de placement ou de créance de notre étude s'impose.

24. En fin de compte, notre étude portera sur les dirigeants des sociétés commerciales dotées de personnalité morale. Il s'agit de des SNC, SCS, SARL, SAS et SA. Les règles applicables à la direction de la SCS sont identiques à celles de la direction de la SNC. De plus, ces deux formes de sociétés étant des sociétés de personnes, nous les désignerons souvent par l'appellation de sociétés à risques illimités. Sans même être envisagée par le droit OHADA, la société civile leur sera évoquée, s'il y a lieu, en raison de la responsabilité indéfinie de ses membres qui les rapproche des sociétés à risques illimités, même si la responsabilité des membres est conjointe. Les SARL, SAS et SA seront regroupés sous le vocable de sociétés à risques limités en raison de la responsabilité limitée de leurs associés aux apports. Elles ne seront dissociées que si la nécessité est impérieuse. Il n'est pas exclu que leurs variantes soient évoquées. Il peut s'agir des SARL, SA ou SAS unipersonnelles. Spécialement, d'autres variantes de la SA peuvent être relevées : la SA faisant appel public à l'épargne et la SA ne faisant pas appel public à l'épargne¹²⁰. Indépendamment de la dimension de ces sociétés, leur direction est gouvernée par des principes identiques. Après cette clarification de la notion de dirigeants sociaux, il convient de préciser le cadre normatif de notre étude.

25. Droit de l'OHADA. On rappellera en dernier lieu que l'OHADA décliné en Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires est la référence au regard de ses textes législatifs portant sur notre étude. Elle compte actuellement 17 membres¹²¹. Elle est issue d'un Traité du 17 octobre 1993 à Port-Louis en Ile Maurice¹²². Ce traité « ...a pour objet l'harmonisation du droit des affaires dans les Etats Parties par l'élaboration et l'adoption de règles communes simples, modernes et adaptées à la situation de leurs économies, par la mise en œuvre de procédures judiciaires appropriées, et par l'encouragement au recours à l'arbitrage pour le règlement des différends contractuels »¹²³. Il a été, par la suite, révisé le 17 octobre 2008 au Québec pour améliorer le fonctionnement des institutions de l'OHADA¹²⁴. L'objet d'harmonisation véhiculé par ce traité n'est

¹²⁰ V. par ex., Th. GRANIER, *La notion d'appel public à l'épargne*, Rev. sociétés 1992, p. 687.

¹²¹ Les Etats membres sont le Bénin, le Burkina Faso, le Cameroun, la Centrafrique, les Comores, le Congo (Brazzaville), le Gabon, la Guinée (Conakry), la Guinée-Bissau, la Côte d'Ivoire, le Mali, la Mauritanie, le Niger, le Sénégal, le Togo, le Tchad. La République Démocratique du Congo a intégré l'OHADA le 13 juillet 2012, récemment après avoir déposé auprès des Autorités de la République du Sénégal, Etat dépositaire du Traité de l'OHADA, ses instruments d'adhésion audit Traité : (Pour une étude sur a question, V. L.-D. MUKA TSHIBENDE, *Le processus d'adhésion de la République Démocratique du Congo à l'OHADA*, in *Revue congolaise de droit et des affaires*, ed. spéciale, mars 2010, pp.67-81).

¹²² Sur l'histoire de l'OHADA, V. M. KIRSCH, *Historique de l'Organisation pour l'Harmonisation du Droit des Affaires en Afrique (OHADA)*, Penant n°827 mai-août 1998, p. 129 ; A. MOULOUL, *Comprendre l'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires (O.H.A.D.A.)*, 2^e éd., PUA, 2009.

¹²³ Art. 1^{er} du Traité du 17 octobre 1993 relatif à l'harmonisation du droit des affaires en Afrique (révisé le 17 octobre 2008 au Québec au Canada).

¹²⁴ V. G. KENFACK DOUJANI, *La modification du Traité relatif à l'harmonisation du droit des affaires en Afrique, dit Traité OHADA*, in *Revue camerounaise de l'arbitrage* n°43 oct-nov-déc 2008, p. 3 ; *Le Traité OHADA révisé*, Penant n°872, 2010, p. 305.

qu'apparente. En se référant à son article 10¹²⁵ et aux termes « *Actes uniformes* », il s'agit non d'une harmonisation mais d'une unification des règles matérielles¹²⁶. La mise en place d'un droit uniforme est légitimée par le besoin de sécurité juridique et judiciaire des investissements des entreprises dans les Etats Parties¹²⁷. Le statut des dirigeants sociaux est régi en principal par l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales (AUSCGIE), car il comporte la plupart des règles relatives aux dirigeants notamment au sujet de leur nomination, fonction, responsabilité et retrait. La pratique de cet Acte uniforme ayant révélé d'importants écueils, les États membres ont mis en place un groupe d'experts en vue d'élaborer un projet de sa réforme, avec pour objectifs, notamment, de rendre plus attractive et plus compétitive la zone OHADA dans le domaine de la sécurisation des investissements domestiques et étrangers, par l'amélioration du droit des sociétés existantes et l'institution d'une nouvelle forme sociale (la Société par actions simplifiée) dont les règles de fonctionnement sont considérablement assouplies. C'est ainsi que l'AUSCGIE entré en vigueur depuis le 1^{er} janvier 1998, a été révisé récemment le 30 janvier 2014 à Ouagadougou et publié le 04 février de 2014 au JO de l'OHADA. Il est entré en vigueur le 05 mai 2014, soit quatre-vingt dix (90) jours après cette publication. D'autres Actes uniformes seront exploités dans cette étude lorsque leurs dispositions contribuent à la définition du statut des dirigeants. C'est le cas de l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives (AUPC) dont certaines dispositions portent sur les sanctions applicables aux dirigeants dans le cadre des sociétés en difficulté. Il en est de même pour l'Acte uniforme relatif au droit commercial général (AUDCG) qui régit les pouvoirs de contrôle du greffier sur la situation des dirigeants au moment de la publication des statuts.

26. Nous n'avons pas opté pour une inscription systématique de nos travaux en droit comparé pour éviter de surcharger le développement de notre thèse par des comparaisons sur chaque point du statut, alors que l'ampleur de notre sujet nécessite un resserrement mesuré. C'est pourquoi, nous avons choisi de resserrer notre sujet autour du droit de l'OHADA tout en ayant recours utilement aux droits étrangers notamment français pour y puiser des éléments susceptibles d'enrichir le statut en droit OHADA. Le statut des dirigeants sociaux a évolué dans le temps.

¹²⁵ Aux termes de l'article 10 du Traité, « *les Actes uniformes sont directement applicables et obligatoires dans les Etats Parties nonobstant toute dispositions contraire de droit interne, antérieure ou postérieure* ».

¹²⁶ En ce sens, B. MARTOR, *L'uniformisation du droit des affaires en Afrique par l'OHADA*, JCP - Cahiers de droit de l'entreprise, n°5 2004, p. 5 ; L.-D. A. MUKA TSHIBENDE, *Harmonisation et simplification du droit francophone des affaires*, in *Recueil d'Etudes sur l'OHADA et l'UEMOA*, Coll. Horizons Juridiques Africains, Vol. I, PUAM, p. 13 ; M. FONE MDONTSA, *Réflexion sur l'article 10 du traité OHADA*, *Revue Africaine des Sciences juridiques*, Vol. 7, n° 1, 2010, p. 47 ; J. ISSA-SAYEG, *Réflexions et suggestions sur la mise en conformité du droit interne des Etats Parties avec les Actes uniformes de l'OHADA et réciproquement*, *Penant* 2005, n° 850, p. 6 ; J. PAILLUSSEAU, *Le droit de l'OHADA : un droit très important et original*, JCP – Cah. dr. entr. n°5 2004, p. 1.

¹²⁷ V. not., F. NGAGNE, *La sécurisation des investissements des entreprises en Afrique francophone : le droit O.H.A.D.A. –Compte rendu du colloque organisé par le Centre de droit Economique (C.D.E.) – le 20 mars 2009*, in *Recueil d'Etudes sur l'OHADA et l'UEMOA*, Coll. Horizons Juridiques Africains, Vol. I, PUAM, 2010, p. 35 ; L.-D. MUKA TSHIBENDE, *La sécurité juridique et judiciaire issue du droit O.H.A.D.A.*, in *Recueil d'Etudes sur l'OHADA et l'UEMOA*, Coll. Horizons Juridiques Africains, Vol. I, PUAM, p. 43 ; I. FEVILIYE, *L'OHADA ou le droit au service de l'économie*, in : *Revue congolaise de droit et des affaires*, éd. spéciale n°2, mars 2010, p.11 ; R. MASAMBA, *L'OHADA et le climat d'investissement en Afrique*, *Penant* n°855 avril-juin 2006, p. 137 ; M. KOM KAMSU, *Les Etats parties à l'OHADA et la sécurisation des entreprises commerciales*, *Revue de droit uniforme*, Vol. XV, 2010-1, p. 73.

IV. ÉVOLUTION HISTORIQUE DU STATUT DES DIRIGEANTS SOCIAUX

27. La réglementation du statut des dirigeants date avant l'avènement de l'OHADA. Dans le système franco-africain, c'est la loi du 17 ventôse an XII (8 mars 1804)¹²⁸ relative au contrat de société qui a jeté les premières bases du statut des dirigeants sociaux. Ce statut fut régi par les articles 1856 à 1861 du code civil après la codification alors que la société était régie par les articles 19 à 39 du Code de commerce de 1808. Pendant longtemps, il ne s'est agi que des sociétés formées entre deux ou quelques commerçants qui s'unissent parce qu'ils se connaissent, marquent leur accord par un *jus fraternitatis*, agissent en leur nom collectif, se présentent aux tiers enchaînés par le lien de la solidarité et leur offrant en gage tous leur biens¹²⁹. Un demi-siècle plus tard, avec le libre-échange sous l'empire libéral de Napoléon III, s'est trouvée consacrée la liberté de créer une société anonyme¹³⁰ à l'issue de la loi du 24 juillet 1867 relative aux sociétés par actions. Le statut des dirigeants de la société à responsabilité limitée n'interviendra qu'à l'issue de la loi du 7 mars 1925¹³¹ qui n'a été qu'une transposition en droit français de la *Gesellschaft Mit Beshränkter Haftung* (GMBH) allemande créée par la loi allemande du 29 avril 1892. La grande réforme du statut n'interviendra qu'en 1966 en France et en 1997 dans les Etats membres de l'OHADA avec l'adoption de l'AUSCGIE.

28. En effet, avec la loi du 7 mars 1925, la direction de la SARL est confiée à un organe dénommé « *gérant* » doté de pouvoirs légaux suite à l'importation de la *prokura* allemande. Dans le contexte des sociétés anonymes, l'article 22, alinéa 1 et 2 de la loi du 24 juillet 1867 prévoyait que les sociétés anonymes sont administrées « *par un ou plusieurs mandataires à temps, révocables, salariés ou gratuits, pris parmi les associés* ». Mais ces mandataires pouvaient choisir parmi eux un « directeur » ou, si les statuts le permettaient, se substituer un autre mandataire étranger à la société, dont ils étaient responsables envers elle. Avec l'usage, ces mandataires furent appelés administrateurs, et ils formèrent un conseil d'administration, que la loi n'avait pas prévu, avec un président pour en présider les séances ; l'administrateur-« directeur » prit le nom d'administrateur délégué puisque, ne pouvant siéger en permanence, les administrateurs lui déléguaient les pouvoirs nécessaires à sa mission, tandis que le directeur non administrateur devint un directeur général¹³². La réception de pouvoirs par le président lui valait le titre de « *président délégué* »¹³³. Ainsi, s'installa un système de gouvernement, fait de mandats successifs, de conventions et d'usages, qui vécut jusqu'à la Seconde Guerre mondiale. Les administrateurs réunis en conseil délibéraient ; l'administrateur délégué (ou le directeur général) assurait en fait,

¹²⁸ Ce texte associé à d'autres ont fait l'objet de codification par la loi du 30 ventôse an XII qui avait eu l'ambition de réunir les lois civiles en un seul corps de lois, sous le titre de Code civil des Français.

¹²⁹ G. RIPERT, *Les aspects juridiques du capitalisme moderne*, 2^e éd., LGDJ, 1951, pp. 51-52, n° 20.

¹³⁰ Cl. DUCOULOUX-FAVARD, *Notes de leçons sur le contrat social*, D. 1997, chron. 319.

¹³¹ Cette loi a institué des sociétés à responsabilité limitée. Elle est complétée par la loi du 13 janvier 1927 (*J.O. 19.3.27 p. 290*), applicable dans les conditions fixées par décret du 15 décembre 1928, promulgué par arrêté du 11 février 1929 (*J.O. du 16/2/29, p. 269*), modifiée par le décret-loi du 20 juillet 1939 promulgué par arrêté du 07 septembre 1939 (*J.O. du 16/9/39, p. 1152*), modifiée par le décret n°56-1144 du 13 novembre 1956 promulgué par arrêté n°2891 du 21 décembre 1956 (*J.O. du 31/1/57, p. 22*) et rendu applicable par décret n°57-217 du 23 février 1957 (*J.O. du 13/4/57, p. 745*).

¹³² J.-P. BOUERE, *P-DG ou président et directeur général ?*, *Bull. Joly Sociétés*, 01 juillet 2001, n° 7, p. 695, § 164. V. aussi, G. RIPERT, *Les aspects juridiques du capitalisme moderne*, *op. cit.*, n° 51 et s.

¹³³ M. LECERF, *Rapide survol de deux siècles d'évolution du droit francophone des sociétés commerciales*, in *Mélanges Jean PAILLUSSEAU*, Aspects organisationnels du droit des affaires, Dalloz, 2003, p. 328.

sans partage, la direction que le conseil, organisme collégial, réuni épisodiquement, ne pouvait exercer, ni même contrôler de façon efficace. Le conseil s'était le plus souvent effacé derrière l'administrateur délégué, tandis que le président était cantonné dans un rôle honorifique et protocolaire¹³⁴.

29. Par la suite, une loi du 18 novembre 1940¹³⁵, modifiée et complétée par une loi du 4 mars 1943¹³⁶, donna une existence légale au conseil d'administration et réunit les fonctions de président et directeur général sur la tête d'une seule personne physique, qu'on s'habitua dès lors à appeler « *président-directeur général* »¹³⁷. Contrairement à la pratique, la loi lui réservait l'appellation de « *président du conseil d'administration* »¹³⁸. Ce président pouvait être assisté d'un directeur général qui en réalité était un « *directeur général adjoint* »¹³⁹. L'administration et la direction des sociétés anonymes étaient désormais organisées par la loi. Le président-directeur général ne se contentait pas de présider un conseil qui l'aurait mandaté pour diriger la société ; il tenait ses pouvoirs plus de la loi que du conseil lui-même¹⁴⁰.

30. La définition de la responsabilité des dirigeants remonte à l'époque du Second Empire au cours duquel la loi du 17 juillet 1856 fut adoptée pour remédier à ce qui fut appelé « *la fièvre des commandites* »¹⁴¹. Cette loi avait défini six nouvelles infractions dont le délit de simulation de souscription et de publication de faits faux et le délit de distribution de dividendes non réellement acquis qui pouvaient s'appliquer aux dirigeants. Par la suite, la loi du 24 juillet 1867 avait prescrit des infractions pour protéger l'investissement. Les dirigeants de sociétés anonymes ont vu le régime de leur responsabilité civile et pénale progressivement affiné à travers la multiplication de leurs interdits dont l'interdiction de trancher les conflits d'intérêts à leur profit¹⁴². Le décret-loi du 8 août 1935 modifiant l'article 15-6° et 15-7° de la loi du 24 juillet 1867, a introduit l'interdiction des abus de biens sociaux, des pouvoirs et des voix.

¹³⁴ J.-P. BOUERE, *P-DG ou président et directeur général ?*, préc., n° 2.

¹³⁵ La loi du 18 septembre 1940 était relative au nombre et à la responsabilité des administrateurs, aux fonctions et à la responsabilité des présidents des sociétés anonymes. Il n'a suffi pour le législateur français que deux mois pour vite l'enrayer de son ordonnancement juridique. Pour cette raison, cette loi est peu évoquée par la doctrine. Mais la loi du 16 novembre 1940 qui l'a abrogée a presque repris ses dispositions. La nouvelle loi a pris en compte l'état de guerre dans lequel s'était engagée la France et en raison de ses conséquences a réaménagé la composition du conseil d'administration qui peut comprendre des administrateurs prisonniers (V. article 1^{er}).

¹³⁶ D. BASTIAN, *La réforme du droit des sociétés par la loi du 4 mars 1943*, JCP 1943, I, 348, n° 21 à 24 ; J. PERCEROU, *Commentaire de l'article 11 de la loi du 4 mars 1943*, D. A. 1943, L. 61.

¹³⁷ J.-L. DELVOLVE et J.-M. MICHAUD, *Le statut du président-directeur général est-il soumis à l'article 40 de la loi du 24 juillet 1867 ?*, D. 1964, Chron. 257 ; J. HAMEL, *Les pouvoirs du président et du directeur général des sociétés anonymes d'après la loi du 4 mars 1943*, GP. 1943, 2, doct. 59 ; J. LEBLOND, *Les pouvoirs respectifs de l'assemblée générale, du conseil d'administration, du président-directeur général et du directeur général adjoint, dans la doctrine institutionnelle*, GP. 1957, 1, doct. 29 ; P.-D. OLLIER, *Le directeur général adjoint de la société anonyme*, RTD com. 1961, 533.

¹³⁸ V. G. VALQUE, *La position du président du conseil d'administration vis-à-vis de son conseil et de son directeur général*, Bull. mens. Joly 1980, 655 ; G. B. DE L'ISLE, et J. HONORAT, *Président du conseil d'administration*, v° Rép. sociétés 1990.

¹³⁹ P.-D. OLLIER, *Le directeur général adjoint de la société anonyme*, RTD com. 1961, 533.

¹⁴⁰ J.-P. BOUERE, *P-DG ou président et directeur général ?*, préc., n° 3.

¹⁴¹ M. HASCHKE-DOURNAUX, *Réflexion critique sur la répression pénale en droit des sociétés*, th. Paris I, préf. P. LE CANNU, Bibl. dr. pr., t. 439, LGDJ, 2005, p. 21, n° 19.

¹⁴² Le texte de l'article 40 de la loi de 1867 prévoit que « *les conventions approuvées par l'assemblée générale ne peuvent être attaquées qu'en cas de fraude. En revanche les conventions qu'elle désapprouve n'en produisent pas moins les effets, mais les conséquences dommageables pouvant en résulter restent, en cas de fraude, à la charge de l'administrateur intéressé et éventuellement du conseil d'administration* ».

31. La grande loi n° 66-537 du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales a permis de regrouper le statut des dirigeants sous la bannière de cadre législatif commun. Elle a confirmé et renforcé le statut antérieur du président du conseil d'administration, du directeur général, du gérant tant de la SNC que la SARL. De plus, elle instituait un système dualiste de direction et d'administration des sociétés anonymes, fait d'un directoire et d'un conseil de surveillance. Les réformes du statut des dirigeants se sont poursuivies en France¹⁴³ mais les données avaient changé dans les anciennes colonies françaises après leur indépendance dans les années 1960¹⁴⁴. Seuls les textes d'avant leur indépendance sur le statut des dirigeants sociaux pouvaient être appliqués notamment la loi du 24 juillet 1867 – avec ses modifications ultérieures – qui a été étendue aux territoires colonisés par la France par décret du 30 décembre 1868¹⁴⁵.

32. Par la suite, la grande réforme du statut des dirigeants n'est intervenue qu'après l'institution de l'OHADA dont l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales a dépoussiéré le statut des dirigeants hérités des temps coloniaux. Un siècle de retard est donc rattrapé en droit des sociétés¹⁴⁶ et plus spécialement en matière de statut des dirigeants grâce à cette réforme. Le législateur s'est tout de même inspiré du droit français des sociétés notamment la loi de 1966 favorisant l'institution d'un statut des dirigeants similaire à celui connu en France. Il s'est également inspiré du Code guinéen des activités économiques¹⁴⁷ qui se lit en filigrane à travers la dissociation de la fonction du président du conseil d'administration de celle de la direction générale neuf (09) ans avant la France et l'institution de l'administrateur général dans la société anonyme¹⁴⁸. A la suite de ce balai historique du statut des dirigeants sociaux, nous évoquerons la problématique du sujet.

V. PROBLÉMATIQUE DU SUJET

33. **Le risque élevé d'agence.** Le risque d'agence est inhérent au pouvoir de représentation. Au nombre des auteurs ayant évoqué ce risque, le professeur Philippe DIDIER a largement contribué à sa formalisation¹⁴⁹. Cet auteur reconnaît la situation d'agence par la délégation de pouvoirs qui s'opère entre principal et agent¹⁵⁰. Par cette délégation, le principal renonce à assurer la gestion en direct de ses affaires¹⁵¹. « *La situation d'agence se révèle alors comme dangereuse car, inéluctablement, les intérêts du principal et de l'agent entreront en conflit, et il est à craindre que l'agent profite de sa position de supériorité pour imposer une conduite de l'affaire conforme à ses intérêts, mais*

¹⁴³ Par exemple, la loi n° 94-1 du 3 janvier 1994 institua la Société par action simplifiée avec une organisation plus souple de sa direction sociale même si elle doit être dotée d'un président avec des pouvoirs légaux de représentation. En 2001, la loi sur les nouvelles régulations économiques a dissocié la fonction de président du conseil d'administration de celle du directeur général avec des implications importantes. Le président du conseil d'administration n'est le représentant légal de la société. La représentation légale est confiée au directeur général. Mais les deux fonctions peuvent toujours être cumulées.

¹⁴⁴ Pour une étude détaillée sur l'histoire du droit des sociétés en Afrique francophone, v. G. MEISSONNIER, *Droit des sociétés en Afrique (Afrique noire francophone, Maroc et Madagascar)*, préf. P. F. GONIDEC, L.G.D.J, 1978.

¹⁴⁵ M. LECERF, *Rapide survol de deux siècles d'évolution du droit francophone des sociétés commerciales*, préc., p. 327.

¹⁴⁶ H.-D. MODI KOKO BEBEY, *La réforme du droit des sociétés commerciales de l'OHADA*, *Rev. sociétés* 2002, p. 255.

¹⁴⁷ La loi n° 92 043 CTRN du 8 décembre 1992 portant Code des activités économiques en Guinée (Conakry).

¹⁴⁸ J. PAILLUSSEAU, *Le droit de l'OHADA : un droit très important et original*, préc., p. 3.

¹⁴⁹ V. Ph. DIDIER, *De la représentation en droit privé*, th. Paris II, préf. Y. LEQUETTE, LGDJ, 2000, Bibl. dr. pr, t. 339, p. 155 s., n° 206 s.

¹⁵⁰ *Ibid.*

¹⁵¹ *Ibid.*

contraire à ceux du principal, et sans que celui-ci puisse le mesurer »¹⁵². Il s'agit du risque d'agence. Comme l'a relevé l'auteur, la théorie de l'agence s'est développée principalement dans le contexte de la direction des sociétés commerciales¹⁵³ où le principal (la société) est contraint, en raison de son incapacité d'exercice, à faire recours à un agent (le dirigeant) pour assurer la gestion de ses affaires. Il provient du pouvoir légal de représentation dont dispose tous les dirigeants qu'il s'agisse d'une société à risques limités ou non. Les pouvoirs des dirigeants des sociétés à risques limités sont étendus au-delà de l'objet social contrairement à ceux des dirigeants des sociétés à risques illimités qui sont limités par l'objet social.

34. Le risque semble imparable, car toutes les initiatives privées destinées à limiter les pouvoirs sont inopposables aux tiers. Les pouvoirs des dirigeants sont rendus inflexibles pour préserver la liberté d'action des dirigeants et leur étendue est sauvegardée par ce principe de l'inopposabilité. Une doctrine majoritaire justifie cette inflexibilité par l'intérêt des tiers¹⁵⁴. Mais cette justification trouve sa limite au regard, non seulement, de son champ limité aux tiers des sociétés à risques limités, mais aussi de sa contrariété au principe de la création de la société dans l'intérêt des associés. Dans le cadre des actes courants, c'est-à-dire des actes relevant de l'objet social, le potentiel du risque reste élevé dans les sociétés isolées dont l'unique associé s'est confié la direction sociale et dont les capacités financières ne lui permettent de se doter d'un commissaire aux comptes. Dans ces conditions, le risque de dérive du dirigeant est grand faute de contrôle interne et externe de ses actes. Il en est de même des sociétés dominées par une autre qui par ses actes, les rend fictives ou les spolie de leur actif au profit d'autres sociétés du groupe.

35. Le risque s'étend davantage dans le cadre des actes graves. Au mépris des dispositifs légaux destinés à préserver théoriquement l'intérêt de la société dans les actes graves, les dirigeants peuvent valablement la société par lesdits actes. Concrètement, les dirigeants des sociétés anonymes peuvent octroyer des garanties au nom de la société sans respecter l'autorisation préalable du conseil d'administration quitte au conseil d'administration de les ratifier *a posteriori*. Dans le cadre des sociétés à risques illimités, les dirigeants peuvent octroyer valablement des garanties non entrant dans l'objet social en se prévalant de la communauté d'intérêts entre la société et le bénéficiaire¹⁵⁵ ou de l'accord unanime des associés à l'opération¹⁵⁶. Les actes interdits n'existent que de nom, car les dirigeants qui les accomplissent sont plus nombreux que ceux qui ne le peuvent pas. Les dirigeants associés uniques, les dirigeants personnes morales et les dirigeants des établissements de crédit peuvent accomplir des actes interdits. Les conventions réglementées peuvent être passées du chef des

¹⁵² *Ibid.*

¹⁵³ *Ibid.*

¹⁵⁴ V. not., C. BERR, *L'exercice du pouvoir dans les sociétés commerciales*, thèse Grenoble, préf. F. GIVORD, Sirey, 1961, p. 28 et s., n° 28 et s. ; Y. CHAPUT, *De l'objet social des sociétés commerciales*, *op. cit.*, p. 249 et s., n° 125 et s. ; Y. SERRA, *Nullité et inopposabilité au regard de la réception de la directive 68-151 du Conseil des Communautés européennes par la législation française des sociétés*, D. 1973, chron. p. 97.

¹⁵⁵ *Supra* n° 226 s.

¹⁵⁶ *Supra* n° 219 s.

dirigeants sans observer une autorisation préalable tant dans une société anonyme que dans une société à responsabilité limitée. Les sociétés sont donc exposées au risque d'agence.

36. A la fin du compte, le risque d'agence ne peut être prévenu ou contrecarré que par le risque de sanctions auquel sont exposés les dirigeants dont les actes porteraient atteinte à un intérêt protégé. Mais le fonctionnement des sanctions n'est pas toujours assuré. L'exercice de l'action sociale *ut universi* peut être paralysé si la société ne comporte qu'un seul dirigeant qui ne pourrait se faire poursuivre pour ses fautes. Même une pluralité de dirigeant ne garantit pas toujours le déclenchement de cette action, puisqu'ils peuvent s'abstenir de poursuivre un de leurs collègues fautifs. Quant à l'action *ut singuli*, le coût de son exercice généralement à la charge des associés peut entraîner leur désintérêt à son égard. En ce qui concerne les actions individuelles contre les dirigeants, leurs conditions d'exercice très contraignantes n'offrent pas toujours la chance à leur titulaire de voir les dirigeants fautifs sanctionnés. Car, tandis que les associés doivent prouver un préjudice distinct de celui de la société avant de faire sanctionner les dirigeants, les tiers doivent prouver que leur préjudice souffert de la faute d'un dirigeant est étranger à son acte. Le constat dans le cadre des sanctions pénales est très favorable aux dirigeants, pour la simple raison que la plupart des incriminations uniformisées ne sont pas dotées de contraintes pénales dans l'arsenal législatif des Etats parties au Traité de l'OHADA. Ce qui empêche l'application de la plupart des sanctions pénales aux dirigeants fautifs et diminue l'autorité des incriminations. Les sanctions ne sont pas les seuls domaines en crise. La crise atteint aussi l'autorité des dirigeants.

37. La crise de l'autorité des dirigeants. La crise de l'autorité des dirigeants est perceptible dans toutes les formes sociales. Ses formes varient d'une forme sociale à une autre. Au sein des sociétés anonymes, la crise repose, d'une part, sur une définition confuse des domaines de compétence du directeur général et du conseil d'administration. Malgré la révision de l'AUSCGIE, les pouvoirs du conseil d'administration demeurent définis en référence à l'objet social. Selon l'article 436 de l'AUSCGIE révisé, « *Dans ses rapports avec les tiers, la société est engagée, y compris par les décisions du conseil d'administration qui ne relèvent pas de l'objet social, dans les conditions et limites fixées à l'article 122 ci-dessus* ». Le même Acte uniforme prévoit en son article 488 alinéa 2 que « *Dans ses rapports avec les tiers, la société est engagée, même par les actes du directeur général qui ne relèvent pas de l'objet social, dans les conditions et limites fixées à l'article 122 ci-dessus* ». Or, l'objet social est le repère des pouvoirs des dirigeants à l'égard des tiers qu'il s'agisse de ceux d'une société à risques limités ou de ceux d'une société à risques illimités¹⁵⁷. De plus, le conseil d'administration ne traite pas avec les tiers. En cela, il ne décide pas ; il délibère. Il est appelé à contrôler les actes du DG et non à les concurrencer. Cette délimitation confuse du domaine de compétence des organes de l'exécutif peut favoriser des télescopages entre le conseil d'administration et le directeur général. Cette confusion peut favoriser une diminution de l'autorité du directeur général étant donné qu'il sera appelé à la partager avec le conseil d'administration. Toute réaction du DG contre l'empiètement du conseil d'administration sur ses prérogatives peut se solder par sa révocation. Le DG

¹⁵⁷ *Ibid.*

est donc condamné à subir illégitimement un empiètement de ses pouvoirs. Ce qui diminue son autorité à l'égard des tiers.

38. La crise de l'autorité se ressent même à l'intérieur de la direction. Après la révision de l'AUSCGIE, la responsabilité politique des dirigeants est connectée à leur autorité dans le cadre de la révocation : le P-DG peut être révoqué à tout moment¹⁵⁸ puisqu'il est le chef de la direction, contrairement au directeur général adjoint qui ne peut être révoqué que pour juste motif¹⁵⁹ à cause de sa subordination au chef. Mais cette responsabilité demeure déconnectée dans le cadre de la démission. A l'instar des dirigeants chef de direction, les dirigeants subordonnés peuvent démissionner à tout moment sans respecter aucune formalité en raison du silence du législateur sur le sujet. Or, la nomination du dirigeant subordonné est décidée par la société sur proposition du dirigeant en chef¹⁶⁰. L'absence de réglementation de la démission fait perdre l'autorité du chef de direction sur ses subordonnés dans le cadre de leur démission. Cette situation peut favoriser un fonctionnement chaotique de la direction.

39. Au sein des gérances, la crise de l'autorité est due à l'absence de chef légal. Tous les gérants sont au même niveau hiérarchique. Cette identité de position hiérarchie morcelle entre les gérants l'autorité de la direction. Cette situation peut faire courir à la direction le risque d'anarchie, car en cas de divergence des gérants sur une décision, la mésentente peut perdurer lorsqu'ils ne sont pas parvenus à rallier une position commune. La direction peut donc fonctionner sans vision unique et voir sa performance paralysée faute de chef.

40. Lorsque les sociétés font partie d'un groupe, la crise de l'autorité de la direction peut provenir d'une immixtion de l'associé majoritaire dans la direction. Cette situation est due à la fermeture de certaines directions sociales aux associés personnes morales. Il s'agit de la fonction de DG ou de P-DG et de gérance de SARL dont l'animation n'est ouverte qu'aux personnes physiques¹⁶¹. Pour contourner leur exclusion, les associés personnes morales installent une direction de fait au côté de la direction de droit. Cette immixtion dans une direction légale vient réduire l'autorité des dirigeants de droit. Ceux-ci seront contraints à accepter la situation au risque d'être éjectés de leur fonction. Leur marge de manœuvre devient donc réduite, car ils seront contraints à suivre les directives de leurs collègues hors-la-loi et de partager leur compétence avec eux. Cet amenuisement de l'autorité des dirigeants est parfois doublé du ralentissement de la performance des dirigeants.

41. Les handicaps à la performance des dirigeants. La performance d'une direction se cherche, se cultive et s'entretient. Elle se traduit par le succès de la politique managériale et se reflète généralement par l'état positif des résultats sociaux. Mais elle peut être compromise, lorsque la direction ne dispose pas de ressources humaines suffisantes pour mener efficacement la politique managériale. L'insuffisance des ressources humaines d'une direction peut entraîner une rupture du fonctionnement de cette direction, lorsque le seul dirigeant que

¹⁵⁸ Art. 469 de l'AUSCGIE révisé.

¹⁵⁹ Art. 475 al. 2 de l'AUSCGIE révisé.

¹⁶⁰ Art. 470 de l'AUSCGIE révisé.

¹⁶¹ Art. 462 al. 1^{er} de l'AUSCGIE révisé pour le P-GD ; art. 485 al. 1^{er} pour le DG ; art. 323 al. 1^{er} pour le gérant de SARL.

compte la société est indisponible pour assurer sa fonction. Au même chapitre, l'exercice de la fonction de dirigeant n'étant pas soumis à une formation précise, il n'est pas exclu que des directions sociales soient dotées de membres sans aucune formation et objectivement incompetents. Les sociétés vont pâtir de l'incompétence de leurs dirigeants dans la mesure où le défaut de formation conséquente prive ces dirigeants de la maîtrise des techniques de gestion sociale notamment dans le domaine comptable, juridique et fiscal.

42. Aussi, la performance peut-elle être compromise par l'instabilité de la direction. La direction est généralement confrontée à une instabilité lorsque sa reconstitution est récurrente. Cette reconstitution peut être voulue par la société lorsqu'elle entreprend la révocation de ses dirigeants. En revanche, la société est contrainte de reconstituer la direction, lorsque le départ des dirigeants se fait sur leur initiative personnelle en démissionnant. La démission et la révocation sont des actes réceptifs qui prennent effet dès qu'ils sont portés à la connaissance de leur destinataire. Leur récurrence et leur fréquence rapprochée paralyse toute incursion d'une politique managériale dans la durée. Le changement constant des dirigeants peut désorienter les tiers qui seront contraints de traiter sur un même sujet avec une kyrielle de dirigeants successifs. Or, le degré de satisfaction des tiers peut varier d'un dirigeant à un autre et rendre instable leur rapport avec la société. De telles situations peuvent décider les tiers à rompre leur relation avec la société pour chercher un partenaire qui lui procurerait une garantie pour la stabilité de leur rapport. L'instabilité de la direction peut affecter durablement sa performance. Au pire des cas, elle peut compromettre les résultats de la société.

43. La fédération des problèmes relevés. Tous ces problèmes que suscite le statut des dirigeants le mettent au cœur d'une diversité d'intérêts parfois antagonistes qu'il faille pourtant satisfaire rationnellement à travers une gestion efficiente de la société. Au nombre de ces intérêts figurent ceux de la société, des associés, des tiers, des créanciers et des dirigeants eux-mêmes. Il résulte des problèmes posés une question majeure à laquelle cette étude commande de répondre : le statut des dirigeants tel que défini par le législateur de l'OHADA est-il en phase avec la nécessité de garantir les intérêts qui se nouent autour de l'activité sociale dont les dirigeants ont la charge de faire fructifier ? Le traitement de cette problématique s'inscrira dans des objectifs précis.

VI. OBJECTIFS DE LA RECHERCHE

44. Unification du statut. Cette recherche vise à unifier le statut des dirigeants sociaux. L'unification sera réalisée autour de la conception stricte de la notion de dirigeants sociaux. Elle consistera à donner une vision unitaire du statut tout en relevant sa diversité. La diversité n'a jamais nui à un corps. Qu'il s'agisse de militaires, des fonctionnaires, des médecins, des magistrats ou des avocats, l'unité de leur corps n'exclut pas sa diversité. Au contraire, la diversité contribue à enrichir l'unité d'un corps. Dans le contexte du statut des dirigeants, les spécificités relatives aux dirigeants en fonction de leur appellation ne condamnent pas l'unité du statut. La restitution de cette unité passera par l'identification des caractéristiques fondamentales de ce statut et l'harmonisation des applications dont il peut faire l'objet. Elle permettra de rendre ce statut plus visible et facilement lisible.

45. Proposer une rénovation du statut. Dans la perspective d'une rénovation du statut, nous essayerons de donner une lecture des pratiques juridiques que ce statut provoque actuellement. Nous comptons effectuer une analyse systématique des divers contentieux qui affectent le régime de la fonction des dirigeants sociaux depuis l'avènement de l'OHADA jusqu'à présent. Ainsi, cette recherche permettra-t-elle d'évoquer les problèmes posés et d'en faire une analyse plus objective pour relever les insuffisances, les lacunes et les faiblesses de tout genre que comporte ce statut. Il nous appartiendra de proposer des mécanismes pour substituer à ceux qui sont obsolètes, renforcer ceux qui sont nécessaires et concevoir des réformes appropriées et originales pour une meilleure gestion des sociétés dans le respect et la garantie des intérêts qui ne nouent autour de l'activité sociale. Les objectifs de notre travail ainsi définis, nous allons dévoiler les orientations autour desquelles sera axée notre recherche.

VII. ANNONCE DU PLAN

46. Dans notre approche du statut, nous avons regroupé les principes gouvernant la direction des sociétés en tenant compte des options du législateur même si elles méritent d'être discutées. Certains principes sont destinés à assurer une direction infaillible de la société. Ils font du dirigeant le maître incontesté de la représentation de la société en lui réservant les pleins pouvoirs pour mener sans entrave sa politique managériale tout en lui défendant d'exercer ces pouvoirs contre les intérêts protégés au risque de s'exposer à la responsabilité. Les pouvoirs publics ont un grand intérêt pour le bon fonctionnement des entreprises notamment l'exercice responsable de la direction des sociétés. Car, non seulement les sociétés concourent à la production de la richesse, mais aussi sont des pourvoyeurs d'emplois sur lesquels les pouvoirs publics peuvent compter pour contrer le chômage. Au nombre des mesures susceptibles de préserver ces réalités, figure indéniablement l'encadrement minutieux de la direction des sociétés. Par contre, d'autres principes sont destinés à favoriser une organisation de la direction par les acteurs sociaux internes en fonction de leurs besoins.

47. L'orientation de notre travail s'impose donc autour de ces deux aspects de la direction sociale : son exercice et son organisation. Certes, nous avons tenté d'envisager l'organisation de la direction pour ensuite déterminer son impact sur son exercice. Mais cette approche n'a pu nous permettre une étude approfondie, soit de ce qui mérite d'être assoupli dans l'organisation de la direction, soit des raisons qui légitiment cet assouplissement. C'est pourquoi, la démarche inverse s'est imposé. Il est donc indispensable d'exposer, dans la première partie, la rigidité de l'exercice de la direction sociale avec les risques et insuffisances qu'elle comporte pour ensuite plaider, dans la deuxième partie, pour l'aménagement et l'infléchissement du statut pour marquer sa souplesse avec des ressources destinées à l'organisation de la direction sociale pour aboutir à une direction efficiente et dynamique.

Ainsi, mettrons-nous en évidence la rigidité du statut des dirigeants sociaux dans l'exercice de la direction sociale (PARTIE I) avant d'envisager son assouplissement dans l'organisation de la direction sociale (PARTIE II).

PREMIÈRE PARTIE

LA RIGIDITÉ DU STATUT DANS L'EXERCICE DE LA DIRECTION SOCIALE

48. La rigidité du statut des dirigeants sociaux en droit de l'OHADA repose dans l'exercice de la direction sociale sur deux éléments fondamentaux : les pouvoirs légaux de représentation de la société dévolus aux dirigeants et les sanctions des fautes des dirigeants. Les pouvoirs des dirigeants connaissent un accroissement grâce à la sauvegarde de leur inflexibilité dans les actes courants et au déclin des contre-pouvoirs classiques dans les actes graves (TITRE I). Face à cet accroissement inquiétant des pouvoirs légaux des dirigeants, les sanctions émergent en véritable contre-pouvoir grâce à leurs fonctions dans la dissuasion efficace des dérives des dirigeants (TITRE I).

TITRE I

L'ACCROISSEMENT DES POUVOIRS LÉGAUX DES DIRIGEANTS

49. Le pouvoir est un mot emprunté au vocabulaire politique, celui du droit public¹⁶². Le pouvoir est l'aptitude légale, judiciaire ou conventionnelle à exercer les droits d'autrui et à agir pour le compte de cette personne dans les limites de l'investiture reçue qui correspond en général, pour celui qui l'exerce, non seulement à un droit d'agir qui fonde son intervention mais aussi à une mission¹⁶³. Le pouvoir dévolu aux dirigeants est une aptitude légale à exercer les droits de la société. L'origine légale des pouvoirs des dirigeants sociaux leur confère par principe un caractère inflexible dans la représentation de la société dans tous ses actes courants (CHAPITRE 1).

49. bis. Cependant, lorsque les actes envisagés par les dirigeants présentent une certaine gravité pour la société, la loi modère exceptionnellement les pouvoirs des dirigeants par la barrière des contre-pouvoirs devant être respectée dans leur accomplissement pour préserver l'intérêt social. Cette modération qui se traduit par l'obligation pour les dirigeants de s'abstenir d'accomplir certains actes interdits et de soumettre des actes graves au contrôle des autres organes sociaux connaît un déclin progressif, car les dirigeants peuvent parfois accomplir valablement ces actes au mépris de ces prescriptions. Dès lors, les contre-pouvoirs classiques des dirigeants dans les actes graves connaissent un déclin au profit de la souveraineté des dirigeants (CHAPITRE 2).

¹⁶² G. LYON-CAEN, *Le pouvoir dans l'entreprise*, in *Le pouvoir de chef d'entreprise*, (sous dir. Jean PELISSIER), Dalloz 2002, n° 2, p. 3.

¹⁶³ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, PUF, v° pouvoir, p. 655.

CHAPITRE 1

L'INFLEXIBILITÉ DES POUVOIRS DANS LES ACTES COURANTS

50. Les pouvoirs des dirigeants sont strictement encadrés par la loi. Ils sont par conséquent inflexibles. Par définition, est inflexible, ce que rien ne peut fléchir, ce qui est inébranlable, intraitable, ce qui est dénué de souplesse¹⁶⁴. Etant inflexibles, les pouvoirs ordinaires sont dénués de souplesse au cours de la représentation de la société et ne sauraient fléchir devant aucune influence provenant des volontés privées. Le principe de l'inflexibilité des pouvoirs dans les actes courants¹⁶⁵ est consacré par l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du GIE. Selon l'article 121 de l'AUSCGIE révisé, « à l'égard des tiers, les organes de gestion, de direction et d'administration ont, dans les limites fixées par le présent Acte uniforme pour chaque type de société, tout pouvoir pour engager la société, sans avoir à justifier d'un mandat spécial. Toute limitation de leurs pouvoirs légaux par les statuts est inopposable aux tiers de bonne foi ». Le législateur a opté pour une définition publique des pouvoirs dans les actes courants. Une doctrine majoritaire soutient l'origine légale des pouvoirs ordinaires des dirigeants¹⁶⁶. Mais la question qui se pose est de savoir ce qui fonde en réalité cette inflexibilité ? La recherche de ce fondement passera par une exploration de tous les éléments susceptibles de justifier cette inflexibilité avant de retenir ceux qui emportent conviction au vu de leur cohérence. Elle se fera à travers les deux aspects de l'inflexibilité. L'aspect visible est le bonheur que cette option législative procure aux représentants que sont les dirigeants (SECTION 1). L'aspect invisible réside dans les nuisances de l'inflexibilité pour la représentée, la société (SECTION 2).

SECTION 1. UNE OPTION HEUREUSE POUR LES DIRIGEANTS

51. Les dirigeants tirent directement leurs pouvoirs de la loi dans le cadre des actes courants. C'est un bonheur pour les dirigeants de détenir des pouvoirs inébranlables et prédéfinis qui leur confèrent une liberté d'initiative dans leur action et qui leur permettent de définir et de mener une politique managériale¹⁶⁷ propre pour développer les activités de la société. Les dirigeants jouissent donc d'une liberté d'action dans leur rapport avec les tiers (§ 1) à telle enseigne que toutes les limitations apportées par les associés à leurs pouvoirs sont inefficaces l'égard tiers (§ 2).

§ 1. La liberté d'action des dirigeants

52. Dans leur rapport avec les tiers, les dirigeants ont des pouvoirs étendus dans les actes courants, sans lesquels ils ne peuvent disposer d'une marge de liberté dans la direction de la société. Cette liberté d'action

¹⁶⁴ Le Petit Larousse illustré, v° *inflexibilité*.

¹⁶⁵ Selon l'article 439 al. 2 de l'AUSCGIE révisé, « Les opérations courantes sont celles qui sont effectuées par une société, d'une manière habituelle dans le cadre de ses activités ». Le terme « acte » est synonyme de terme « opération ».

¹⁶⁶ P.-G. POUGOUE, J. NGUEBOU-TOUKAM et F. ANOUKAHA, *OHADA, Traité et actes uniformes commentés et annotés, Actes uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique*, 3^e éd., Juriscope, 2008, p. 365 ; C. BERR, *L'exercice du pouvoir dans les sociétés commerciales*, op. cit., n° 26 ; F. K. DECKON, *Les pouvoirs du dirigeant de société commerciale en droit uniforme de l'OHADA*, préc., p. 7 ; Y. CHAPUT, *De l'objet social des sociétés commerciales*, op. cit., n° 125 et s. ; D. MARTIN, *Les pouvoirs des gérants des sociétés de personnes*, RTD com. 1973, p. 190.

¹⁶⁷ V. J. LEBRATY, *Décision et organisation, Mélanges André Breton et Fernand Derrida*, éd. Dalloz, 1991, p. 220 ; Ph. MERLE, *Contrat de management et organisation des pouvoirs dans la société anonyme*, D. 1975, p. 245.

s'inscrit, en principe, dans l'objet social qui, consubstantiel à la notion d'entreprise¹⁶⁸, est l'activité économique exercée par la société¹⁶⁹, la nature des opérations où elle va chercher la source des bénéfices escomptés¹⁷⁰. L'objet social détermine la capacité de la société. Mais, si l'objet social est la mesure de cette capacité qui délimite la liberté d'action des dirigeants des sociétés à risques illimités (A), il n'est en pas de même pour les dirigeants de sociétés à risques limités où leur liberté d'action y est indifférente (B).

A. L'affirmation de la liberté dans les sociétés à risques limités

53. L'objet social ne joue qu'un rôle indicatif des pouvoirs des dirigeants des sociétés à risques limités. La liberté d'action des dirigeants est indifférente à l'objet social (1) et ce pour des raisons précises (2).

1. L'indifférence de l'étendue des pouvoirs à l'objet social

54. Les dirigeants des sociétés à risques limités avaient été divisés au regard de l'appréhension du contenu de leur pouvoir par la jurisprudence française. Le président du conseil d'administration et les gérants étaient considérés comme les seuls à être investis de pouvoirs légaux. En revanche, la jurisprudence était divisée sur le contenu des pouvoirs du directeur général. Cette division avait perduré dans le temps avant de s'estomper à la suite d'une convergence des positions sur la légalité des pouvoirs de tous les dirigeants. Il convient de relever ce concours tardif de la jurisprudence sur l'indifférence des pouvoirs à l'objet social (a) avant d'envisager l'assise légale de cette indifférence (b).

a. L'unification tardive de la jurisprudence sur l'indifférence

54. En droit français, l'étendue des pouvoirs de la quasi-totalité des dirigeants de sociétés à risques limités est théoriquement indifférente à l'objet social. Mais en ce qui concerne les pouvoirs du directeur général, leur étendue a fait l'objet de débat au niveau des chambres de la Cour de cassation : la chambre sociale dans un arrêt du 7 juillet 1983 et la chambre criminelle dans un arrêt du 6 mai 1985 avaient décidé que sans un mandat spécial délivré au directeur général par le conseil d'administration, il n'avait pas qualité pour représenter la société, tandis que la chambre commerciale, dans un arrêt du 12 juillet 1993, reconnaît au directeur général un pouvoir de représentation, sans qu'il justifie d'un mandat spécial. En effet, dans l'affaire connue de la chambre sociale, l'avocat était muni d'un pouvoir spécial qui lui avait été remis par le directeur général de la société pour former un pourvoi en cassation au nom de celle-ci. La chambre sociale a estimé que la déclaration de pourvoi ne satisfait pas aux exigences de l'alinéa 2 de l'article 999 du Nouveau Code de Procédure Civile selon lequel, en cette matière, le pourvoi est formé par tout mandataire muni d'un pouvoir spécial. Ainsi, la chambre sociale a-t-elle décidé que le directeur général d'une société anonyme n'a pas, « *s'il n'en a reçu le pouvoir par une délibération spéciale du conseil d'administration, dont il n'est pas justifié, qualité pour former un pourvoi en*

¹⁶⁸ T. LAMARCHE, *La notion d'entreprise*, RTD com. 2006, p. 720 ; L. IDOT, *La notion d'entreprise*, Rev. sociétés 2001, p. 196 ; R. FRANCESCHELLI, *La notion juridique d'entreprise en Italie*, RTD com. 1972, p. 574.

¹⁶⁹ G. CORNU, op. cit., 586.

¹⁷⁰ P. CORDONNIER, *L'objet social*, D. 1952, chron. 172.

cassation au nom de celle-ci »¹⁷¹. Quelques mois plus tard, le 6 mai 1985, la chambre criminelle adopte aussi cette solution, et déclare irrecevable la constitution de partie civile d'un directeur général contre des personnes prévenues d'abus de biens sociaux au détriment de la société. Elle décide que « *si l'article 117, alinéa 2, de la loi du 24 juillet 1966 attribue au directeur général d'une société anonyme, à l'égard des tiers, les pouvoirs conférés au président du conseil d'administration par l'article 113 de celle loi, il n'en résulte pas que le directeur général puisse ester en justice au nom de la société, en l'absence d'une délégation spéciale donnée par le conseil d'administration ou d'une clause particulière des statuts* »¹⁷².

55. Dans un arrêt du 12 juillet 1993, la chambre commerciale a adopté une position contraire à celle des chambres sociale et criminelle concernant les pouvoirs du directeur général. Selon les faits de l'arrêt de la Chambre commerciale, la SA Bergère ayant été mise en redressement judiciaire par jugement du 14 avril 1989, le tribunal, après avoir, à son audience du 18 avril 1990, entendu M. Ganet en sa qualité de directeur général de la société, a écarté la proposition de plan de cession qui lui était soumise et a prononcé la liquidation judiciaire de la débitrice. Madame Bergère, président du conseil d'administration, a relevé appel de cette décision dont elle a demandé l'annulation au motif que M. Ganet n'était pas habilité à représenter la société. La chambre a décidé que, « *attendu que la cour d'appel a retenu que, par délibération du conseil d'administration d'une société anonyme ... M. Ganet avait été nommé directeur général, étant, dès lors, investi des mêmes pouvoirs que le président du conseil d'administration pour agir en toutes circonstances au nom et pour le compte de la société et que le mandat qui lui avait été ainsi attribué lui avait conféré qualité suffisante pour représenter la société devant le tribunal lors de son audition préalable au prononcé de la liquidation judiciaire* »¹⁷³. Elle a rejoint la position que le Conseil d'Etat a prise depuis longtemps en matière fiscale en décidant que les directeurs généraux sont dispensés de justifier d'un mandat pour introduire ou soutenir une réclamation ou une instance fiscale au nom de la société qu'ils représentent¹⁷⁴.

56. Ces décisions révèlent la divergence au niveau des chambres de la Cour de cassation sur le contenu des pouvoirs de représentation du directeur général. Cette divergence provenait de l'interprétation ambivalente des dispositions des articles 113 alinéa 1^{er} et 115 de la loi n° 66-537 du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales. L'alinéa 1^{er} de l'article 113, dispose que « *sous réserve des pouvoirs expressément attribués par la loi aux assemblées d'actionnaires ainsi qu'au conseil d'administration, et dans la limite de l'objet social, le président du conseil d'administration assume, sous sa responsabilité, la direction générale de la société. Il représente la société*

¹⁷¹ Soc. 7 juill. 1983, *Rev. sociétés* 1984, p. 526, note B. BOULOC ; *Bull. Joly* 1984.77, n° 27, p. 1143. Dans le même sens, Soc. 13 avr. 1988, *Bull. Joly* 1989.82, n° 16, note D. LEPELTIER ; *JCP éd. E* 1988, II, 15292, n° 5, obs. A. VIANDIER et J.-J. CAUSSIN ; 27 mai 1992, *JCP éd. E* 1993, I, 250, n° 5, obs. A. VIANDIER et J.-J. CAUSSAIN ; Versailles, 12 mars 1991, *Bull. Joly* 1993.572, n° 160, note B. SAINTOURENS.

¹⁷² Crim. 6 mai 1985, *Rev. sociétés* 1985, p. 850, note B. BOULOC. Dans le même sens, Paris 12^e ch., 9 déc. 1983, *Gaz. Pal.* 1984, I, 194, note J.-P. MARCHI.

¹⁷³ Cass. com. 12 juill. 1993, *D.* 1993, Jur. 549, *Petites affiches* 28 juillet 1993, p. 27, note Ph. MERLE.

¹⁷⁴ CE, 5 mars 1980, n° 14611, *Dr. fisc.* 1980, n° 1276. Cette jurisprudence a été réaffirmée par un arrêt récent du Conseil d'Etat qui a indiqué qu'en vertu de l'art. 117 de la loi du 24 juillet 1966, les directeurs généraux de société anonyme ont, à l'égard des tiers, les mêmes pouvoirs que le président du conseil d'administration (CE. 3 fév. 1989, n° 57456, *Dr. fisc.* 1989, n° 1335).

dans ses rapports avec les tiers ». Selon l'article 115, « *sur la proposition du président, le conseil d'administration peut donner mandat à une personne physique d'assister le président à titre de directeur général...* ».

57. Cependant, par un arrêt important du 18 novembre 1994, la Cour de cassation siégeant en assemblée plénière, a mis fin à cette forte divergence de jurisprudence exprimée au sein de ses propres chambres (sociale et criminelle d'une part, commerciales de l'autre) à propos de la question des pouvoirs du directeur général. Elle rejoint la position défendue par la Chambre commerciale, et décide de manière totalement justifiée que « *...le directeur général d'une société anonyme tient des dispositions combinées des articles 113, alinéa 1^{er} et 2, et 117, alinéa 2, de la loi du 24 juillet 1966 le pouvoir d'ester en justice au nom de la société, au même titre que le président du conseil d'administration* »¹⁷⁵. Cette décision a été rendue conformément aux conclusions de M. LOEL, le premier avocat général¹⁷⁶.

58. Bien qu'elle soit tardive, cette unification a probablement favorisé une dissociation en France des pouvoirs du directeur général de ceux du président du conseil d'administration avec la loi NRE du 15 mai 2001. Le directeur général, comme en droit OHADA, est devenu le véritable représentant légal de la société alors que le président du conseil d'administration est confiné dans un rôle de contrôle des actes du directeur général. Cet alignement de l'étendue des pouvoirs du directeur général sur celle des gérants de SARL par la loi de 1925 permet d'avoir une conception uniforme du pouvoir des dirigeants des sociétés à risque limités.

b. L'assise légale de l'indifférence

59. Les dirigeants des sociétés à risques limités sont investis des pouvoirs légaux dans leur rapport avec les tiers et ce, au-delà même de l'objet social. Cette indifférence des pouvoirs à l'objet social a un fondement légal (i) avec des limites constituées par la compétence des autres organes sociaux (ii).

i. Le fondement de l'indifférence

60. Dans les sociétés à risques limités, le contenu des pouvoirs des dirigeants est extensible dans leur rapport avec les tiers. Selon l'article 329 alinéa 1 et 2 de l'AUSCGIE révisé, « *dans les rapports avec les tiers, le gérant est investi des pouvoirs les plus étendus pour agir en toute circonstance au nom de la société (...). La société est engagée, même par les actes du gérant qui ne relèvent pas de l'objet social...* ». Selon l'article 465 alinéa 5 de l'AUSCGIE révisé, « *dans ses rapports avec les tiers, la société est engagée par les actes du président-directeur général qui ne relèvent pas de l'objet social...* ». Tous les autres organes de direction quelconques des sociétés anonymes notamment le directeur général à l'article 488 alinéa 1^{er}, le directeur général adjoint à l'article 472 alinéa 2, l'administrateur général à l'article 498 alinéa 4 et l'administrateur général adjoint à

¹⁷⁵ Cass. ass. plén., 18 nov. 1994, *D.* 1995, Jur., p. 101, note D. COHEN.

¹⁷⁶ M. JOEL, conclusions, *D.* 1995, Jur. p. 101 s.

l'article à l'article 512 alinéa 2¹⁷⁷, sont légalement habilités à engager la société même au-delà de l'objet social. Les règles sont identiques concernant les gérants de la SARL¹⁷⁸. Sans conteste, l'indifférence est légale.

61. Cette extension des pouvoirs des dirigeants de société à risques limités dans leurs rapports avec les tiers vient neutraliser l'autorité de l'objet social défini par les associés. « *L'autorité de la loi se substitue, ici, à la autonomie de la volonté. Les tiers sont libérés de toute investigation. A leur égard le pacte social est insusceptible de fournir des motifs spécifiques de désaveu de l'action du dirigeant. Ils n'ont donc pas la nécessité de s'y référer avant de contracter avec lui. Par là-même, c'est la rapidité et la sécurité des transactions qui se trouvent, naturellement et sensiblement, renforcées* »¹⁷⁹. En exerçant les pouvoirs au-delà de l'objet social, il se crée de fait un objet social adjacent ou objet réel. Cet objet social peut déborder simplement l'objet statutaire, être un objet accessoire ou s'exercer en rupture totale avec lui. La définition d'un objet statutaire par les statuts paraît vaine dans la mesure où il ne lie pas le dirigeant dans ses actions. Alors, conviendra-t-il pour les associés des sociétés à risques limités de prévoir un objet social illimité ou universel pour l'adapter au contenu extensible des pouvoirs des dirigeants. La loi semble opter pour la détermination et la description des activités constituant l'objet social dans les statuts¹⁸⁰ en exigeant sa limitation et sa précision dans la mesure du possible¹⁸¹. A l'égard des tiers, cette limitation est stérile. En revanche, les limites de l'objet social peuvent servir à vérifier le dépassement ou non des pouvoirs par les dirigeants.

62. Le dépassement de l'objet social par le dirigeant, ne constitue pas en soi une faute : il faudra distinguer le dépassement préjudiciable du dépassement avantageux. Le dépassement est avantageux pour la société lorsqu'il peut être bénéfique à la société ou non susceptible de lui causer un préjudice. Mais dans le cas contraire, lorsqu'un préjudice est causé à la société par un acte accompli au-delà de l'objet social, il s'agit là d'un dépassement préjudiciable. Ce type de dépassement est constitutif de faute du dirigeant. Une telle faute légitime non seulement la sanction encourue par le dirigeant auprès des associés¹⁸² mais aussi auprès du juge. Le spectre des sanctions peut constituer, pour les dirigeants dynamiques, une dissuasion à l'initiative et à la prise de risque, une sorte d'encouragement à la passivité¹⁸³. Se sentant alors menacé, le chef d'entreprise renoncerait à des projets dont le succès n'est garanti d'avance. Cette frilosité imposée sera alors préjudiciable à l'essor de l'entreprise.

¹⁷⁷ Concernant l'administrateur général adjoint, le législateur n'est exprès sur le contenu extensible de ses pouvoirs contrairement aux autres organes de direction. Mais par l'interprétation de l'alinéa 2 de l'article 512 de l'AUSCGIE, il convient d'admettre que l'administrateur général adjoint peut aussi engager la société au-delà même de l'objet social, étant entendu que les clauses statutaires limitant ses pouvoirs sont inopposables aux tiers.

¹⁷⁸ Art. 329 de l'AUSCGIE.

¹⁷⁹ D. MARTIN, *Les pouvoirs des gérants des sociétés de personnes*, préc., p. 190.

¹⁸⁰ Art. 19 de l'AUSCGIE.

¹⁸¹ P-G. POUGOUE, *op. cit.*, 314.

¹⁸² R. BAILLOT, *Le juste motif de révocation des dirigeants sociaux*, préc., p. 402 et s. ; J.-L. AUBERT, *La révocation des organes d'administration des sociétés commerciales*, préc., p. 993.

¹⁸³ B. LAPLANE et Q. URBAIN, *Les juges et la décision de gestion : un sujet à controverse*, in *Le juge et la décision de gestion*, sous la direction de A. LYON-CAEN et Q. URBAIN, Dalloz, 2006, p. 7.

Mais il convient que le dirigeant mesure en toute responsabilité la portée de ces actes avant d'y engager la société. Il lui revient alors d'apprécier les opportunités¹⁸⁴ avant d'engager diligemment la société par des actes qui, même dépassant l'objet social, constituent incontestablement des opérations avantageuses pour la société. Il ne saurait aussi se servir de son pouvoir pour détourner à son profit une chance économique de la société¹⁸⁵. L'inflexibilité des pouvoirs ne doit pas constituer pour les dirigeants une arme à retourner contre les intérêts de la société mais plutôt pour les défendre, quitte à dépasser l'objet social. Sa dynamique réside dans la coopération des dirigeants avec les autres organes sociaux dans le respect strict de leur compétence.

ii. Les limites de l'indifférence

63. Incontestablement, les dirigeants des sociétés à risques limités ont une liberté d'action qui déborde le cadre de l'objet social. Cette liberté vient démentir la limitation de la capacité de la société à l'objet social. Mais les dirigeants constituent-ils des organes à tout faire ? La réponse est négative. Leurs pouvoirs ont des limites. Les dirigeants ne sont pas les seuls organes de la société et sont appelés à coopérer avec les autres organes¹⁸⁶. Mais ils se distinguent des autres organes par leur pouvoir de rentrer en relation avec les tiers au nom et pour le compte de la société. Cette prérogative ne saurait être exercée pour accomplir des actes qui relèvent de la compétence d'un autre organe social¹⁸⁷. Mais une confusion semble exister entre les pouvoirs du directeur général et ceux du conseil d'administration. Par contre, la distinction des pouvoirs des dirigeants à l'égard de ceux de l'assemblée générale apparaît plus nette étant donné que le dirigeant empièterait sur les pouvoirs de l'assemblée générale, s'il modifie par ses actes les statuts.

64. En ce qui concerne le rapport des dirigeants avec le conseil d'administration, la distinction des pouvoirs apparaît sur certains points confus lorsque le législateur affirme que le conseil d'administration est investi des pouvoirs les plus étendus pour agir en toutes circonstances au nom de la société¹⁸⁸. L'article 436 de l'AUSCGIE renchérit en affirmant que, « *dans ses rapports avec les tiers, la société est engagée, y compris par les décisions du conseil d'administration qui ne relèvent pas de l'objet social...* ». Or, les mêmes pouvoirs semblent être accordés aux dirigeants de cette société, notamment le directeur général et ses adjoints. Il apparaît à la fin une confusion des pouvoirs. Nous estimons que cette confusion provient de l'attribution des mêmes pouvoirs au conseil d'administration au lieu de le confiner à ses pouvoirs de contrôle. Avec une telle extension des pouvoirs du conseil d'administration, cet organe devient un organe à tout faire alors même qu'il ne peut traiter avec les tiers faute de personnalité juridique. Ce pouvoir de représentation de la société par le conseil d'administration est hypothétique ; il fait défaut au conseil d'administration la personnification et la capacité juridique pouvant lui

¹⁸⁴ V. G. HELLERINGER, *Le dirigeant à l'épreuve des opportunités d'affaires*, D. 2012, p. 1560.

¹⁸⁵ V. sur ce sujet, J.-Y. MARTIN, *Le détournement d'une chance économique par un dirigeant de société*, th. dacty, Paris I, 1981.

¹⁸⁶ En ce sens, Ph. BISSARA, *Interdépendance et coopération des organes sociaux de la société anonyme classique*, préc., p. 115.

¹⁸⁷ V. par ex., J. LEBLOND, *Les pouvoirs respectifs de l'Assemblée générale, du Conseil d'administration, du Président-Directeur général, et du Directeur-général adjoint, dans la Doctrine institutionnelle*, préc., p. 29.

¹⁸⁸ Art. 435 al. 1^{er} de l'AUSCGIE.

permettre de traiter avec les tiers. Même son président ne peut représenter la société, car la loi ne lui reconnaît pas cette prérogative¹⁸⁹. Il apparaît donc que le dirigeant social est le seul organe capable de représenter la société et de traiter avec les tiers. D'où la nécessité de confiner le conseil d'administration à ses rôles classiques, notamment le rôle de contrôle sur les actes des dirigeants et d'autorisation des actes graves¹⁹⁰. Pour mener à bien sa mission de contrôle, le conseil d'administration peut engager la société en créant des organes pouvant l'appuyer dans cette mission. Il peut donc créer des comités pour leur confier certaines compétences qui sont les siennes¹⁹¹. Il peut s'agir du comité d'étude et de direction, du comité d'éthique, du comité de rémunération ou tout autre comité pouvant intervenir dans son domaine de compétence¹⁹².

65. S'agissant des rapports des dirigeants avec l'assemblée générale, la distinction semble plus nette. Les dirigeants sociaux ne sont pas habilités à accomplir des actes qui relèvent des pouvoirs de l'assemblée. Le problème se pose généralement au sujet de certains actes qui s'apparentent à un empiètement des dirigeants sur les pouvoirs de l'assemblée. Il ne s'agit pas des hypothèses où l'assemblée générale mandate en amont le dirigeant pour effectuer des modifications statutaires ou des hypothèses où « *le dirigeant se voit accorder, par les statuts ou par la loi, le pouvoir de modifier le pacte social sans autorisation préalable des associés* »¹⁹³. Mais il s'agit des actes pris par les dirigeants de leur chef et constituant de véritables affronts à l'assemblée, lesquels actes sont de nature modifier les statuts voire compromettre l'existence de la société.

66. En effet, la principale illustration de conflit de pouvoirs dans les sociétés à risques limités concerne la réalisation d'opérations importantes comme l'acquisition et la vente de fonds de commerce de la société. Ces différentes opérations relèvent de la compétence des dirigeants légaux, sauf si ces actes entraînent indirectement une modification des statuts, pour la raison que les statuts considèrent que ces objets particuliers sont l'activité même prévue par les statuts¹⁹⁴. La cession du fonds de commerce peut être effectuée sans difficulté par les seuls dirigeants sociaux, si les statuts permettent d'exercer l'activité en n'importe quel autre endroit¹⁹⁵. D'ailleurs, comme l'affirmé la Cour de cassation française dans un arrêt du 31 janvier 2012, la cession d'un fonds de commerce ne constituant pas, en elle-même, un acte relevant des pouvoirs légalement réservés aux associés¹⁹⁶. Mais, si l'activité sociale est limitée à un fonds unique, les dirigeants ne peuvent pas le vendre ; seule l'assemblée

¹⁸⁹ L'article 480 de l'AUCSGIE précise les attributions du président du conseil d'administration. Selon cette disposition, « *le président du conseil d'administration préside les réunions du conseil d'administration et les assemblées générales. Il doit veiller à ce que le conseil d'administration assume le contrôle de la gestion de la société confiée au directeur général. A toute époque de l'année, le président du conseil d'administration opère les vérifications qu'il juge opportune et peut se faire communiquer tous les documents qu'il estime utiles à l'accomplissement de sa mission* ».

¹⁹⁰ V. *infra* n° 188 s.

¹⁹¹ V. *infra* n° 879 s.

¹⁹² V. *infra* n° 879 s.

¹⁹³ V. S. LE NORMAND, *La modification des statuts par le dirigeant*, préc., p. 11.

¹⁹⁴ Com. 12 janv. 1988, *Rev. sociétés* 1988, p. 263, note Y. CHAPUT ; Com. 18 oct. 1994, *Bull. Joly Sociétés* 194, p. 130, note SAINTOURENS. – Com. 24 juin 1997, *Rev. sociétés* 1997, p. 792, note P. DIDIER. – Com., 7 oct. 2008, *Bull. Joly Sociétés* 2009, p. 44, note BUREAU ; *Rev. sociétés* 2009, p. 90, note Y. CHAPUT ; *Rev. contrats* 2009, p. 652, note LUCAS.

¹⁹⁵ J.-P. CASIMIR et M. GERMAIN, *Dirigeants de sociétés, juridique, fiscal, social*, 3^e éd., Groupe Revue Fiduciaire, 2009, p. 146, n° 576.

¹⁹⁶ Com., 31 janv. 2012, F-D, n° 10-15.489, *S^{ie} DB réceptions c/ Guyot*, *Rev. sociétés* 2012, p. 230, note J.-F. BARBIERI.

générale extraordinaire peut décider de sa vente. Car un tel acte réalise un changement particulièrement grave des statuts entraînant la dissolution de la société. La vente de l'unique fonds de commerce de la société par le dirigeant constitue une extinction anticipée de l'objet social de la société et non le dépassement de l'objet social. Dans un arrêt du 18 octobre 1994¹⁹⁷, la Cour de cassation française avait cassé un arrêt d'appel qui avait retenu le versement d'une indemnité pour la non-réalisation d'une promesse de vente d'un fonds de commerce. Elle relève « *qu'en se déterminant ainsi, sans rechercher, ainsi qu'elle y était invitée par les conclusions de la société Al Malak, si la cession de son fonds de commerce par le gérant n'impliquait pas une modification des statuts quant à la détermination de l'objet social pour laquelle la loi attribue expressément compétence aux associés, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision* ». Cette décision vient affiner un arrêt du 12 janvier où la Cour de cassation avait déjà estimé que la cession de l'objet unique de la société rendait indispensable une modification des statuts pour laquelle la loi attribue expressément compétence aux associés 1988¹⁹⁸.

67. Ainsi donc, de tels actes du dirigeant constituant un empiètement sur les pouvoirs de l'assemblée générale extraordinaire sont sanctionnés par leur inopposabilité à la société¹⁹⁹ et ne saurait par conséquent engager la société. Ce n'est que dans le respect du principe de séparation des pouvoirs des organes sociaux, que tous les actes accomplis par les dirigeants au-delà de l'objet social engagent la société. L'indifférence des pouvoirs des dirigeants à l'objet social est justifiée par certaines raisons.

2. Les raisons de l'extension des pouvoirs au-delà de l'objet social

68. Une doctrine majoritaire justifie l'extension des pouvoirs des dirigeants de sociétés à risques limités par la nécessité de protéger les tiers²⁰⁰ dans leurs transactions avec la société. Cette opinion est confortée par une directive européenne. En effet, le Conseil des Communautés européennes a jugé préférable pour la sécurité du commerce international la disparition de toute réserve fondée sur l'objet social. Son avis formulé dans une directive²⁰¹ en date du 9 mars 1968 a conduit le gouvernement français à modifier en conséquence certaines dispositions du droit des sociétés²⁰². Or en réalité, la prise en compte de l'intérêt des tiers est évidente mais

¹⁹⁷ Com. 18 octobre 1994, *SARL Al Malak c/ SARL Farb France*, *Rev. sociétés* 1995, p. 284, note F. PASQUALINI.

¹⁹⁸ Com. 12 janv. 1988, *JCP éd. E* 1988, p. 15240, n° 1, obs. A. VIANDIER et J.-J. CAUSSAIN ; *Rev. sociétés* 1988.263, note Y. CHAPUT ; *Bull. Joly* 1988, p. 212, note L. FAUGEROLAS ; *Petites affiches*, 5 sept. 1988, note A. MORETTI. En l'espèce, la société à responsabilité limitée « Journal de Doullens » exploitait, d'une part, un hebdomadaire portant le même nom et, d'autre part, une librairie-papeterie. Le gérant prit l'initiative de vendre le journal à une maison de presse, tout en conservant la boutique. Les associés refusèrent de ratifier la convention, mais donnèrent aussitôt pouvoir au mandataire social de réaliser la vente au bénéfice d'un autre acquéreur plus offrant. Le premier cessionnaire évincé porta le conflit qui ne manqua pas de naître de cette décision devant la justice en faisant valoir la vente qui lui avait été consentie. Il n'obtint pas gain de cause, bien que la cession du journal figurant dans l'objet social n'ait pas provoqué sa disparition, car il mentionnait d'autres activités qui n'étaient pas incluses dans l'opération. En effet, la dénomination de l'hebdomadaire étant identique à celle de la société, les Hauts magistrats estimèrent que la vente rendait indispensable une modification des statuts pour laquelle la loi attribue expressément compétence aux associés.

¹⁹⁹ Y. CHAPUT, *Inopposabilité à la société de la vente d'un fonds statutaire par un gérant de SARL*, *Rev. sociétés* 1988, p. 266.

²⁰⁰ V. not., C. BERR, *L'exercice du pouvoir dans les sociétés commerciales*, *op. cit.*, p. 28 et s., n° 28 et s. ; Y. CHAPUT, *De l'objet social des sociétés commerciales*, *op. cit.*, p. 249 et s., n° 125 et s.

²⁰¹ Directive 68/151/CEE, du 9 mars 1968, 5, *JOCE*, 14 mars 1968, n° L 65/8 ; (*RTD eur.* 1968, p. 452 s.).

²⁰² Y. SERRA, *Nullité et inopposabilité au regard de la réception de la directive 68-151 du Conseil des Communautés européennes par la législation française des sociétés*, *préc.*, p. 97.

accessoire. L'intérêt des tiers ne pose problème que dans le cadre de l'opposabilité des actes à la société. Cette opposabilité n'est préservée que par la paralysie des limitations conventionnelles apportées aux pouvoirs des dirigeants²⁰³ que ce soit dans les sociétés à risques limités comme dans les sociétés à risques illimités. Il serait discriminatoire que la protection ne soit réservée qu'aux tiers des sociétés à risques limités.

A notre avis, l'extension des pouvoirs des dirigeants au-delà de l'objet se justifie par des raisons qui se rapportent aux intérêts des associés, car la société est créée dans l'intérêt commun des associés²⁰⁴. La préservation de ces intérêts passe par la nécessité de fonctionnement continue de la société en dépit du désintérêt récurrent des associés à son fonctionnement. A cela, s'ajoute la protection légale de leur patrimoine personnel contre les risques sociaux. Ce faisant, les pouvoirs des dirigeants sont étendus non seulement à cause des difficultés à organiser des AGE des sociétés à risques limités (a) mais aussi de la limitation du risque aux apports (b).

a. La difficulté d'organiser des assemblées extraordinaires

69. Les sociétés à risques limités sont généralement constituées par une pluralité d'associés. Ces associés sont plus intéressés à la perception des dividendes qu'à la participation à la vie de la société. Cette désaffection sociale rend généralement difficile la réunion du quorum pour modifier l'objet social en cas de nécessité. Pour pallier cette difficulté, l'extension des pouvoirs des dirigeants au-delà de l'objet de l'objet permet aux dirigeants d'agir au-delà de l'objet social sans qu'il y ait besoin de le modifier constamment (i). Mais, cette raison est à relativiser eu égard à certaines sociétés où la réunion des associés ne semble souffrir d'aucune difficulté (ii).

i. Une difficulté tenant à la désaffection sociale

70. L'extension des pouvoirs au-delà de l'objet social peut être justifiée par les difficultés à réunir les associés des sociétés à risques limités pour modifier, si besoin est, l'objet social. En effet, les difficultés sont réelles dans toutes les sociétés à risques limités. Elles se vivent avec plus d'acuité dans la société anonyme où « *...les actionnaires ne se connaissent pas, ils n'ont aucune conscience de leurs intérêts communs* »²⁰⁵. La « *dispersion des actions d'une même société entre des associés innombrables, négligence de ceux-ci à se faire représenter aux assemblées, difficulté d'atteindre les propriétaires d'actions au porteur dont l'identité reste inconnue : autant de facteurs qui, de plus en plus, ont empêché maintes sociétés de capitaux de rassembler les trois quarts de capital social, quorum actuellement indispensable pour modifier l'objet social* »²⁰⁶. La modification de l'objet social passe forcément par celle des statuts. Dans la SA, c'est l'assemblée générale extraordinaire qui est habilitée à modifier les statuts dans toutes leurs dispositions²⁰⁷. Elle ne délibère valablement selon l'article 553 de

²⁰³ V. *infra* n° 117 s.

²⁰⁴ Art. 4 al. 2 de l'AUSCGIE : « *La société commerciale doit être créée dans l'intérêt commun des associés* ». Pour des études sur la question, v. not., D. SCHMIDT, *De l'intérêt commun des associés*, JCP éd. E, n° 48, 1994, 404. Par extension, V. aussi, J. THERON, *De la communauté d'intérêts*, RTD civ. 2009, p. 22 ; Q. URBAN, *La "communauté d'intérêts"*, un outil de régulation du fonctionnement du groupe des sociétés, RTD com. 2001, 1.

²⁰⁵ G. RIPERT, *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, op. cit., p. 99, n° 42.

²⁰⁶ P. CORDONNIER, *L'« objet social »*, préc., p. 175.

²⁰⁷ Art. 551 al. 1 de l'AUSCGIE.

l'AUSCGIE que si « *les actionnaires présents ou représentés possèdent au moins la moitié des actions, sur première convocation, et le quart des actions, sur deuxième convocation. Lorsque le quorum n'est pas réuni, l'assemblée peut être une troisième fois convoquée dans un délai qui ne peut excéder deux mois à compter de la date fixée pour la deuxième convocation, le quorum restant fixé au quart des actions* ». Dans la société à responsabilité limitée, c'est les décisions collectives extraordinaires qui ont pour objet de statuer sur la modification des statuts. Selon l'article 358, « *les modifications des statuts sont décidées par les associés représentant au moins les trois quarts du capital social* ».

71. Il résulte de ces dispositions que l'impossibilité de réunir au moins le quart du capital nécessaire de la SA et les trois quarts de la SARL, empêche toute modification de leurs statuts et par ricochet celle de leur objet social. Se préoccupant plus des dividendes²⁰⁸, les associés des sociétés à risques limités se désintéressent totalement de la vie sociale et brillent souvent par leur absence aux assemblées générales²⁰⁹. Ce désintérêt pour la vie de la société provient aussi de l'inexistence de l'*affectio societatis* chez la majorité des associés des sociétés à risques limités. Dans cette situation, il est difficile de réunir les associés. Une telle difficulté de réunion physique des associés est un handicap à la prise de décision en assemblée extraordinaire, dont celle relative à la modification de l'objet social. Or, si les pouvoirs des dirigeants étaient limités par l'objet social, leur extension serait conditionnée par une modification préalable des statuts. Ce qui constituerait une barrière pour l'extension des domaines d'actions des dirigeants, en cas d'impossibilité d'obtenir une modification de l'objet social. Cette impasse est efficacement résorbée par la dévolution des pleins pouvoirs aux dirigeants, et ce indépendamment de tout élargissement ou non de l'objet social par l'assemblée générale extraordinaire. Le dirigeant devient le seul juge des opportunités relevant ou non de l'objet social, lesquelles opportunités demeurent à l'abri de toute appréciation du juge²¹⁰. Dès lors, les dirigeants peuvent accomplir des actes qui ne rentrent pas dans l'objet social sans qu'une modification de l'objet soit nécessaire.

72. Dans le souci de contrer la difficulté de réunir les associés et de favoriser une participation plus accrue de leur part aux réunions de l'assemblée générale, l'AUSCGIE révisé permet, comme en droit français²¹¹, le recours aux techniques électroniques²¹². Ainsi, si les statuts le permettent, les associés peuvent-ils assister par visioconférences²¹³ aux réunions de l'assemblée générale ou de voter par correspondance au mois 24 heures avant la

²⁰⁸ V. J. LACOMBE, *Dividendes, Rép. Sociétés I*, p. 1 s.

²⁰⁹ En ce sens, TOULEMON, *L'avenir des sociétés anonymes*, *RTD com.* 1956, p. 227 ; C. BERR, *L'exercice du pouvoir dans les sociétés commerciales, op. cit.*, spéc. n° 416-425.

²¹⁰ A. TUNC, *Le droit américain des sociétés anonymes*, Economica, Paris 1985, p. 135. L'auteur relève que « *un juge peut apprécier, en quelque sorte, la quantité du travail fourni par un dirigeant, non sa qualité : il ne se reconnaît pas compétent pour lui dire qu'il s'est trompé* ».

²¹¹ Cf. M. C. GLOTIN, *Les délibérations sociales par télétransmission : une innovation de la loi NRE*, *JCP éd. E*, 2002, p. 747 ; DE BROSSE et J. HAELLING, *L'utilisation des moyens de télécommunication aux conseils et assemblées générales des sociétés anonymes*, *Bull. Joly Sociétés* 2002, p. 1089 ; F.-X. LUCAS et VALUET, *L'utilisation des moyens de télécommunication et la tenue des assemblées générales d'actionnaires*, *Act. Prat. mars-avril* 2003 ; GERMAIN, *L'ubiquité des dirigeants et des actionnaires*, *Mélanges Linant DE BELLEFONDS*, Litec, 2007, p. 205 ; TROUCH, *Le vote électronique dans les assemblées générales d'actionnaires*, *Bull. Joly Sociétés* 2008, p. 734.

²¹² Art. 535 al. 3 de l'AUSCGIE révisé.

²¹³ Art. 133-2 al. 2 de l'AUSCGIE révisé.

tenue de l'AG²¹⁴. Elle peut contribuer à diminuer l'absentéisme des associés en général et en particulier des actionnaires dont la motivation majeure est la perception des dividendes. Pour autant, cette mesure est loin d'inciter les associés à participer activement à la vie de l'animation de l'assemblée générale. La justification de l'extension des pouvoirs au-delà de l'objet social par la difficulté de réunir les associés de sociétés à risques limités trouve toujours sa raison d'être. Mais il faut relever que cette raison d'être est à relativiser dans la mesure où la difficulté présumée est inconnue de certains genres de sociétés à risques limités.

ii. Une difficulté à relativiser

73. La justification de l'extension des pouvoirs des dirigeants au-delà de l'objet social par la difficulté de réunir les associés des sociétés à risques limités a des limites. Les difficultés susévoquées sont inexistantes dans le cadre des sociétés unipersonnelles et dans les sociétés familiales à risques limités.

74. L'absence de difficulté dans la société unipersonnelle. Si la réunion des associés s'avère difficile dans les sociétés pluripersonnelles à risques limités, il n'en est pas de même, lorsque la société ne comporte qu'un seul associé. La société peut être unipersonnelle dès sa création²¹⁵ ou devenir unipersonnelle en cours de vie sociale à l'issue de la réunion des parts sociales ou actions entre la main d'un seul associé²¹⁶. Lorsque la société ne compte qu'un seul associé, les compétences de l'assemblée générale sont dévolues à cet associé²¹⁷. Dès lors, l'accord de l'associé unique en assemblée générale extraordinaire suffit pour faire adopter toutes les résolutions. Dans ce contexte, la justification de l'extension des pouvoirs des dirigeants au-delà de l'objet semble vaine, car l'associé unique ne saurait attendre l'avis d'une autre personne pour modifier l'objet social. D'ailleurs, lorsque l'associé unique est encore dirigeant de la société, toutes les décisions relèvent de sa compétence. Il dispose de toutes les informations sur l'évolution des activités et peut, si les circonstances l'exigent convoquer l'assemblée générale à tout moment et modifier l'objet social, s'il y a lieu. Ainsi, convient-il de relativiser dans ce genre de société une justification de l'extension des pouvoirs des dirigeants par l'impossibilité de réunir les associés. Cette remarque vaut aussi dans le cadre des sociétés de famille.

75. La minimisation des difficultés dans les sociétés conjugales ou de famille nucléaire. La relativisation de la justification annoncée peut être aussi soutenue dans le cadre des sociétés à risques limités de

²¹⁴ Art. 133-1 al. 2 de l'AUSCGIE révisé.

²¹⁵ V. P. STERLOOTEN, *L'entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée*, D. 1985, chron. 187 ; Cl. CHAMPAUD, *L'entreprise personnelle à responsabilité limitée, Rapport du groupe d'étude chargé d'étudier la possibilité d'introduire l'E.P.R.L. dans le droit français*, RTD com. 1979, p. 579 ; A. SAYAG, *L'entreprise individuelle : faux débats ou vraies questions*, Mélanges René RODIERE, Dalloz 1981, p. 289 ; *De nouvelles structures pour l'entreprise. La loi n° 85-697 du 11 juillet 1985*, JCP 1985, p. 3217 ; J. DAIGRE, *Défense de l'entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée (Loi n° 85-697 du 11 juillet 1985, Titre I^{er})*, JCP 1986, I, 3225 ; J. PAILLUSSEAU, *L'E.U.R.L. ou des intérêts pratiques et des conséquences théoriques de la société unipersonnelle*, D. 1986, chron. 3242 ; M.-T. CALAIS-AULOY, *Appréciation critique de la loi du 11 juillet 1985 instituant l'EURL*, D.1986, chron. 249 ; Y. AGNINA, *La société unipersonnelle : une solution à la crise de l'entreprise privée en Afrique ? (Une lecture critique de l'Acte uniforme de l'OHADA relatif au Droit des Sociétés Commerciales et GIE)*, thèse Lomé, 2001.

²¹⁶ J. LEBLOND, *De la réunion de toutes les parts ou actions d'une société entre les mains d'une seule personne au point de vue juridique et fiscal*, RTD com. 1963, p. 417.

²¹⁷ Art. 558 al. 1^{er} de l'AUSCGIE.

famille. La société est familiale lorsque les associés sont les membres d'une même famille. Il ne s'agit pas d'une société sans personnalité morale entre époux²¹⁸ mais d'une société dotée de personnalité morale. Aussi, importe-t-il de distinguer la famille nucléaire de la famille étendue²¹⁹. La famille nucléaire est celle qui est formée des parents et de leurs enfants. Quant à la famille étendue, elle comprend, outre les membres de la famille nucléaire, d'autres personnes ayant des liens de parentés avec eux²²⁰. En raison de la nécessité d'avoir une précision sur le nombre des membres de la famille, nous retiendrons la société constituée par une famille nucléaire où la précision recherchée est évidente alors qu'elle serait incertaine dans la société de famille étendue. Ainsi, peut-il s'agir de société créée entre époux²²¹ ou intégrée par la suite par le second époux²²², s'il y a lieu, après son agrément²²³. La liste des membres de la société peut être étendue aux descendants du couple²²⁴, même mineurs²²⁵. Il faut relever que la société entre époux est exclue lorsque les deux sont tenus indéfiniment et solidairement des dettes sociales en droit de l'OHADA²²⁶. Cette question de validité des sociétés entre époux avait aussi alimenté une controverse doctrinale en droit français²²⁷. Mais un terme a été mis à cette controverse par une succession de lois qui ont admis la validité de sociétés entre époux²²⁸. Il est paradoxal que la SNC continue d'être exclue entre conjoints par l'AUSCGIE même après sa révision, alors qu'une société en participation ou une société créée de fait soient possibles en eux et que dans leur relation avec les tiers, l'AUSCGIE prévoit l'application des règles de la SNC²²⁹. L'interdiction d'une SNC entre époux mérite d'être levée. Ainsi, les époux peuvent créer une SNC, une SCS où l'un sera commanditaire et l'autre commandité. Mais, la société qui peut prémunir le patrimoine familial contre les risques sociaux est celle où la responsabilité de tous les époux est limitée aux apports. Il s'agit de la SARL et de la SA.

76. Quelle que soit la forme de société à risques limités choisie, la réticence des membres de la famille à participer au fonctionnement de son assemblée générale serait minimisée pour deux raisons majeures : le

²¹⁸ Par ex., A. KARM, *L'entreprise conjugale*, th. Paris II, préf. P. CATALA, Defrénois, 2004 ; F. DEKEUWER-DEFOSSEZ, *Mariage et sociétés, dans Aspect actuel du droit commercial français. Études dédiées à R. Roblot*, p. 271, LGDJ 1984 ; B. MAUBRU, *Entreprises familiales*, Defrénois 1984, p. 65 ; *Les sociétés créées de fait entre époux, Mélanges offerts à J. DERRUPPE*, p. 275, Litec 1991.

²¹⁹ Sur ce sujet, V. I. THERY, *Couple, Filiation et parenté aujourd'hui, Le droit face aux mutations de la famille et de la vie privée*, Edition Odile Jacob, 1998, p. 25 et s.

²²⁰ Sur la notion de parenté, V. C. SIFFREIN-BLANC, *La parenté en droit civil français, Etude critique*, th. Aix-Marseille III, préf. E. PUTMAN, PUAM, 2009.

²²¹ V. APS, *Les sociétés entre époux d'après la loi n° 82-596 du 10 juillet 1982*, *Gaz. Pal.* 1982, 2, doct. p. 635 ; J. BARDOUL, *Les conjoints associés : commentaire des articles 12 et suivants de la loi n° 82-596 du 10 juillet 1982 relative aux conjoints d'artisans et de commerçants travaillant dans l'entreprise familiale*, *Rev. sociétés* 1983, p. 5 ; F. PASQUALINI et V. PASQUALINI-SALERNO, *Les sociétés entre époux*, *JCP éd. E* 1999, n° 47, p. 1858 ;

²²² V. J. BARDOUL, *Les conjoints associés*, *Rev. sociétés* 1983, p. 5.

²²³ B. MAUBRU, *L'agrément du conjoint de l'associé*, *Defrénois* 1985, p. 801.

²²⁴ V. par Ph. LEFEBVRE, *Les contrats entre époux parents et concubins*, Litec 1984 ; F. MANSUY, *Les relations familiales et le droit des sociétés*, th. Nancy, 1985.

²²⁵ Par ex., J. VAUTIER et B. RYSSSEN, *L'apport en société par un mineur et son représentant légal*, *JCP éd. N* 1995, prat., 3258.

²²⁶ Art. 9 de l'AUSCGIE. Adde, R. ADIDO, *Les sociétés entre époux : survivance du principe de la prohibition dans la réforme de l'OHADA*, *Penant* n° 848, p. 380.

²²⁷ V. M. VASSEUR, *Le problème des sociétés entre époux après l'arrêt de la Cour de Paris du 7 décembre 1954*, *RTD com.* 1955, p. 219 ; *Le problème de sociétés entre époux après l'ordonnance du 19 décembre 1958*, *RTD com.* 1959, p. 835 et *RTD com.* 1960, p. 1.

²²⁸ V. A. KARM, *L'entreprise conjugale*, *op. cit.*, p. 143, n° 232.

²²⁹ Art. 861 al. 3 (s'agissant de la société en participation) et l'art. 868 (s'agissant d'une société créée de fait).

nombre réduit des associés et la communauté de vie des associés. D'une part, le nombre des membres de la société est très réduit, contrairement aux grandes sociétés anonymes où les membres ne se connaissent parfois même pas. La fibre familiale peut favoriser la convergence facile des opinions²³⁰ sur les projets inscrits à l'ordre du jour de l'assemblée générale et permettre la prise facile des décisions. Il peut en être aussi des délibérations inscrites destinées à modifier l'objet social. D'autre part, les associés entretiennent d'autres liens qui les soumettent à une obligation de communauté de vie. En effet, le mariage soumet les époux à un devoir de communauté de vie²³¹ voire de cohabitation²³², ce qui limite la dispersion des membres de la société. Aussi, leurs enfants mineurs appartenant à la société, ont-ils leur domicile légal auprès de leurs père et mère²³³. Cette vie en communauté des membres de la famille facilite la réunion de ceux-ci dans le cadre des activités sociales en vue de prendre des décisions collectives et, s'il y a lieu, modifier l'objet social.

77. Ces raisons viennent tempérer la justification de l'extension des pouvoirs des dirigeants de sociétés à risques limités au-delà de l'objet social. Si une telle justification tient au regard des sociétés pluripersonnelles de grandes dimensions, elle est au contraire démentie dans les sociétés unipersonnelles et dans les sociétés familiales. La difficulté d'organiser des AGE est certes tempérée mais ne disparaît pas. Au contraire, son tempérament permet de la mettre en évidence. La justification de l'extension de l'objet social peut aussi tirée du principe de limitation de la responsabilité financière des associés aux apports.

b. La limitation de la responsabilité des associés aux apports

78. L'extension des pouvoirs des dirigeants des sociétés à risque limités semble justifiée aussi par la limitation de la responsabilité des associés à leurs apports. En dépit de certains paramètres qui font reculer la limitation de responsabilité (ii), celle-ci demeure solide (i).

i. La solidité de la limitation

79. L'extension des pouvoirs des dirigeants de sociétés à risques limités au-delà de l'objet social peut aussi être justifiée par la limitation de la responsabilité financière des associés à leurs apports. Cette limitation est expressément envisagée dans la définition légale même des sociétés à risques limités. Selon l'article 309 alinéa 1^{er} de l'AUSGIE, « *la société à responsabilité est une société dans laquelle les associés ne sont responsables des dettes sociales qu'à concurrence de leurs apports...* ». Selon l'article 385 alinéa 1^{er} de l'AUSCGIE, « *la*

²³⁰ V. D. MARTIN, *La coopération conjugale dans l'entreprise familiale (Commentaire de la loi n° 82-596 du 10 juillet 1982)*, D. 1982, chron. p. 293.

²³¹ V. sur le sujet, Y. CHARTIER, *Domicile conjugal et vie familiale*, RTD civ. 1971, p. 510 ; H. SINAY-CYTERMANN, *Enrichissement sans cause et communauté de vie : incidences de la loi du 10 juillet 1982*, DS 1983, chron. p. 159 ; J. VASSAUX, *Liberté individuelle et rapports personnels entre époux*, thèse Lille II, 1989 ; V.-G. HENAFF, *La communauté de vie du couple légitime*, RTD civ. 1996, p. 551 ; F. NIBOYET, *L'ordre public matrimonial*, Thèse Paris X, préf. J. REVEL, Bibl. dr. pr., t. 494, LGDJ, 2008, p. 167 et s., n° 304 et s. ; F. TERRE et D. FENOUILLET, *Droit civil, La famille*, 8^e éd., Dalloz, 2011, p. 141, n° 160 ; n° 90 et 111.

²³² V. J. GARRIGUE, *Les devoirs conjugaux, Réflexion sur la consistance du lien matrimonial*, th. Paris II, préf. L. LEVENEUR, Éditions Panthéon Assas, 2012, p. 66 s., n° 79 s.

²³³ V. L. GARAIL, *L'exercice de l'autorité parentale*, th. Paris II, préf. L. LEVENEUR, Bibl. dr. pr., t. 413, LGDJ, 2004, p. 85 et s., n° 161 et s. ; N. RANDOUX, *La résidence principale*, th. Lille II, préf. A. PROTHAIS, Coll. des thèses, t. 38, Défrénois, 2009, p. 262 et s., n° 298 et s. ;

société anonyme est une société dans laquelle les actionnaires ne sont responsables des dettes sociales qu'à concurrence de leurs apports... ». Les associés de ces deux sociétés ne sont responsables des dettes sociales qu'à concurrence de leurs mises. Leur responsabilité financière est alors limitée à leurs apports. Elle n'est pas étendue à leur patrimoine personnel. Elle ne peut donc être aggravée par les actes des dirigeants.

80. Cette cloison étanche entre le patrimoine social et le patrimoine des associés semble mettre le patrimoine personnel des associés à l'abri des conséquences des actes du dirigeant en dépit des dépassements inconsidérés de l'objet social par celui-ci. L'exercice de l'activité commerciale étant un pari risqué, l'engagement des associés à faire partie d'une société démontre l'acceptation d'un risque éventuel. Cette acceptation se traduit par la libération des apports²³⁴. Le concours de la volonté publique qui limite le risque aux apports et le consentement de l'associé à toute perte éventuelle de ses apports peuvent servir à justifier le blanc-seing donné au dirigeant dans l'exercice de ses pouvoirs. Entre les pouvoirs des dirigeants et le risque financier des associés, le législateur a choisi de limiter uniquement le second. Pour cela, toute limitation des pouvoirs par les volontés privées est dépourvue de portée à l'égard des tiers²³⁵. La détermination de l'objet social par les statuts n'oriente qu'en apparence les pouvoirs des dirigeants dans l'activité sélectionnée par les associés. Mais il est de la responsabilité du dirigeant de prendre toutes les mesures pour défendre les intérêts de la société, quitte à agir en dehors de l'objet social choisi par les associés. A la vérité, l'objet social réel de la société à risques limités est implicitement illimité et universel au regard de la plénitude des pouvoirs des dirigeants.

81. Pour ne pas mettre en péril le bénéfice lié à la limitation de responsabilité, les cessionnaires de droits sociaux exigent des garanties de passif au moment de la conclusion de la cession. Cette garantie consiste à « prévoir une indemnisation de l'acquéreur de titres d'une société lorsqu'il apparaît, par rapport aux comptes de référence de la société cible, un supplément de passif (ou une diminution d'actif) résultant de passif ou d'événements antérieurs à la cession et non (ou insuffisamment) provisionné »²³⁶. C'est un mécanisme qui met le cessionnaire à l'abri des pertes latentes qui pourraient résulter des conséquences préjudiciables des actes des dirigeants, au moment où il n'avait pas encore la qualité d'associé. Le bénéfice d'une telle garantie est même reconnu par la Cour de cassation en faveur du dirigeant cessionnaire de droits sociaux²³⁷. Cette position de la Cour de cassation mérite d'être approuvée si la direction est plurale, car le dirigeant cédant peut ne pas être informé de

²³⁴ Sur ce sujet, V. H. BLAISE, *L'apport en société*, Sirey, 1955.

²³⁵ V. *infra* n° 117 s.

²³⁶ P.-M. DE GIRARD et Ch.-A. PASCAUD, *Garanties du passif : « 1134, alinéa 1^{er} » contre « 1134, alinéa 3 » : combat de titans ou subtile alliance ?*, D. 2009, chron. 2233 ; G. NOTTE, *Les clauses dites de garantie de passif dans les cession de droits sociaux*, JCP G 1985, I, 3193 ; C. FREYRIA, *Réflexion sur les garanties conventionnelles dans les actes cession de titres sociaux*, JCP E 1992, I, 146 ; A. COURET et D. LEDOUBLE, *La maîtrise des risques dans les cessions d'actions*, GNJ Joly 1994 ; A. GALIA-BEAUCHESNE, *Les clauses de garantie d'actif et de passif dans les cession d'actions et des parts sociales*, Rev. sociétés 1980, p. 27 ; J. POUSTIS et J.-L. MONNOT, *La garantie dans les cessions de droits sociaux*, JCP éd. E 1989, II, 15479 ; O. DESHAYES, *Le sort de la garantie de passif en cas de revente de passif en cas de revente des titres*, D. 2008, p. 1801 ; T. LEOBON, *La partie déclarative des conventions de garantie de passif*, JCP E 2010, 1391 ; J. PAILLUSSEAU, *La garantie de conformité dans les cessions de contrôle*, JCP E 2007, 1238, p. 29.

²³⁷ Com. 10 juill. 2007, Bull. Joly Sociétés 2007, 1187, note A. COURET ; D. 2007, Jur. 2839, note P. STOFFEL-MUNCK, et 2844, note P.-Y. GAUTIER ; JCP E 2007 2394, note D. MAINGUY ; JCP G 2007, II, 10154, note D. HOUTCIEFF ; RTD civ. 2007, 773, obs. B. FAGES ; RTD com. 2007, 786, obs. P. LE CANNU et B. DONDERO.

certaines actes de ses collègues à la veille de son départ. Ce qui pourrait aggraver le risque social. Mais lorsqu'il s'agit d'une direction unique, cette précaution semble dénuée d'intérêt étant donné que le dirigeant unique a toutes les données sur la société et qu'il ne peut se soustraire aux conséquences des actes qu'il a accomplis même s'ils ne l'engagent pas. La garantie du passif permet au cédant de ne pas supporter un passif créé au moment où il n'a pas encore eu la qualité d'associé et de reporter le passif éventuel sur le cédant. Le risque que le cessionnaire accepte de courir est celui limité à son apport pour compter de la date de son entrée dans le capital.

82. En définitive, la limitation de la responsabilité des associés aux apports peut justifier l'étendue des pouvoirs des dirigeants au-delà de l'objet social. Il semble mettre le patrimoine personnel des associés à l'abri du passif social quelles que soient les délicatesses des dirigeants. Mais, cette limitation s'effondre parfois. Ce qui expose les biens personnels des associés à répondre des dettes issues des actes des dirigeants.

ii. Le recul marginal de la limitation

83. Un auteur avait estimé que la faute personnelle d'un associé peut aggraver sa responsabilité limitée²³⁸. Mais cette situation n'est pas spécifique aux sociétés à risques limités. Elle est présente aussi dans les sociétés à risques illimités. Dans ce cas de figure, les associés ne répondent que des conséquences de leurs propres fautes et non des actes des dirigeants. Ce qui nous conduit à l'exclure des instruments destinés à faire reculer la responsabilité limitée. En revanche, le principe de limitation de responsabilité recule face à certains instruments juridiques qui exposent le patrimoine personnel des associés aux risques des actes accomplis par les dirigeants. Au nombre de ces instruments juridiques figurent la solidarité légale des associés de sociétés à risques limités, le cautionnement des dettes sociales par les associés, la transmission à l'associé des dettes sociales de la société unipersonnelles dissoute ou encore la suppression de capital minimum à certaines sociétés à risques limités.

84. L'exception de la responsabilité illimitée dans les sociétés à risques limités. Les associés de sociétés à risques limités peuvent être amenés à répondre de dettes au-delà de leurs apports en raison de la confrontation au jeu de la solidarité légale pourtant inexistante dans ces genres de sociétés²³⁹. Respectivement les articles 312 alinéa 5 et 409 de l'AUSCGIE prévoient dans les SARL et SA la responsabilité indéfinie et solidaire des associés pour l'évaluation exagérée des apports en nature. Il faudra distinguer cette responsabilité solidaire des associés de celle qu'ils encourent à l'égard des tiers pour l'annulation de la société²⁴⁰, car celle-ci se justifie par leur faute. Une fausse exagération la valeur réelle des biens apportés à la société cache la valeur réelle des apports, d'où la nécessité de combler la valeur manquante sur le patrimoine personnel des associés de tous les associés intervenus dans cette évaluation. Par conséquent, ils sont tenus indéfiniment et solidairement des dettes sociales. Cela étant, le mythe du principe de la responsabilité limitée aux apports s'écroule. Les actes accomplis par les dirigeants au-delà de l'objet social peuvent affecter le patrimoine personnel de l'associé poursuivi.

²³⁸ L. GODON, *Les obligations des associés*, op. cit., n° 68.

²³⁹ V. H. CORVEST, *La solidarité légale dans les SA*, Rev. sociétés 1985, p. 383.

²⁴⁰ V. art. 316 pour la SARL et 413 pour la SA.

85. La renonciation à la responsabilité limitée dans les sociétés à risques limités. Le principe de responsabilité limitée des associés n'est pas d'ordre public²⁴¹, car il peut être assoupli sans risque de sanction²⁴². Son objectif n'étant pas de protéger l'intérêt général mais des intérêts privés, les associés peuvent y renoncer, soit en cautionnant les dettes sociales, soit en contribuant aux pertes de société en cours de vie sociale. D'une part, le cautionnement expose l'associé à répondre des dettes sociales au-delà même de ses apports, surtout lorsque l'étendue du cautionnement est indéterminée. Il peut aussi s'agir de la mise en œuvre d'une garantie de l'engagement de la filiale par la société mère²⁴³. Dans ce contexte, le patrimoine personnel de l'associé est exposé au paiement des dettes sociales, lorsque la société s'avère défailtante. Tous les actes pris par les dirigeants au-delà de l'objet social affecteront le patrimoine de l'associé, en dépit de l'existence du principe de la responsabilité limitée. Ce principe n'est donc pas un principe d'ordre public pouvant protéger le patrimoine personnel des associés à toute épreuve. D'autre part, la contribution aux pertes sociales²⁴⁴ en cours de vie sociale par l'associé constitue une renonciation à sa part à un droit propre²⁴⁵, le condamnant à élargir ses engagements primaires. En effet, au nombre des droits propres des associés²⁴⁶, figure le droit de ne pas subir une augmentation de son engagement primaire.

²⁴¹ Y. CHARTIER, *L'évolution de l'engagement des associés*, *Rev. sociétés* 1980, p. 1 ; F. RIZZO, *Le principe d'intangibilité des engagements des associés*, *RTD com.* 2000, p. 27 à 69 ; G. TAORMINA, *Réflexions sur l'aggravation des engagements des associés*, *Rev. sociétés* 2002, p. 267. V. aussi, L. JOBERT, *L'engagement des associés au-delà de leurs apports*, Thèse Paris II, 2002 ; *La notion d'augmentation des engagements des associés*, *Bulletin Joly Sociétés* 2004 n° 5, § 124, p. 627 ; *Le principe de responsabilité limitée*, *Bull. Joly Sociétés* 2007 n° 2, § 45, p. 225.

²⁴² Généralement l'atteinte à un principe d'ordre public est sanctionnée. V. F. BARRIERE, *Ordre public et impérativité, Observations en droit pénal des sociétés anonymes*, *Rev. sociétés* 2008, p. 713, spéc. n° 6 et s. ; L. CONVERT, *L'impératif et le supplétif dans le droit des sociétés*, *LGDJ* 2003, n° 57, p. 76.

²⁴³ V. G. TILLEMENT, *Promesse de porte-fort et droit des sociétés*, *Rev. sociétés* 1993, p. 51 ; L. AYNES, *Lettre de confort et notion de garantie*, *D.* 1999, Jur. p. 577 ; B. DONDERO, *La lettre d'intention génératrice d'une obligation de résultat à nouveau reconnue par la Chambre commerciale*, *D.* 2003, p. 545 ; Ch.-H. CHENUT, *Les garanties ascendantes dans les groupes de sociétés, où les sûretés consenties par les sociétés-filles à leurs sociétés-mères*, *Rev. sociétés* 2003, p. 71 ; D. LEGEAIS, *Garanties. Lettre d'intention. Lettre donnant naissance à une obligation de résultat. Critère*, *RTD com.* 2010, p. 7.

²⁴⁴ La contribution aux pertes existe dans toutes les formes de sociétés et s'inscrit dans le rapport entre associés, alors que la responsabilité aux dettes n'existe que dans les sociétés à risques illimités et s'inscrit dans le rapport entre les associés et les tiers. La contribution aux pertes juridiques doit s'opérer à la dissolution de la société. Mais en cours de vie sociale les associés peuvent être amenés à contribuer aux pertes, si la société n'a pu les apurer. La responsabilité aux dettes sociales des associés est enclenchée dès que la société ne réagit pas à la suite de la mise en demeure des créanciers (V. CARCREFF, *La notion de pertes sociales et l'obligation pour les associés d'y contribuer*, *Gaz. Pal.* 1973, 2, Doctr. p. 569 ; *Sur la confusion de la notion d'obligation aux dettes sociales avec celle de contribution aux pertes*, *Gaz. Pal.* 1976, 1, Doctr. p. 145 ; F. KENDERIAN, *La contribution aux pertes sociales*, *Rev. sociétés* 2003 p. 617).

²⁴⁵ Sur la notion de droits propres des associés, V. not., E. THALLER, note sous Cass. civ., 30 mai 1892, *DP*, 1893, 1, p. 105, spéc. p. 114 ; DU GARREAU DE LA MECHENIE, *Les droits propres des actionnaires*, thèse Poitiers, 1937 ; M. JEANTIN, *Le rôle du juge en droit des sociétés*, *Mélanges PERROT*, Dalloz 1996, p. 149 ; Ch. GOYET, *Les limites au pouvoir majoritaire dans les sociétés*, *RJ com.*, n° spéc., nov. 1991, p. 58 ; H. LECHNER, *Les droits propres des actionnaires*, thèse Nancy, 1933. Au sujet de la renonciation aux droits propres, V. M. GERMAIN, *La renonciation aux droits propres des associés : illustrations*, *Mélanges TERRE*, Dalloz, 1999, p. 401.

²⁴⁶ Un autre droit propre de l'associé est le droit de ne pas être exclu de la société. Mais, les évolutions récentes de la jurisprudence montrent que ce droit peut être perdu si l'associé y renonce dans les statuts ou s'il est exclu de force par décision judiciaire : V. Civ. 10 avr. 1854, *D.* 1854, p. 183. – Paris 18 nov. 1893, *Gaz. Pal.* 1894, 1, p. 10. – V. aussi, J. LEPARGNEUR, *L'exclusion d'un associé*, *Gaz. Pal.* 1928.257 ; B. CAILLAUD, *L'exclusion d'un associé*, Sirey, 1966 ; J. P. STARCK, *La continuation d'une société par élimination d'un associé*, *Rev. sociétés* 1982, p. 233 ; D. MARTIN, *L'exclusion d'un actionnaire*, *RJ com.*, n° spécial, 1990, p. 94 ; J. M. BELMOND DE VAUX, *La mésentente entre associés pourrait-elle devenir un juste motif d'exclusion d'un associé d'une société ?* *JCP* 1990 éd. E, II, 15921 ; E. ALFANDARI, *Retrait judiciaire d'un associé*, *RTD com.* 1990, p. 418 ; I. KRIMMER, *La clause de rachat*, *JCP* 1993 éd. E, I, 2223 ; S. MAJEROMICZ, *L'exclusion de l'associé en l'absence de clause statutaire*, *Petites affiches*, 1991, n° 65, p. 1 ; G. DURAND-LEPINE, *L'exclusion des actionnaires dans les sociétés non cotées*, *Petites affiches*, 1995, p. 7 ; G. DURAND-LEPINE, *L'exclusion des actionnaires dans les sociétés non cotées*, *Petites affiches*, 1995, n° 88. ; J. J. DAIGRE, *De*

Lorsqu'en cours de vie sociale, l'associé consent à contribuer aux pertes sociales, il s'agit dès lors d'une renonciation au bénéfice de la responsabilité limitée en répondant des conséquences des actes des dirigeants.

86. La responsabilité illimitée de l'associé unique à la dissolution de la société à risques limités. En application de l'article 201 alinéa 4 de l'AUSCGIE, « *la dissolution d'une société dans laquelle tous les titres sont détenus par un seul associé entraîne la transmission unipersonnelle de la société à cet associé, sans qu'il ait lieu à liquidation...* ». Cette disposition écarte, à la dissolution de la société unipersonnelle, la cloison étanche qui existe entre le patrimoine de cette société et celui de l'associé unique. Or, comme l'a relevé Mme BARUCHEL, « *les personnes morales unipersonnelles ont été créées dans le dessin principal de permettre une limitation de la responsabilité de l'entrepreneur individuel et donc d'inciter à la création d'entreprise* »²⁴⁷. Mais cette limitation de responsabilité disparaît à un moment où elle doit être appliquée. Une telle situation vient relativiser la limitation. Certes, à la suite de l'ouverture d'une procédure collective contre la société, les créanciers ne peuvent encore poursuivre l'associé²⁴⁸ en raison de la suspension des poursuites, car la condition de dissolution n'est pas encore remplie pour que le patrimoine personnel de l'associé unique soit exposé aux dettes sociales²⁴⁹. Mais, à l'issue de liquidation de la société, l'associé unique est obligé de répondre du passif non apuré. Si, à la faveur de la loi française NRE du 15 mai 2001²⁵⁰ bien suivi non seulement par la Cour de cassation²⁵¹ mais aussi par l'AUSCGIE révisé²⁵², l'associé personne physique est affranchie de cette responsabilité indéfinie à la dissolution de la société, l'associé personne morale en demeure soumise. Un auteur a même suggéré comme remède à ce problème, l'institution de société en nom collectif unipersonnelle²⁵³. Une telle suggestion semble refléter la réalité des pratiques où l'associé est tenu de répondre des conséquences des actes du dirigeant à la dissolution de la société.

l'exclusion d'un associé en réponse à une demande de dissolution, Bull. Joly 1996, p. 576 ; La perte de la qualité d'actionnaire, Rev. sociétés 1999, p. 535 ; L. GODON, Les obligations des associés, op. cit., p. 236, n° 363 et s.

²⁴⁷ N. BARUCHEL, *La personne morale en droit privé, Eléments pour une théorie*, Thèse Grenoble, préf. B. PETIT, Bibl. dr. pr., t. 410, LGDJ, 2004, p. 360, n° 665.

²⁴⁸ P. HOONAKKER, *L'ouverture d'une procédure collective à l'encontre d'une société unipersonnelle oblige-t-elle l'associé unique au passif social ?*, JCP éd. E 2000, p. 933 à 939.

²⁴⁹ V. D. VIDAL, *La transmission universelle du patrimoine d'une EURL à l'associé unique en cas de dissolution*, Droit sociétés, août 1999, Repères ; B. ROLLAND, *Les difficultés dues à la liquidation judiciaire des sociétés unipersonnelles*, JCP éd. E 2000, p. 451 ; *Dissolution des sociétés unipersonnelles et transmission universelle du patrimoine*, JCP éd. E 2000, p. 406.

²⁵⁰ L'article 103 de la loi NRE du 15 mai 2001 est venu compléter l'article 1884-5 du code civil par un quatrième alinéa ainsi rédigé : « *Les dispositions du troisième alinéa ne sont pas applicables aux sociétés dont l'associé unique est une personne physique* ». Ce nouvel alinéa écarte comme, l'observe le professeur KENDERIAN, la transmission universelle du patrimoine de la société à l'associé unique, personne physique, qui révèle désormais du régime classique de la dissolution avec liquidation » (in, *La contribution aux pertes*, préc., p. 645) ; V. aussi, B. ROLLAND, *Dissolution des sociétés unipersonnelles : une intervention législative opportune ?*, JCP éd. E 2001, p. 1761 et s. ; E. BRAMA, *Les effets de la dissolution des sociétés unipersonnelles après la modification de l'article 1844-5 du code civil par la loi NRE*, Bull. Joly 2002, § 41, p. 181 et s. ; F.-X. LUCAS, *Ya-t-il ou non transmission universelle, à un associé unique, du patrimoine d'une société unipersonnelle dissoute par l'effet d'un jugement de liquidation judiciaire ?*, Rev. proc. coll. 2002, p. 73 et s. ; B. BRIGNON, *L'actif social, Plaidoyer pour la reconnaissance de la notion*, thèse Aix-Marseille III, préf. J. MESTRE, Coll. de l'institut de droit des affaires, PUAM, 2009, n° 151.

²⁵¹ Cass. com., 12 juillet 2005, Rev. sociétés 2005, p. 913, note J.-P. SORTAIS.

²⁵² Art. 201 al. 5 de l'AUSCGIE révisé.

²⁵³ A. REYGROBELLET, *Pour une « société en nom collectif... unipersonnelle »*, D. 2003, p. 679.

87. La subsistance de la responsabilité illimitée dans les sociétés à risques limités sans capital social minimum. Un auteur s'est posé la question suivante : « *la limitation de responsabilité a-t-elle un sens lorsque le capital social est de un euro ?* »²⁵⁴. La réponse est négative mais le législateur français permet pourtant la création d'une société à risques limités sans exigence de capital minimum. Contrairement au droit de l'OHADA qui fixe le capital minimum de la SARL à 1 000 000 de FCFA²⁵⁵, le législateur français a récemment décidé de supprimer le capital minimum de cette société par la loi Dutreil du 1^{er} août 2003 relative à l'initiative économique²⁵⁶. Avant cette réforme, le capital minimum de cette société était fixé à 7 500 euros²⁵⁷. La suppression du capital minimum est aussi introduite dans SAS (Sociétés par actions simplifiées) à la faveur de la loi n° 2008-776 du 4 août 2008. Dans le même sens, l'AUSCGIE révisé prévoit la SAS sans capital social minimum²⁵⁸. Ces suppressions de capital viennent ôter l'un des éléments qui différencie la SARL et la SAS de la SNC, depuis toujours, car la création de cette dernière n'était soumise à aucun capital minimum. De même, elles font perdre au capital social sa fonction de gage général des créanciers sociaux²⁵⁹. Les créanciers sont exposés à une dénaturation du capital social par les associés qui peuvent réduire à volonté sa consistance²⁶⁰. Malgré l'attractivité des sociétés sans capital minimum²⁶¹, il faut compter le risque auquel seraient confrontés les associés pour le paiement de leur dû à la dissolution de la société dont le capital est insignifiant. La logique commande que les dettes sociales soient poursuivies sur le patrimoine personnel des associés, car ils ne peuvent espérer du profit sans consentir à des risques. La suppression du capital minimum vient dévoyer ce principe et assimiler la SARL à la SNC sans pour autant soumettre les associés à une responsabilité solidaire et illimitée. Il apparaît que, juridiquement ces sociétés sans apport²⁶² sont des groupements à risques limités²⁶³, mais dans la pratique, elles deviennent des sociétés à risques illimités²⁶⁴. Ce qui semble vider le principe de la limitation de responsabilité de tout le sens qu'on lui connaît.

²⁵⁴ D. POHÉ, *La distinction des sociétés à risques limités et des sociétés à risques illimités à l'épreuve des récentes réformes de la SARL*, *Petites affiches* 2007, n° 110, p. 3, n° 44.

²⁵⁵ L'article 311 de l'AUSCGIE révisé permet aux lois nationales de prévoir un capital minimum inférieur à 1000000 de FCFA. Il dispose que « *sauf dispositions nationales contraires, le capital social doit être d'un million (1.000.000) de francs CFA au moins...* ».

²⁵⁶ Loi n° 2003-721, JO des 4 et 5 août 2003, p. 13449. Sur le sujet, V. P. LE CANNU, *La loi pour l'initiative économique et le droit des sociétés*, *Rev. sociétés* 2003 p. 409.

²⁵⁷ L. 223-2 du code de commerce.

²⁵⁸ Art. 853-5 al. 1^{er} de l'AUSCGIE révisé.

²⁵⁹ Sur les fonctions du capital social, V. not., F. GORE, *La notion de capital social*, Etudes offertes à René RODIERE, Dalloz, 1981 ; S. DANA-DEMARET, *Le capital social*, Litec, 1989 ; S. DIOMANDE, *Regards sur les fonctions attribuées au capital social - Aspects de droit comparé : droit uniforme de l'OHADA et droit français des sociétés*, Thèse en cotutelle Caen Basse-Normandie et Abidjan, 2012.

²⁶⁰ L. NURIT-PONTIER, *La détermination statutaire du capital social : enjeux et conséquences*, *D.* 2003, p. 1612.

²⁶¹ B. SAINTOURENS, *L'attractivité renforcée de la SARL après l'ordonnance n° 2004-274 du 25 mars 2004*, *Rev. sociétés* 2004, p. 207 ; A. LIENHARD, *Les assouplissements du régime de la SARL (ordonnance du 25 mars 2004)*, *D.* 2004 cahier n° 13, p. 930 ; Th. MASSART, *Aspects sociétaires de l'ordonnance du 25 mars 2004 portant simplification du droit des formalités pour les entreprises*, *Bull. Joly* 2004, p. 743.

²⁶² Sur d'autres problèmes posés par la société sans apport, v. Th. MASSART, *La société sans apport*, in *Mélanges P. DIDIER*, *Economica*, 2008, p. 289.

²⁶³ Par ex., V. COPPER ROYER, *La société à responsabilité limitée*, thèse Paris 1931.

²⁶⁴ D. POHÉ, *La distinction des sociétés à risques limités et des sociétés à risques illimités à l'épreuve des récentes réformes de la SARL*, préc., n° 47 à 48.

88. Ainsi, la justification de l'extension des pouvoirs des dirigeants par la limitation de la responsabilité des associés aux apports est-il relative. Mais il demeure un soubassement incontournable dans l'extension des pouvoirs des dirigeants au-delà de l'objet social. Les données sont différentes dans les sociétés à risques illimités.

B. La relativité de la liberté d'action dans les sociétés à risques illimités

89. Les principes qui gouvernent les pouvoirs des dirigeants des sociétés à risques illimités sont diamétralement opposés à ceux des sociétés à risques limités. Les pouvoirs des dirigeants des sociétés à risques illimités ne sont pas étendus au-delà de l'objet social. Ils sont plutôt légalement confinés dans les limites de l'objet social (1) et ceci pour des raisons déterminées (2).

1. La limitation des pouvoirs à l'objet social

90. Les principes gouvernant les pouvoirs des dirigeants de sociétés à risques illimités prescrivent une limitation de l'étendue de ces pouvoirs par l'objet social. Pour cela, la certification des pouvoirs passe par une délimitation précise de l'objet social par les statuts (a). En revanche, une confusion entoure les pouvoirs lorsque l'objet social est imprécis (b).

a. La délimitation des pouvoirs par l'objet social

91. L'objet social dans la société à risques illimités permet non seulement d'orienter les pouvoirs des dirigeants mais aussi de les délimiter. La capacité de ce type de société est limitée par la spécialité statutaire²⁶⁵ en ce sens que la société ne peut agir que dans la limite de son objet social. Le prototype des sociétés à risques illimités est la société en nom collectif. L'article 277 alinéa 2 de l'AUSCGIE précise que, dans leurs rapports avec les tiers, le gérant engage la SNC par les actes entrant dans l'objet social. C'est dire que la société ne peut être engagée par les actes n'entrant pas dans l'objet social. En revanche un acte entrant dans l'objet social engage la société, même s'il n'est pas conforme à son intérêt²⁶⁶.

92. Le principe gouvernant les pouvoirs de représentation externe des sociétés à risques illimitées donne une place prépondérante à l'objet social. Celui-ci est déterminé et décrite dans les statuts²⁶⁷. Selon l'article 12 de l'AUSCGIE, « *les statuts constituent soit le contrat de société, en cas de pluralité d'associés, soit l'acte de volonté d'une seule personne, en cas d'associé unique* ». Les associés ont la prérogative de maîtriser les pouvoirs des dirigeants définissant minutieusement l'objet social. Cet objet constitue le cadre exclusif d'exercice des pouvoirs, et est opposable aux tiers. Il pèse alors sur les tiers un devoir implicite de consultation des statuts publiés en vue d'éviter de conclure un acte avec le dirigeant en dehors de l'objet social.

²⁶⁵ R. LEGEAIS, *Rép. civ VI*, 1974, v° *Personne morale*, p. 4. L'auteur relève que « *les personnes morales ne peuvent tout entreprendre avec la liberté reconnue aux personnes physiques : leur vie juridique doit correspondre à leur objet, à leur but. C'est ce que l'on évoque par le principe de la spécialité des personnes morales qui se justifie par la nécessité de protéger l'Etat et les citoyens contre les êtres juridiques pouvant devenir trop envahissants, trop puissants* ».

²⁶⁶ Y. GUYON, *Droit des affaires, t. 1, Droit commercial général et sociétés*, 12^e éd., Economica, Paris, 2003, n° 266, p. 268.

²⁶⁷ Art. 19 de l'AUSCGIE.

93. Ce principe consacre la force de l'autonomie de la volonté. Les sociétés primitives instituées par la loi du 17 ventôse an XII sur le contrat de société qui a fait l'objet de codification par la loi du 30 ventôse an XII sous le titre de Code civil français, étaient gouvernées par le même principe retenu par le législateur de l'OHADA, concernant les pouvoirs de représentation des sociétés à risques illimités. Les dirigeants de ces sociétés étaient des mandataires des associés ; leurs pouvoirs étaient définis par les associés. Le pouvoir des dirigeants dans la représentation de la société était contractuel et flexible. A cet effet, l'article 1856 du code civil de 1804, disposait que « *l'associé chargé de l'administration par une clause spéciale du contrat de société peut faire, nonobstant l'opposition des autres associés, tous les actes qui dépendent de son administration, pourvu que ce soit sans fraude* ».

94. Les premiers défenseurs de la nature contractuelle de la société avaient été suivis par le législateur et la jurisprudence. Cette thèse de la nature contractuelle est issue du droit romain. Elle a longtemps prévalu et se situe dans une tradition conçue et défendue par DOMAT²⁶⁸ ainsi que POTHIER²⁶⁹. Elle avait été partagée par des disciples²⁷⁰ qui s'appuyaient sur l'article 1832 du code civil qui définit la société comme un contrat. Avec l'avènement de la loi du 24 juillet 1867, la nature contractuelle de la société fut concurrencée par l'émergence d'une autre nature, la nature institutionnelle. Toutefois, la nature contractuelle de la société avait subsisté et a continué par influencer le statut des dirigeants sociaux. Un auteur fait observer que « *la société anonyme, tout comme les sociétés de personnes, fut aussi assimilée à un contrat librement convenu et organisé entre les futures associés, parties à la signature des statuts ou à leur approbation en assemblée générale* »²⁷¹. Au sujet du statut des dirigeants, il poursuit son raisonnement en soutenant que les dirigeants « *se rangeaient, eux aussi, sous la bannière contractuelle ; ils étaient tout bonnement les mandataires de ceux qui les avaient souverainement choisis. Aussi, leurs pouvoirs se trouvaient endigués par la loi du contrat social et notamment par les contours dessinés par la clause statutaire de l'objet social ; c'est-à-dire de l'activité économique objet du contrat de société* »²⁷². Dans le même sens, CORDONNIER soulignait que « *les statuts tracent le cadre dans lequel l'utilisation des apports fournis par les associés peut être faite. C'est en considération de ce cadre d'activité conventionnel, ...que les souscripteurs ou les apporteurs en nature se sont dessaisis d'une portion de leurs biens pour en confier à l'exploitation, sous leur contrôle, à la gérance...* »²⁷³.

95. Avec l'évolution du droit des sociétés en Afrique et l'avènement du droit de l'OHADA, notamment l'AUSCGIE, inspiré de la grande réforme de 1966 en France relative aux sociétés, les sociétés à risques illimités sont devenues le dernier bastion caractérisé par une nature contractuelle notamment à travers la délimitation des

²⁶⁸ J. DOMAT, *Lois civiles*, Civ. 1^{er}, Titre VIII.

²⁶⁹ R.-J. POTHIER, *Traité du contrat de société*, éd. 1807.

²⁷⁰ TROPLONG, *Du contrat de société*, 2 tomes, 1843 ; GUILLOUARD, *Du contrat de société*, Paris, 1891 ; J. HAMEL, G. LAGARDE, A. JAUFFRET, *Droit commercial*, t. I, 2^e vol., *Sociétés, groupement d'intérêt économique, entreprises publiques*, Dalloz, 2^e éd., 1980.

²⁷¹ Cl. DUCOULOUX-FAVARD, *Notes de leçons sur le contrat social*, préc., p. 319.

²⁷² *Ibid.*

²⁷³ P. CORDONNIER, préc., p. 172.

pouvoirs par l'objet social. Mais après la publication des statuts, l'objet social devient la limite légale des pouvoirs. En cas de détermination imprécise l'objet social, l'étendue des pouvoirs devient floue.

b. L'étendue des pouvoirs face à l'imprécision de l'objet social

96. L'étendue des pouvoirs des dirigeants de sociétés à risques illimités en cas d'imprécision de l'objet social, n'est expressément déterminée que dans le rapport interne à la société. Selon l'article 227 alinéa 1^{er} de l'AUSCGIE, dans les rapports entre associés, le gérant peut agir dans l'intérêt de la société en l'absence de la détermination des pouvoirs par les statuts. Il peut effectuer, vis-à-vis des associés, tous les actes de gestion²⁷⁴, lorsque l'objet social est passé sous silence dans les statuts. C'est dire que les associés ne sont pas tenus de mentionner un objet social dans les statuts. Les dispositions issues de l'article 19 de l'AUSCGIE relatives à la définition de l'objet social ne sont donc pas d'ordre public. Ainsi, en l'absence d'objet social, les pouvoirs des gérants sont-ils étendus dans leurs rapports avec les associés. Les gérants retrouvent toute leur omnipotence. Ils peuvent passer tous les actes sauf ceux nécessitant l'autorisation de l'assemblée générale²⁷⁵. Mais le gérant de la société à risques illimités peut accorder un cautionnement de la société en garantie d'une dette personnelle d'un associé dès lors qu'il y a une communauté d'intérêts entre la société et le débiteur cautionné²⁷⁶. Lorsque l'intérêt de la société devient dépendant de la nécessité de cautionner un associé, le dirigeant a le pouvoir de passer la convention pour éviter que la disparition d'un associé n'entraîne la dissolution de la société. Ainsi le dirigeant apparaît-il comme un garant de l'intérêt de la société.

97. Cependant, le législateur est muet sur l'étendue des pouvoirs des dirigeants dans leur rapport avec les tiers, lorsque l'objet social est imprécis. Le principe de la conformité des actes du gérant à l'intérêt de la société ne saurait jouer dans ce contexte. Le défaut ou l'imprécision de l'objet social paralyse les actions du gérant qui se retrouve sans pouvoir. Lorsque les pouvoirs externes ne sont pas déterminés par les statuts, alors que le gérant entend engager la société, toutes les décisions doivent être prises, non par le gérant seul, mais par la collectivité des associés²⁷⁷. Le gérant est donc tenu de soumettre à l'assemblée générale tous les projets d'actes qui n'entrent pas dans l'objet social imprécis, ou non suffisamment déterminé par les statuts. C'est à l'issue de l'approbation de l'assemblée générale que les projets d'actes que le gérant peut valablement engager la société.

98. Par conséquent, les gérants des sociétés à risques illimités sont incompétents pour engager la société en face de l'imprécision ou du défaut d'objet social. En principe, un acte pris au-delà de cet objet n'engage pas la société. Mais lorsqu'en dépit d'une détermination insuffisante de l'objet social par les statuts, le dirigeant passe des actes, les tiers de bonne foi peuvent légitimement opposer l'acte à la société²⁷⁸, étant donné qu'aucune

²⁷⁴ Cf. M. MARTEAU-PETIT, *La notion d'acte de gestion et le droit des sociétés*, th. Paris II, 1991.

²⁷⁵ V. *infra* n° 219 s.

²⁷⁶ Civ. 1, 1^{er} févr. 2000, *Rev. sociétés* 2000, 301, note Y. GUYON ; D. 2001, somm. p. 692 ; Com. 28 mars 2000, *Rev. sociétés* 2000, 535 ; D. 2001, somm. p. 692 ; Civ. 1^{ère}, 8 nov. 2007, *RTD com.* 2008, p. 141, obs. M.-H. MONSÉRIÉ-BON ; Com. 13 nov. 2007, *RTD com.* 2008, p. 167, obs. D. LEGAIS ; D. 2007, AJ. 2881.

²⁷⁷ Art. 283 de l'AUSCGIE.

²⁷⁸ En ce sens, Y. CHAPUT, *De l'objet social des sociétés commerciales*, *op. cit.*, p. 274.

preuve des limites aux pouvoirs n'est disponible pour faire échec à l'opposabilité. Dans ce contexte, le dirigeant de bonne foi se doit de solliciter l'autorisation de la collectivité des associés pour chacun de ses projets d'actes avant. Cette précaution éviterait à la société de subir les conséquences des actes accomplis par les dirigeants sans qu'elle ait donné son accord. La solution définitive sera une définition claire de l'objet social et sa publication pour qu'il devienne le cadre légal des pouvoirs des dirigeants. Cette limitation rigide des pouvoirs par l'objet social des dirigeants des sociétés à risques illimités est fondée sur des raisons précises.

2. Les raisons de la limitation des pouvoirs à l'objet social

99. Le gérant de la société en nom collectif ne peut engager la société que par les actes entrant dans l'objet social. Ce principe se justifie par deux raisons majeures : la facilité de réunir les associés pour modifier l'objet social dans le but de réorienter les pouvoirs des gérants et la responsabilité illimitée des associés.

a. La facilité d'organiser des assemblées extraordinaires

100. Les sociétés à risques illimités sont généralement constituées par peu d'associés. Grâce à la forte intensité d'*affectio societatis*²⁷⁹ des associés en nom qui facilite leur convergence pour la préservation de l'intérêt commun²⁸⁰, le succès d'une réforme de l'objet social emporte d'office celle de l'étendue des pouvoirs des dirigeants (i). Mais des crises politiques peuvent parfois paralyser la prise des décisions dont celle relative à la modification des pouvoirs des dirigeants (ii).

i. Une facilité tenant à l'affection sociale

101. La limitation des pouvoirs des gérants de sociétés en nom collectif à l'objet peut être justifiée par la facilité de réunir les associés en assemblée générale extraordinaire pour toute modification de l'objet social. La modification de l'objet social permet de modifier les pouvoirs des dirigeants pour les orienter vers une activité plus rentable et que les associés pourraient considérer comme moins porteuse de risque financier. La modification relève de la compétence de l'assemblée générale extraordinaire. Selon l'article 284 de l'AUSCGIE, « *les décisions sont prises en assemblée générale ou par consultation écrite si la réunion d'une assemblée n'est pas demandée par l'un des associés* ». L'article 285 du même Acte uniforme poursuit en disposant que « *les statuts définissent les règles relatives aux modalités de consultation, aux quorum et aux majorités* ». La loi a donné toutes les prérogatives aux associés d'organiser la convocation, la tenue et l'organisation des assemblées générales extraordinaires. Cette liberté d'organisation est auréolée par *l'intuitus personae* qui caractérise les sociétés à risques illimités. C'est pourquoi le professeur CALAIS-AULOY fait observer que « *les associés de la société en nom collectif concluent le contrat en considération de leurs personnes respectives : ils sont peu nombreux, se connaissent et désirent collaborer à une œuvre commune. L'expression de l'affectio societatis conserve pour eux, à peu de choses près, son sens étymologique. L'intuitus personae existe même dans le cas*

²⁷⁹ V. J. HAMEL, *L'affectio societatis*, préc., p. 775 ; J.-M. BERMOND DE VAULX, *À propos d'une conception exaltée de l'affectio societatis*, *Dr. sociétés* avr. 1993, p. 1 ; *Le spectre de l'affectio societatis*, *JCP éd. E* 1994, I, 346 ; *L'exclusion d'un associé*, *Dr. sociétés* oct. 1996, p. 4.

²⁸⁰ V. D. SCHMIDT, *De l'intérêt commun des associés*, *JCP éd. E*, 1994, 404.

où l'associé est une personne morale, les qualités prises en considération pouvant être l'objet social, la solvabilité, la clientèle ...»²⁸¹.

102. Contrairement aux actionnaires qui ne se connaissent pas toujours, surtout lorsqu'il s'agit de sociétés anonymes avec appel public à l'épargne, les associés des sociétés à risques illimités se connaissent parfaitement. La diffusion même de la convocation pour leur réunion en assemblée générale est facilitée par le nombre réduit des associés et la connaissance réciproque de leur domicile. Contrairement aux convocations des assemblées générales des sociétés anonymes dont l'avis doit obligatoirement être inséré dans un journal d'annonces légales²⁸², sauf si certaines actions sont nominatives²⁸³, les associés en nom sont convoqués sans cette formalité supplémentaire. Pour faciliter la tenue des réunions, la loi ne fait pas obligation aux associés de les tenir au siège social. Elle est muette. Ces réunions peuvent donc avoir lieu au domicile des associés par rotation, s'il y a lieu. Cette flexibilité dans la réunion des associés en nom, facilite l'aboutissement de tout projet de modification de l'objet social, et par ricochet celle des pouvoirs des dirigeants. Cette modification peut être initiée pour réduire l'objet social, le changer complètement, ou le remanier en l'agrandissant. Il s'ensuit selon les cas, soit la réduction des pouvoirs des dirigeants, soit le changement de leur orientation ou leur agrandissement.

103. La confiance qui fonde même la création des sociétés en collectif et continue d'être entretenue grâce à la collaboration à la bonne foi²⁸⁴ et loyauté des associés les uns envers les autres²⁸⁵, sert à alimenter l'intérêt des associés pour l'entreprise et à favoriser leur participation à la vie de la société. Cela permet aux associés de s'accorder sur toutes les décisions prises dans l'intérêt de la société dont la modification de l'objet social. Mais cette harmonie peut parfois être rompue à cause des mésententes qui peuvent survenir entre les associés et empêcher par conséquent la prise des décisions. Un tel empêchement viendrait relativiser la facilité de réunion et de prise des décisions par les associés en nom.

ii. Une facilité parfois remise en cause par les crises politiques entre associés

104. A l'épreuve des crises politiques, l'harmonie des associés en nom peut se rompre. Les crises politiques se traduisent par une impossibilité pour les associés à s'accorder sur les décisions à prendre. Cette impossibilité provient des votes de protestation, voire de l'abus du droit de veto dont disposent, par principe, chaque associé

²⁸¹ J. CALAIS-AULOY, *op. cit.*, p. 4.

²⁸² Art. 518 al. 2 de l'AUSCGIE.

²⁸³ Art. 518 al. 3 de l'AUSCGIE.

²⁸⁴ Sur le sujet, V. G. FLECHEUX, *Renaissance de la notion de bonne foi et de loyauté dans le droit des contrats*, Mélanges GHESTIN, LGDJ, 2001, p. 340 ; J. MESTRE, *D'une exigence de bonne foi à un esprit de collaboration*, *RTD com.* 1986, p. 101 ; Y. PICOD, *L'obligation de coopération dans l'exécution du contrat*, *JCP éd. G*, 1988, 3318 ; *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, *LGDJ*, 1987, n° 87 et s., p. 103 ; V. aussi Cass. com., 31 mars 1992, *Bull. cass. IV*, n° 142, p. 100. – Cass. com., 3 nov. 1992, *Bull. civ. IV*, n° 338, *JCP* 1993, II, n° 22164, note VIRASSAMY.

²⁸⁵ V. H. LE NABASQUE, *Le développement du devoir de loyauté en droit des sociétés*, *RTD com.* 1999, p. 273.

en nom. Ce droit de véto découle du fait que les décisions devant être prises en dehors de l'objet social doivent émaner de l'unanimité des associés. Mais les conflits entre associés²⁸⁶ peuvent bloquer la prise de ces décisions.

105. La crise peut durer autant que les associés demeurent divisés sur les projets de décision. La société serait confrontée à une impossibilité de son l'assemblée générale à fonctionner convenablement à cause de l'usage par certains associés de leur droit de véto. Mais l'exercice d'un tel droit peut devenir abusif²⁸⁷, lorsqu'il porte atteinte à l'intérêt social et qu'il est exercé de façon égoïste. Les auteurs d'un tel abus étant des minoritaires dans le capital social, cet abus est qualifié d'abus de minorité²⁸⁸. C'est la tyrannie des faibles²⁸⁹, un moyen dont ils disposent pour se faire entendre et imposer leur refus aux autres²⁹⁰. Des fois, cette tyrannie provient non pas des faibles mais des forts que sont les associés disposant chacun de la moitié du capital et ayant, par voie de conséquence, des droits de vote égaux. Dans ce contexte, l'opposition d'un associé à un projet de modification des statuts paralyse le fonctionnement de l'assemblée générale.

106. Avant qu'une solution²⁹¹ ne soit trouvée à la paralysie du fonctionnement de l'assemblée générale, la société serait plongée dans une crise profonde tant que les associés ne s'accorderaient pas sur les projets de

²⁸⁶ V. J.-M. BERMOND DE VAULX, *La mésentente entre associés pourrait-elle devenir un juste motif d'exclusion d'un associé d'une société ?*, préc., p. 439 ; A. VIANDIER et J.-J. CAUSSAIN, *Droit des sociétés*, JCP éd. N, 1988, p. 629 ; J.-F. PILLEBOUT, *Les conflits entre notaires associés, Prévention et remèdes*, JCP éd. N, 1994, p. 41.

²⁸⁷ Pour une étude générale sur l'abus de droit, V. par ex. H. CAPITANT, *Sur l'abus des droits*, RTD civ. 1928, p. 365.

²⁸⁸ Sur le sujet, V. not., L. SIMONT, *Réflexions sur l'abus de minorité*, Mélanges RONSE, Bruxelles 1986, p. 307 ; M. BOIZARD, *L'abus de minorité*, Rev. sociétés 1988, p. 365 ; Ph. MERLE, *L'abus de minorité*, RJ com., n° spécial, nov. 1991, p. 81 ; M. CABRILLAC, *De quelques handicaps dans la construction de la théorie de l'abus de minorité*, Mélanges COLOMER, 1993, p. 109 ; A. COURET, *Le harcèlement des majoritaires*, Bull. Joly Sociétés 1996, p. 112 ; J. MESTRE, *Réflexions sur les pouvoirs du juge dans la vie des sociétés*, RJ com. 1985, p. 81 ; D. TRICOT, *Abus de droit dans les sociétés : abus de majorité et de minorité*, RTD com. 1994, p. 617 ; E. LEPOUTRE, *Les sanctions des abus de minorité et de majorité dans les sociétés commerciales*, Dr. et patr., déc. 1995, p. 68.

²⁸⁹ CONSTANTIN, *La tyrannie des faibles. De l'abus de minorité en droit des sociétés*, Mélanges Y. GUYON, Dalloz, 2003, p. 213.

²⁹⁰ D. NZOUABETH, *Le juge et le droit des sociétés OHADA, Contribution pour le traitement judiciaire des litiges entre associés*, th. Dakar, préf. N. DIOUF, Editions universitaires européennes, 2011, p. 48, n° 129.

²⁹¹ Généralement, face à ces genres d'oppositions entêtées des minoritaires, plusieurs remèdes sont proposés. Certaines solutions sont explicites alors que d'autres demeurent implicites. La loi prévoit expressément la responsabilité civile des minoritaires auteurs des abus (art. 131 al. 1^{er} de l'AUSCGIE). Les minoritaires s'exposent à des sanctions pécuniaires (V. F.-X. LUCAS, *La réparation du préjudice causé par un abus de minorité en droit des sociétés*, Petites Affiches 1997, p. 10 ; M.-P. LAMOUR, *La responsabilité personnelle des associés*, D. 2003, p. 51). En plus, la loi prévoit la possibilité de dissoudre la société par décision judiciaire (Art. 200-5° de l'AUSCGIE. Voir en ce sens, J.-F. BARBIERI, *Retour sur les sanctions de l'abus de minorité*, Mélanges Dominique SCHMIDT, Joly, Paris, 2005, p. 55 ; J. GUYENOT, *Les huit causes communes de dissolution des sociétés civiles et commerciales*, Gaz. Pal. 1980, 2, doc. 397 ; H. MATSOPOULOU, *La dissolution pour mésentente entre associés*, Rev. sociétés 1998, p. 21 ; A. FENEON, *La mésentente entre associés dans les sociétés OHADA. Prévention et mode de règlement*, Penant n° 848, 2004, p. 276). Ces deux solutions ne résolvent pas efficacement le problème en ne prévoyant que des sanctions purement dissuasives. D'une part, la réparation ne favorise pas directement la prise des décisions bloquées. D'autre part, la dissolution vient, d'un côté, sanctionner la société en la condamnant à mort non pas pour ses fautes personnelles mais à cause de actes de ses associés et, de l'autre, ne constitue pas une menace de disparition de la société uniquement pour les minoritaires auteurs des abus mais aussi pour les majoritaires victimes de ces abus. En marges de ces sanctions, d'autres plus appropriées sont proposées en dehors de la loi. La jurisprudence propose la nomination d'un administrateur judiciaire pour voter à la place des minoritaires fautifs (Cass.com., 9 mars 1993, JCP éd. E, 1993, II, 448, note A. VIANDIER. V. aussi, LACONIN, *Des administrateurs commis par justice*, thèse, Paris, 1898 ; A. CHASSAGNON, *L'administrateur provisoire de sociétés commis par justice*, thèse dactyl., Paris, 1948 ; M. COZIAN, A. VIANDIER et FI. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, 21^e éd., Paris 2008, p. 193 ; D. VIGNES, *Les pouvoirs du juge des référés commerciaux*, RTD com. 1950, 382 ; Ch. LAPP, *La nomination judiciaire des administrateurs de sociétés*, RTD com. 1952, p. 769 ; R. CONTIN, *L'arrêt Fruehauf et l'évolution du droit des sociétés*, D. 1968, chr. 46 ;

d'actes dépassant les pouvoirs des dirigeants. Cela étant, la justification de la limitation des pouvoirs des dirigeants par la facilité pour les associés en nom de pouvoir les modifier paraît relative. Cette relativité est marginale, car contrairement aux sociétés à risques limités où ces crises sont légions²⁹², dans les sociétés à risques illimités, elles sont rares en raison de la forte affection sociale. La facilité de réunir les associés en nom peut légitimement justifier la limitation des pouvoirs des dirigeants des sociétés à risques illimités à l'objet social. Cette justification est partagée avec la responsabilité illimitée des associés.

b. La responsabilité des associés au-delà des apports

107. La limitation des pouvoirs des dirigeants à l'objet social peut se fonder aussi sur la responsabilité des associés au-delà de leurs apports dans la SNC (i). Mais certains instruments qui semblent pourvoir une limitation à cette responsabilité ne donnent pas pour autant lieu à sa disparition (ii).

i. Le fondement de la responsabilité

108. La nécessité de limiter les pouvoirs des dirigeants des sociétés à risques illimités à l'objet social semble aussi justifiée par la responsabilité financière illimitée des associés. L'entrée dans la SNC condamne les associés à une responsabilité indéfinie et solidaire. Selon l'article 270 de l'AUSCGIE, « *la société en nom collectif est celle dans laquelle tous les associés sont commerçants et répondent indéfiniment et solidairement des dettes sociales* ». La personnalité morale de la société ne semble pas opaque comme cela puisse paraître dans les sociétés à risques limités. Le professeur CHAPUT soulignait déjà que, « *dans les sociétés de personnes, ...la personne morale n'est pas totalement isolée de la personne des associés* »²⁹³. L'actif du patrimoine personnel des associés constitue donc un gage subsidiaire des dettes sociales. Le départ éventuel de l'associé ne le libère pas de ses obligations de payer les dettes sociales déjà nées, et le nouvel associé sera aussi tenu de répondre indéfiniment du passif social antérieur à son entrée sauf clause contraire des statuts²⁹⁴. En raison de leur

Y. GUYON, *Les missions des administrateurs provisoires de sociétés*, Mélanges BASTIAN, Litec, 1974, p. 109 ; H. M. G. OUEDRAOGO, *L'administration provisoire des sociétés commerciales*, *Revue burkinabè de droit*, 1993, n° 24). L'administration n'est récemment définie que par les art. 160-1 à 160-8 de l'AUSCGIE révisé. Quant à la doctrine, elle propose l'exclusion de l'associé minoritaire (En ce sens, J. P. STORCK, *La continuation d'une société par l'élimination d'un associé*, *Rev. sociétés* 1982, p. 233 ; J.-M. DE BERMOND DE VAULX, *La mésentente entre associés pourrait-elle devenir un juste motif d'exclusion d'un associé d'une société ?* *JCP éd. E*, 1990, II, 15921 ; E. ALFANDARI, *Retrait judiciaire d'un associé*, *RTD com.* 1990, p. 418 ; J.-J. DAIGRE, *La perte de la qualité d'actionnaire*, *Rev. sociétés* 1999, p. 535 ; G. DURAND-LEPINE, *L'exclusion des actionnaires dans les sociétés non cotées*, *Petites affiches*, 1995, n° 88. ; J. J. DAIGRE, *De l'exclusion d'un associé en réponse à une demande de dissolution*, *Bull. Joly* 1996, p. 576). Certains auteurs perçoivent une telle solution à travers les dispositions légales prévoyant dans la cadre des SNC la possibilité pour les statuts d'aménager une procédure de rachat des parts sociale d'un associé qui se retire de la société (S. S.KUATE TAMEGHE, *Interrogations sur l'abus de minorité dans l'Ace uniforme relative au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique*, in *Recueil d'Etudes sur l'OHADA et l'UEMOA*, Coll. Horizons Juridiques Africains, PUAM, 2010, Vol. 1., p. 227). L'adaptation de telles solutions à une paralysie de l'adoption d'une modification de l'objet social ne saurait être aveugle. Il appartient au juge de choisir le remède approprié dans l'intérêt social en prenant en compte notamment la survie de la société et les chances de rentabilité auxquelles la société peut prétendre si l'objet social subit une modification.

²⁹² V. par ex., Cass. com., 20 mars 2007, *Dr. sociétés* 2007, n° 87, obs. H. LECUYER ; *JCP éd. E*, 1755, note A. VIANDIER. – Cass. com., 4 déc. 2012, n° 11-25.408, *Rev. sociétés* 2013, p. 151, note A. VIANDIER.

²⁹³ Y. CHAPUT, *Objet social, J.-Cl. Sociétés Traité*, Fasc. 9, 5, 1987.

²⁹⁴ S. SCHILLER, *Les limites de la liberté contractuelle en droit des sociétés, les connections radicales*, *op. cit.*, n° 474, p. 233 et s.

responsabilité solidaire²⁹⁵, les associés poursuivis ne peuvent donc invoquer les bénéfices de division ou discussions²⁹⁶ lorsque les créanciers, après avoir mis en demeure vainement la société, leur réclament le paiement des créances détenus contre la société.

109. Cela étant, ces risques illimités courus par les associés en nom ne sauraient l'être au-delà de l'objet social. En l'absence d'une telle précaution, les associés pourraient être appauvris sous le poids des dettes sociales sans aucune limite. Cette limitation des pouvoirs à l'objet social vient circonscrire le domaine d'activité dans lequel des dettes sociales créées au cours de l'exploitation commune seraient supportées par ces associés. Il s'agit d'un héritage qui remonte à l'histoire des sociétés. Comme le rapporte Georges RIPERT, « pendant longtemps, il ne s'est agi que des sociétés formées en deux ou quelques commerçants qui s'unissent parce qu'ils se connaissent, agissent en leur nom collectif, se présentant aux tiers enchaînés par le lien de la solidarité et leur offrent en gage tous leurs biens »²⁹⁷. La personnalité morale n'est qu'un procédé technique destiné à la séparation des patrimoines. La structure sociétaire ne constitue qu'un moyen pour les associés pour mutualiser les dettes sociales tout en conservant leur qualité de commerçants. Cette tradition s'est pérennisée avec l'attribution de plein droit de la qualité de commerçant en raison de l'appartenance à une SNC, sans pour autant que, même aujourd'hui, tous les associés en nom remplissent forcément les critères de commerçant²⁹⁸. Les associés en nom sont donc responsables indéfiniment des dettes exclusivement liées à l'activité de la société. Cette responsabilité indéfinie peut toutefois être atténuée dans sa confrontation avec certains instruments juridiques.

ii. L'atténuation marginale de la responsabilité

110. La responsabilité illimitée à laquelle sont exposés les associés en nom et justifiant la limitation des pouvoirs des dirigeants à l'objet social peut être atténuée. L'atténuation consistera à affranchir les associés partiellement ou totalement de cette responsabilité illimitée sans pour autant qu'ils se retirent de la société. Elle peut être favorisée par l'écran de la personnalité morale de la société, la condamnation des dirigeants au comblement du passif social, la conclusion d'une convention de croupier et le montage d'une SNC par des sociétés unipersonnelles²⁹⁹. Mais la dernière technique ne sera pas retenue, car les associés uniques ne sont pas les membres directs de la SNC et que les risques illimités sont courus non pas par eux mais par la société unipersonnelle à laquelle ils appartiennent.

110 bis. Une atténuation grâce à l'écran de la personnalité morale de la société endettée. La responsabilité illimitée des associés peut être atténuée grâce à l'écran de la personne morale de la société. Selon l'article 271 alinéa 1^{er} de l'AUSCGIE, « les créanciers de la société ne peuvent poursuivre le paiement des dettes sociales

²⁹⁵ Cf. DERRIDA, *De la solidarité commerciale*, RTD com. 1953, p. 239 ; D. R. MARTIN, *L'engagement de codébiteur solidaire adjoint*, RTD civ. 1994, p. 49. Le professeur DEREU relève que la solidarité « constitue l'essence même de la société en nom collectif » (Y. DEREU, *Société en nom collectif*, J.-Cl. Sociétés Traité, Fasc. 54, 8, 54, n° 22, p. 5).

²⁹⁶ F. ANOUKAHA et alii, *OHADA, Sûretés*, Bruylant, Bruxelles, 2002, n° 76, p. 31.

²⁹⁷ G. RIPERT, *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, op. cit., p. 52.

²⁹⁸ V. X.-F. LUCAS, *Interrogations sur la qualité de commerçant de l'associé en nom*, Mélanges A. HONORAT, éd. Frison-Roche, 2000, p. 281.

²⁹⁹ P. DIENER, *La société en nom collectif dont tous les associés sont des EURL*, JCP éd. E, 1992, I, p. 270.

contre un associé que 60 jours au moins après avoir vainement mis en demeure la société par acte extrajudiciaire ». L'alinéa 2 de cet article prévoit une possibilité de prorogation de cette durée jusqu'à 30 jours supplémentaire par une ordonnance du président de la juridiction compétente. Ces exigences procédurales justifiées par l'autonomie patrimoniale de la société endettée par rapport au patrimoine des associés en nom devaient faciliter l'appréhension de la nature de l'obligation des associés en nom. Mais la doctrine est divisée sur ce sujet. Certains auteurs considèrent les associés indéfiniment solidaires comme des cautions³⁰⁰, alors qu'ils sont pour d'autres des garants légaux³⁰¹. Les associés sont assimilés à des cautions par la simple raison qu'ils seront appelés à payer les dettes sociales à la place de la société. Une telle assimilation des associés à des cautions est rejetée par la jurisprudence³⁰². Dans un arrêt du 9 septembre 2003, la Cour d'appel de Paris affirma que « l'engagement d'un associé est un engagement subsidiaire et ne peut être assimilé à une caution »³⁰³. Malgré cette position jurisprudentielle, le débat est loin de se terminer avec un autre auteur qui a assimilé les associés à des coobligés de la dette sociale.

111. A notre avis, les associés ne sont pas des coobligés, ni des codébiteurs, ni des cautions, car si un créancier peut réclamer directement le paiement d'une dette à n'importe lequel des coobligés, il n'en est pas de même pour les associés qui ne peuvent être directement poursuivis, en raison de l'écran de la personnalité morale, qu'après la défaillance de la société et le respect de certaines procédures par le créancier. Les associés en nom ne sont ni des codébiteurs avec la société ni des cautions de la société.

En réalité, les associés en nom sont des débiteurs subsidiaires de la société³⁰⁴, car, d'une part, leur responsabilité provient d'une obligation légale et, d'autre part, cette obligation est secondaire dans la mesure où elle ne saurait être exécutée qu'en cas d'impossibilité de la société et à la suite du respect par les créanciers des procédures destinées à engager cette responsabilité. Les créanciers doivent impérativement être munis d'un titre exécutoire à l'encontre de l'associé qu'ils poursuivent avant d'espérer à un paiement forcé des dettes par

³⁰⁰ F.-X. LUCAS, *L'obligation de l'associé tenu du passif est une obligation de garantie qui naît en même temps que la dette de la société*, note sous Civ. 3^e, 23 janv. 2002, *Bull. Joly Sociétés* 2002, p. 640 ; P.-M. Le CORRE, *La poursuite des associés de sociétés sous procédures collective par les créanciers*, *JCP éd. E*, 2008, p. 1326 ; J. CALAIS-AULOY, *op. cit.*, p. 4. Les Professeurs HEMARD, TERRE et MALIBAT considèrent les associés en nom comme des cautions solidaires (HEMARD, TERRE et MALIBAT, cité par J.-Ch. PAGNUCCO, *L'obligation à la dette de l'associé indéfiniment responsable*, *RTD com.* 2012, p. 55, note de bas de page, n° 14.). BEUDANT assimile les associés des sociétés civiles à des cautions ordinaires (R. BEUDANT, cité par J.-Ch. PAGNUCCO, *L'obligation à la dette de l'associé indéfiniment responsable*, préc., note de bas de page, n° 14).

³⁰¹ V. Y. DEREU, *La responsabilité des associés dans les sociétés civiles*, thèse dact. Nancy 1977.

³⁰² CA Paris, 3 nov. 1994, *D.* 1995, p. 532, note M. LECENE-MARENAUD ; *RTD civ.* 1997, p. 728, obs. B. VAREILLE.

³⁰³ CA Paris, 9 sept. 2003, citée Ch. LEBEL, *L'obligation aux dettes sociales des associés en cas de défaillance de la société débitrice*, *Mélanges Daniel TRICOT*, Litec, 2011, p. 496. – En ce sens, CA Paris, 2 juill. 1998, *Bull. Joly Sociétés* 1998, p. 1282, note Ph. DELEBECQUE. Plus tard, Civ. 1^{re}, 17 janv. 2006 (1^{re} espèce), *Dr. Sociétés* mars 2006, comm. 37, note F.-X. LUCAS ; (2^e espèce), *D.* 2006, p. 2006, note F. BICHERON ; *Rev. sociétés* 2006, p. 540, note D. LEGEAIS ; *RTD com.* 2006, p. 419, obs. Cl. CHAMPAUD et D. DANET ; *Bull. Joly Sociétés* 2006, n° 6, p. 818, note Y. DEREU.

³⁰⁴ En ce sens, not., Ch. LEBEL, *L'obligation aux dettes sociales des associés en cas de défaillance de la société débitrice*, *Mélanges Daniel TRICOT*, Litec, 2011, p. 498 ; J.-F. BARBIERI, *Dirigeants et associés d'une entreprise en difficulté, entre partenaires et débiteurs*, *Petites Affiches* 2008, spéc. n° 23 ; L. NURIT-PONTIER, *L'obligation aux dettes sociales des associés à risque illimité*, *Bull. Joly Sociétés* 2008, n° 2, p. 152 et s.

l'associé³⁰⁵. Cela étant, les dettes sociales peuvent être réelles, la société peut se retrouver défailante, mais l'inobservation de ces procédures par les créanciers met les associés à l'abri du paiement de ces dettes. La responsabilité illimitée à laquelle sont exposés les associés ne resterait que théorique. Ainsi, grâce à l'écran de la personne morale de la société, la responsabilité prétendument illimitée des associés deviendrait-elle illusoire en cas d'inobservation par les créanciers des procédures exigées pour sa mise en œuvre. Dans ce contexte, la mise en œuvre de la responsabilité indéfinie des associés serait reportée, voire paralysée chaque fois que les procédures ne sont pas respectées. C'est le cas aussi, lorsque le passif social est mis à la charge des dirigeants fautifs dans le cadre d'une procédure collective.

112. Une atténuation grâce à la condamnation des dirigeants fautifs au comblement du passif social. La responsabilité illimitée des associés devient illusoire lorsque les dirigeants fautifs sont condamnés à supporter le passif social restant après réalisation de l'actif social dans la cadre d'une procédure collective liquidative. Une telle condamnation met les associés à l'abri de tout paiement des dettes de la société.

113. En effet, l'introduction de la société dans une procédure collective traduit d'ores et déjà l'impossibilité de la société à faire face à son passif exigible par son actif disponible³⁰⁶. L'ouverture de cette procédure fait suspendre toutes les poursuites à l'encontre de la société. Mais cette suspension ne bénéficie pas aux associés tenus indéfiniment. Selon l'article 1857 aliéa 1^{er} du Code civil, « *A l'égard des tiers, les associés répondent indéfiniment des dettes sociales à (...) à la date de l'exigibilité ou au jour de la cessation des paiements* ». Cette règle applicable aux associés de société civile l'est autant pour les associés en nom. Il revient aux créanciers sociaux de satisfaire à leur obligation de production de leur créance³⁰⁷. Les créanciers impayés pourront poursuivre les associés dès le constat judiciaire de la cessation des paiements sans attendre la clôture pour insuffisance d'actif. Mais, en fonction du montant de la condamnation du dirigeant au passif social, les associés peuvent être libérés totalement ou partiellement de leur engagement. Les règles de la responsabilité civile de droit commun ne s'appliquant pas aux dirigeants d'une société en redressement ou en liquidation³⁰⁸, le juge n'est pas lié par une condamnation du dirigeant à la réparation intégrale du dommage résultant de ses fautes de gestion³⁰⁹. Pour autant, il n'est pas exclu que le passif restant après la réalisation des biens de la société soit mis à la charge exclusive du dirigeant. Dans ce cas, la procédure serait close avec extinction du passif à l'égard des associés. Il revient au dirigeant de payer tout le

³⁰⁵ Civ. 2^e, 19 mai 1998, *Bull. civ. II*, 1998, n° 161 ; *JCP éd. E*, 1998, Pan. 1195 ; *JCP* 1998, IV, 2553 ; *D.* 1998, p. 405, concl. P. TATU, *Bull. Joly Sociétés* 1998, 1182, note J.-J. DAIGRE ; *D. Affaires* 1998, 1089, obs. V. A-R ; *RTD civ.* 1998, p. 933, obs. P.-Y. GAUTIER : « *Toute exécution forcée implique que le créancier soit muni d'un titre exécutoire à l'égard de la personne même qui doit exécuter, et que le titre délivré à l'encontre d'une société n'emporte pas le droit de saisir les biens des associés, fussent-ils tenus indéfiniment ou solidairement des dettes sociales, à défaut de titres exécutoires pris contre eux* ». Dans le même sens, Com., 20 févr. 2007, *Dr. Sociétés* 2007, Comm. 78, note J. MONNET.

³⁰⁶ V. *infra* n° 444 s.

³⁰⁷ Cass., 3^e civ., 23 févr. 2000 *Consorts Angelini c/Consorts Ciabrini et autres*, *Rev. sociétés* 2000 p. 537, note J.-F. BARBIERI.

³⁰⁸ J.-J. DAIGRE, *De l'inapplicabilité de la responsabilité civile de droit commun aux dirigeants d'une société en redressement ou en liquidation judiciaire*, *Rev. sociétés* 1988, p. 199.

³⁰⁹ V. *infra* n° 452-455.

passif restant à travers des moyens de contraintes appropriés³¹⁰. Une telle condamnation des dirigeants à supporter le passif social vient atténuer, voire neutraliser la responsabilité illimitée des associés de subir les conséquences des actes des dirigeants. L'atténuation peut aussi être favorisée par la conclusion d'une convention de croupier.

114. Une atténuation grâce à la conclusion d'une convention de croupier. La convention de croupier est une technique d'atténuation de la responsabilité financière de l'associé responsable indéfiniment des dettes sociales³¹¹. Cette convention met en rapport deux types de personnes : le croupier et le cavalier. Etymologiquement, « le cavalier fait bloc avec un tiers qu'il hisse sur la croupe de son cheval »³¹². Ce cavalier est l'associé et le croupier le tiers. Le croupier est, par définition, « celui qui dans une société de personnes, participe en tout ou partie aux pertes et aux gains d'un part d'intérêts, en se dissimulant derrière une autre personne qui est, au regard des tiers et des autres associés le seul titulaire de ladite part »³¹³. Il apparaît que le rapport unissant le cavalier au croupier comporte des éléments caractéristiques d'une société notamment la participation aux bénéfices, la contribution aux pertes et l'apport. La convention de croupier fait donc naître une société entre ces deux partenaires. Cette société est généralement analysée de société en participation³¹⁴. En combinaison des articles 854 et 855 de l'AUSCGIE, la société en participation est celle dans laquelle les associés conviennent qu'elle ne sera pas immatriculée au RCCM et dont l'objet, la durée, les conditions de fonctionnement, les droits des associés, la fin sont librement aussi convenus³¹⁵. On pourrait assimiler à une société en participation à la convention fondant le rapport³¹⁶.

³¹⁰ V. *infra* n° 460 s.

³¹¹ V. ROBYN, *Du croupier d'associé*, thèse Lille 1904 ; SARRADIN, *L'associé et son croupier*, thèse Paris, 1970 ; RICHARD, *La convention de croupier*, JCP 1987, p. 245 ; I. URBAIN-PARLEANI, *Convention de croupier et société en participation*, *Rev. sociétés* 1999, p. 753 ; RIPERT et ROBLOT, par M. GERMAIN et V. MAGNIER, *Traité de droit des affaires, Sociétés commerciales*, 20^e éd., LGDJ 2011, p. 101, n° 1095.

³¹² M. COZIAN, A. VIANDIER et FI. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, op. cit., n° 1252.

³¹³ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, v° Croupier.

³¹⁴ Cass. com., 15 déc. 1998, *Rev. sociétés* 1999, p. 350, note D. RANDOUX.

³¹⁵ Pour des études sur la société en participation, V. not., BEZARD, *Sociétés civiles, contrat de société, sociétés en participation*, Litec, 1979 ; CHARTIER, *Remarques sur la société en participation*, *RTD com.* 1979, p. 637 ; GUYENOT, *Les nouveaux rapports résultant de l'article 1873 du code civil entre les sociétés en participation, les sociétés créées de fait et les sociétés de fait*, *D.* 1979, chron., p. 155 ; DUPUY, *La comptabilité des sociétés en participation*, *Rev. sociétés* 1979, p. 753 ; DEKEUWER-DEFOSSEZ, *L'unification des sociétés civiles et commerciales : vers un droit commun ?*, *Les sociétés en participation*, *RTD com.* 1984, p. 569 ; PICAND-L'AMEZEC, *L'obligation des associés en participation envers les tiers*, *Rev. sociétés* 1990, p. 568 ; DAIGRE, GAVEAU, GERRY, LE BLANC, *La société en participation instrument de coopération*, *Dr. Sociétés* 1994, Actes pratiques, n° 16 ; JEANTIN, *Rép. Dalloz, cf. Société en participation* ; S. A. ADJITA, *Fonds de commerce et société en participation en droit uniforme OHADA*, in *Recueil d'Etudes sur l'OHADA et l'UEMOA*, PUAM, 2010, Vol. 1, p. 60.

³¹⁶ L'assimilation de la collaboration de croupier à une société en participation permet de ne pas confondre le cavalier à un homme de paille, car il continue de faire partie de la société en sa qualité d'associé et de défendre ses intérêts personnels et par là ceux du croupier. Elle permet également de ne pas assimiler le croupier à un usufruitier des droits sociaux, car le croupier n'a droit qu'à une partie des dividendes revenant à l'associé et doit contribuer aux pertes alors que l'usufruitier n'a droit à qu'aux dividendes devant revenir au nu-propriétaire sans pour autant être soumis à l'obligation aux pertes sociales. Aussi, en dépit de la controverse sur la qualité d'associé ou non de l'usufruitier (Contre la reconnaissance de la qualité d'associé à l'usufruitier : A. VIANDIER, *La notion d'associé*, LGDJ, 1978, n° 248 et s. En faveur de la reconnaissance : M. COZIAN, *Du nu-propriétaire ou de l'usufruitier, qui a la qualité d'associé ?*, JCP éd. E, 1994, I, 374 ; FI. DEBOISSY et G. WICKER, *Le droit de vote est une prérogative essentielle de l'usufruitier de titres sociaux*, JCP éd. E, 2004, p. 1290 ; J. DERRUPE, *Un associé méconnu : l'usufruitier de parts et actions*, *Deffrénois* 1994, p. 1137), celui-ci a le droit de vote relatif à l'attribution des dividendes (V. notamment, A. VIANDIER, *L'irréductible droit de vote de l'usufruitier*, *RJDA* 8-9/2004, p. 859 ; FI. DEBOISSY et G. WICKER, *Le droit de vote est une prérogative essentielle de l'usufruitier de titres sociaux*, JCP éd. E, 2004, p. 1290 ; R. KADDOUCH, *Conditions de l'attribution statutaire de la totalité du droit de vote au*

115. Des conséquences sont liées à cette existence de la société en participation dans les rapports entre le cavalier et croupier. Selon l'article 856 de l'AUSCGIE, les rapports entre associés d'une société en participation sont régis par les dispositions applicables aux sociétés en nom. L'application de cette disposition permet une transposition des règles régissant le rapport entre associés en nom au rapport entre le cavalier et le croupier. Ainsi, le cavalier ayant payé des dettes sociales à la suite de la défaillance de la société peut-il se retourner contre le croupier pour se faire rembourser les sommes déboursées, et ce, à concurrence de sa quote-part dans la société en participation. Ce droit dont dispose le cavalier lui permet en conséquence de réduire sa responsabilité financière au regard des dettes sociales. Cela étant, la convention de croupier constitue une technique efficace pour l'associé indéfiniment tenu des dettes sociales à réduire significativement sa participation au paiement des dettes sociales en appelant à contribution le croupier.

116. En définitive, les techniques évoquées favorisent une atténuation de la responsabilité financière des associés indéfiniment tenus des dettes sociales. Pour autant, cette atténuation ne fait pas disparaître le principe dont la force demeure dans la justification de la limitation des pouvoirs des dirigeants à l'objet social. En dehors de ces techniques, les associés peuvent chercher à limiter le pouvoir des dirigeants mais toute limitation ne provenant pas de la loi ne saurait tuer la liberté d'action des dirigeants dans leur rapport avec les tiers.

§ 2. L'inefficacité des conventions liberticides

117. Une doctrine majoritaire avait toujours justifié la liberté d'action des dirigeants par la nécessité de protéger les tiers³¹⁷. Cet avis est contestable, car il ne prend en compte que l'intérêt des tiers qui sont en relation de bonne foi avec les sociétés à risques limités. Les tiers des sociétés à risques illimités sont donc négligés. Or, l'intérêt des tiers ne peut être évoqué que le contexte de l'opposabilité des actes à la société. En réalité, l'exercice par les dirigeants de leurs pouvoirs conformément aux prévisions légales est indifférent à l'intérêt des tiers. Par contre, les associés y voient leurs intérêts protégés, raison pour laquelle leur protection réside dans le respect par les dirigeants de l'étendue de leurs pouvoirs³¹⁸. L'intérêt des tiers n'est mis en cause que si les associés entendent davantage limiter leur risque en cherchant à restreindre davantage³¹⁹ les pouvoirs des dirigeants. Pour cela, « *les clauses limitant les pouvoirs des dirigeants (...) sont inopposables aux tiers de bonne foi* » qu'il s'agisse de la SNC selon l'article 277-1 alinéa 3 de l'AUSCGIE révisé ou de la SARL selon l'article 329 alinéa 3. C'est le cas aussi dans la SA. On n'en déduit que la protection des tiers est indépendante des risques limités ou illimités de la société et ne réside que dans l'inopposabilité des conventions liberticides à eux. Cette perception permet de rejeter la thèse qui accrédite la sécurisation primordiale de l'intérêt des tiers des sociétés à risques

seul usufruitier, JCP éd. E, 2005, p. 968) alors que le croupier ne saurait prétendre à un quelconque droit de vote à une délibération collective.

³¹⁷ V. not., C. BERR, *L'exercice du pouvoir dans les sociétés commerciales*, op. cit., p. 28 et s., n° 28 et s. ; Y. CHAPUT, *De l'objet social des sociétés commerciales*, op. cit., p. 249 et s., n° 125 et s.

³¹⁸ V. *supra* n° 68 s., 78 s.

³¹⁹ Même si les pouvoirs des dirigeants des sociétés à risques limités sont étendus au-delà de l'objet social, ils sont limités par les pouvoirs des autres organes sociaux (v. *supra* n° 63 s.). Il n'existe donc pas de pouvoirs sans limite.

limités. Nous estimons que cette protection est accessoire à celle procurée aux associés et que la protection des tiers ne réside fondamentalement que l'inopposabilité des conventions liberticides. Toutes restrictions d'ordre privé peuvent provenir des clauses statutaires (A) ou des délibérations des organes collégiaux de la société (B) sont inefficaces à l'égard des tiers.

A. L'inefficacité des clauses statutaires liberticides

118. Les associés sont libres de limiter les pouvoirs des dirigeants par les clauses statutaires dans l'objectif, soit d'organiser la direction³²⁰ lorsque la direction compte une pluralité de dirigeants, soit de soumettre au contrôle d'un autre organe certains actes devant être pris par les dirigeants. Cette organisation conventionnelle du statut des dirigeants constitue une limitation de leurs pouvoirs. Mais son effet est relatif³²¹. Dans l'ordre interne, un dépassement de ces pouvoirs préjudiciable à la société, devient une cause légitime de sanction politique et juridique du dirigeant³²². Mais la société reste engagée en dépit de ces limitations. Cette solution a déjà été affirmée par la jurisprudence française³²³.

Certaines clauses statutaires peuvent viser à imposer aux gérants, dans une mesure variable, une obligation d'actions concertées. L'accord ou la signature d'un certain nombre de codirigeants, ou même de tous, sont alors statutairement requises, d'une manière générale ou pour quelques actes importants, afin d'engager la société. Ces clauses s'inspirent du système dit du « conseil de gérance ». Ce système tend lui-même à contenir les initiatives individuelles du dirigeant en les soumettant à l'approbation préalable des ses collègues. Ce procédé apporte une limitation aux pouvoirs des dirigeants dans la représentation de la société. Dans sa mise en œuvre, le cogérant dont la signature est nécessaire à l'acte peut émettre des réserves pour refuser de participer à l'acte. Ce refus peut empêcher la passation de l'acte. Mais le dirigeant qui a initié l'acte, peut valablement engager par sa seule signature la société en vertu de sa compétence externe absolue. C'est pourquoi, un auteur fait observer ceci : « il est clair que l'affirmation nouvelle du principe d'exercice séparé des pouvoirs rend vaine désormais, dans les rapports avec les tiers, toutes clauses statutaires qui, par un détour quelconque, entameraient la souveraineté externe et individuelle des cogérants des sociétés de personnes »³²⁴.

119. A la vérité, en raison de la dévolution de pouvoirs légaux aux dirigeants dont les seules limites opposables aux tiers est la compétence des autres organes sociaux, toute autre limitation est stérile. En principe, l'opposabilité est un phénomène général qui tend à faire reconnaître l'existence d'un acte juridique par les tiers car, si ces derniers étaient autorisés à le méconnaître, il ne pourrait pratiquement pas atteindre à l'efficacité, même entre les

³²⁰ V. *infra* n° 562 s.

³²¹ Par analogie, cf. A. WELL, *Le principe de la relativité des conventions en droit privé français*, thèse Strasbourg, préf. M. NAST, Dalloz, 1938 ; S. CALASTRENG, *La relativité des conventions*, thèse Toulouse, préface G. MARTY, H. C. Harvey, 1939 ; Ch. JAMIN, *Une restauration de l'effet relatif du contrat*, D. 1991, chron. 257.

³²² M. COZIAN, A. VIANDIER et Fl. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, 20^e éd., Lexis, n° 273, p. 135.

³²³ Cass. com. 19 oct. 1960, D. 1960, p. 723, JCP 1961, II, 11893, note J. R. ; D. 1960, p. 723, Gaz. Pal. 1960, 2, 322; RTD com. 1961, p. 105, obs. R. RODIERE.

³²⁴ D. MARTIN, *Les pouvoirs des gérants des sociétés de personnes*, préc., p. 193.

parties³²⁵. Elle est un complément nécessaire de la force obligatoire du contrat³²⁶. Mais en droit des sociétés, en considération de l'origine légale des pouvoirs des dirigeants, les tiers sont autorisés à méconnaître l'opposabilité des clauses statutaires limitant les pouvoirs des dirigeants, sauf s'il est établi que les tiers connaissaient cette limitation et ont pourtant conclu avec la société. On peut toutefois relever un arrêt récent de la Cour de cassation française qui semble remettre en cause cette dernière affirmation. La Cour de cassation précise, en effet, que « *les clauses statutaires limitant les pouvoirs des gérants sont inopposables aux tiers, sans qu'il importe qu'ils en aient eu connaissance ou non* »³²⁷. Bien que rendue dans le cadre d'une affaire intéressant une SCI, il semble que cette décision ait vocation à s'étendre à toute forme de société. Cet arrêt vient donc compléter un précédent arrêt de la Cour de cassation qui semblait limiter cette règle aux seules SARL³²⁸. Mais la version révisée de l'AUSCGIE ne fait bénéficier l'inopposabilité qu'aux tiers de bonne foi.

120. Le principe de l'inopposabilité des clauses statutaires se légitime par la protection des intérêts des tiers³²⁹. Les clauses statutaires restrictives des pouvoirs des dirigeants sont considérées comme incompatibles avec la nécessaire sécurité des transactions et sont par conséquent inopposables aux tiers dans toutes les formes de sociétés sans exception. La solution devrait cependant être différente dans le cas où le tiers aurait, de concert avec le dirigeant, participé à une fraude au détriment de la société³³⁰. A l'instar des clauses restrictives, les délibérations des organes collégiaux limitant les pouvoirs des dirigeants sont inopposables aux tiers.

B. L'inefficacité des délibérations liberticides

121. La séparation légale des pouvoirs dans l'organisation sociale, permet de distinguer le domaine de compétence de chaque organe. Le caractère rigide de cette séparation empêche toute confusion des pouvoirs et neutralise, à l'égard des tiers, l'effet de tout acte pris par un organe dans un domaine de compétence qui n'est pas le sien. Sur ce point, l'arrêt *Motte*³³¹ avait déjà posé le principe de non-empiètement des pouvoirs d'un organe par un autre. La portée de ce principe connu dans le cadre de la SA est extensible au contexte des sociétés sous

³²⁵ J. GHESTIN, *Traité de droit civil, Les obligations, Les effets du contrat*, LGDJ, 1992, n° 594, p. 579 ; R. SAVATIER, *Le prétendu principe de l'effet relatif des contrats*, *RTD civ.* 1934, p. 528 ; F. BERTRAND, *Essai sur l'opposabilité des contrats aux tiers*, thèse Paris II, 1979 ; J. DUCLOS, *L'opposabilité, essai d'une théorie générale*, thèse LGDJ, 1984, préface D. MARTIN ; H. GEMEL, *L'opposabilité du contrat, Etude comparée de droit français et égyptien*, thèse Paris I, 1987 ; Y. FLOUR, *L'effet des contrats à l'égard des tiers en droit international privé*, thèse dactyl., Paris II, 1977.

³²⁶ J. GHESTIN, *Droit civil, Les obligations, Les effets du contrat, op. cit.*, n° 594, p. 579.

³²⁷ Cass. 3^e civ., 24 janv. 2001, *JCP G* 2001, II, n° 10496, p. 613, obs. F.-X. LUCAS.

³²⁸ Cass. com., 2 juin 1992, *Bull. Joly Sociétés* 1992, p. 946, note P LE CANNU.

³²⁹ R. ROBLLOT, *Applications et fonctions de la notion d'inopposabilité en droit commercial, Mélanges Pierre VOIRIN*, LGDJ, 1967, pp. 724-725, n° 20. L'auteur écrit ceci : « *L'ordre de la loi renforçait ainsi la situation de l'organe qui était, en fait, le représentant normal de la société ; en fixant de façon impérative l'étendue des pouvoirs du gérant, il permettait aux tiers de traiter avec celui-ci en toute sécurité, sans avoir à s'occuper, dans chaque cas, des dispositions statutaires* ».

³³⁰ B. PETIT, *Droit des sociétés*, 5^e éd., Litec, 2010, n° 99.

³³¹ Cass. civ., 4 juin 1946, *JCP* 1947, II, 3518, note BASTIAN. – Le principe posé par l'arrêt *Motte* a connu application dans d'autres espèces : impossibilité pour une assemblée générale de corriger le vice affectant la nomination du président par le conseil (Cass. com., 31 janv. 1968, *D.* 1968, p. 321), interdiction faite à l'assemblée d'empiéter sur les prérogatives du conseil, par exemple d'annuler l'octroi d'un complément de retraite à un ancien dirigeant lorsque la décision a été régulièrement prise par le conseil d'administration (Cass. com., 22 janv. 1991, *Rev. sociétés* 1992, p. 61, note J. P. LEGROS), incompétence de l'assemblée pour se prononcer sur une délibération du conseil (Cass. com., 18 mai 1982, *Rev. sociétés* 193, p. 71), interdiction pour le président de se substituer au conseil pour le déplacement du siège social (Paris, 2 avr. 1983, *JCP* 1986, II, 20553, note A. VIANDIER).

gérance où l'assemblée générale tenterait d'empiéter sur les pouvoirs de la gérance et vice versa. Ainsi, en raison de caractère rigide des pouvoirs des organes sociaux, toute limitation de ces pouvoirs par une délibération quelconque d'un organe collégiale est-elle privée de portée externe et est donc inopposable aux tiers.

122. Le principe de l'inopposabilité aux tiers des délibérations des organes collégiaux qui visent la restriction des pouvoirs des dirigeants est expressément consacré par la loi dans la société anonyme. Selon l'alinéa 6 de l'article 465 de l'AUSCGIE révisé, « ... *les délibérations des assemblées générales ou les décisions du conseil d'administration limitant les pouvoirs du président-directeur général sont inopposables aux tiers de bonne foi* ». Cette formule est reprise à l'alinéa 2 de l'article 488 concernant le directeur général, à l'alinéa 3 de l'article 472 de l'AUSCGIE révisé concernant le directeur général adjoint, à l'alinéa 5 de l'article 498 concernant l'administrateur général et à l'alinéa 2 de l'article 512 concernant l'administrateur général adjoint. Le législateur est silencieux en ce qui concerne les sociétés à gérance. Ce silence est logique, en ce qui concerne la gérance des sociétés en nom collectif, mais ne se justifie pas relativement à celle des sociétés à responsabilité limitée. En effet, dans la SNC, la loi a donné la prérogative aux volontés privées de définir les pouvoirs des dirigeants par l'objet social. Celui-ci, peut donc, par délibération en assemblée générale extraordinaire subir toute modification, qui après publication au RCCM, devra réorienter les pouvoirs des dirigeants. Ainsi, serait-il illogique, pour le législateur, de rendre ces délibérations visant la restriction des pouvoirs des dirigeants de sociétés à risques illimités, inopposables aux tiers. En revanche, dans la SARL, les règles gouvernant les pouvoirs des dirigeants sont à l'antipode de celles dans la SNC ; mais elles sont identiques à celles des sociétés anonymes. Dans ces deux sociétés à risques limités, il y a lieu de rappeler que les pouvoirs des dirigeants sont indépendants de l'objet social. La volonté individuelle n'a aucune influence sur l'étendue de ces pouvoirs à l'égard des tiers. Ainsi donc, une délibération de l'assemblée générale de la SARL ne pourrait restreindre ces pouvoirs à l'égard des tiers. Mais, à la différence la société en nom collectif et de la société à responsabilité limitée, la société anonyme compte un autre organe, le conseil d'administration, dont les délibérations visant à restreindre les pouvoirs des dirigeants sont aussi inopposables aux tiers, sauf s'il agit dans le cadre de ses attributions légales.

123. En vertu de leur force dans l'ordre interne, les délibérations limitatives des pouvoirs des dirigeants servent à organiser la direction³³² et à sanctionner, à juste titre, les dirigeants qui les outrepasseraient. Elles sont privées de force au cours de la représentation de la société en raison de leur neutralisation par la loi qui fait sienne la détermination des pouvoirs des dirigeants. La séparation rigide des pouvoirs constitue un obstacle à l'opposabilité de ces délibérations aux tiers de bonne foi. Mais l'opposabilité est admise à l'encontre des tiers de mauvaise foi, c'est-à-dire ceux qui en ont eu connaissance³³³ ou entendent frauder aux droits de la société en

³³² V. *infra* n° 562 s.

³³³ C'est le cas d'un membre du conseil d'administration qui, après avoir participé aux délibérations restreignant les pouvoirs des dirigeants, revête la qualité de tiers par lui suite en concluant par la suite un acte avec la société sachant bien que le dirigeant avait violé les délibérations du conseil d'administration. Ce tiers se verra opposer les délibérations du conseil d'administration par la société, d'une part, pour dégager sa responsabilité s'il s'avère qu'elle est poursuivie sur le fondement cet acte au tiers, et d'autre part, pour demander la nullité de l'acte s'il lui porte des préjudices.

complicité avec ces dirigeants. L'inflexibilité des pouvoirs permet aux dirigeants d'avoir les coudées franches dans leur mission d'engager la société à l'égard des tiers de bonne foi. Il n'est pas toutefois exclu que cette inflexibilité comporte des dangers pour la société.

SECTION 2. UNE OPTION DANGEREUSE POUR LES SOCIÉTÉS

124. L'inflexibilité des pouvoirs des dirigeants présente une double face. La première vient d'être étudiée et concerne la garantie d'une souveraineté absolue qui est accordée aux dirigeants dans l'intérêt de la société. C'est la face la plus visible. Mais il existe une face cachée de l'inflexibilité des pouvoirs des dirigeants. Elle comporte des nuisances aux sociétés (§ 1) pouvant être aggravées dans des cas particuliers (§ 1).

§ 1. Les nuisances primaires de l'inflexibilité

125. L'inflexibilité des pouvoirs comporte des nuisances auxquelles les sociétés ne peuvent échapper. Ces nuisances diffèrent selon qu'il s'agisse de sociétés à risques limités (A) ou de sociétés à risques illimités (B).

A. Les nuisances aux sociétés à risques limités

126. Le revers de la souveraineté absolue des dirigeants de sociétés à risques limités est le risque de responsabilité étendu au-delà de l'objet social. Ces sociétés courent ainsi un risque élevé de responsabilité dans leur rapport avec tiers (1), sauf en démontrant leur mauvaise foi (2).

1. L'extension de responsabilité de la société au-delà de l'objet social

127. Les fautes civiles et pénales du dirigeant commises *ès qualité* sont imputables à la société. Ce principe est logique, car la société agit à travers ses dirigeants. Mais ce qui est redouté, c'est le risque d'imputabilité même au-delà de l'objet social. Par conséquent, la responsabilité de la société étendue au-delà de l'objet tant au plan civil (a) que pénal (b).

a. L'extension de la responsabilité civile de la société

128. L'envers de la souveraineté absolue des dirigeants des sociétés à risques limités est le risque élevé de responsabilité civile de ces sociétés. En effet, la société est responsable des dommages causés par les dirigeants à un tiers dans l'exercice de leur fonction. L'article 161 de l'AUSCGIE indique bien que les actions en responsabilité individuelle ou solidaire qui peuvent être mises en œuvre par les associés ou les tiers du fait des organes de gestion, s'exercent « *sans préjudice de la responsabilité éventuelle de la société* ». Une telle formulation, qui peut sembler particulièrement laconique est, en fait, totalement logique³³⁴. Elle constitue une forme de rappel du fait que la société est une personne juridique, un être moral, qui comme toute personne juridique doit assumer les conséquences de ses actes³³⁵. Il suffit que le dirigeant commette une faute en sa qualité de représentant légal de la société pour que la responsabilité civile sociale soit engagée pour le dommage

³³⁴ B. LE BARS, *Droit des sociétés et de l'arbitrage international (Pratique en droit de l'Ohada)*, préf. M. I. KONATE, Joly éditions, 2011, n° 208, p. 97.

³³⁵ *Ibid.*

causé, sauf si la faute est détachable de la fonction sociale³³⁶. Cette responsabilité peut être délictuelle ou contractuelle³³⁷. Ainsi, en sa qualité de représentée, la société est-elle tenue de répondre des conséquences des actes de ses dirigeants. C'est la représentation³³⁸ qui justifie cette responsabilité étant donné qu'on est en présence d'un acte de l'organe de société personne morale.

129. La jurisprudence a parfois admis que la société répond des fautes commises par ces représentants, parce qu'elle est dans la situation d'un commettant³³⁹. Une partie de la doctrine partage cette position en estimant que la société est responsable pour le fait d'autrui³⁴⁰. Par contre, d'autres auteurs s'opposent à cette position. Ils justifient leur opposition par le fait qu'il n'existe entre le représentant et la société aucun lien de subordination ; l'organe ne peut pas être subordonné à la volonté qu'il exprime³⁴¹.

Pour notre part, la responsabilité de la société est engagée directement toutes les fois que la faute est commise par son organe se rapporte à l'exploitation³⁴². Le dirigeant est un organe qui est indissociable de la société personne morale³⁴³, contrairement au contexte de la responsabilité du fait d'autrui où il y a une dissociation entre deux personnes dont l'une répond de la faute de l'autre³⁴⁴. Il s'agit d'une responsabilité du fait personnel de la société, abstraction faite de la personne qui incarne l'organe de la société. Il convient dès lors de dissocier la responsabilité de la société pour des fautes de ses organes de sa responsabilité pour fautes de ses préposés qui sont soumis aux ordres des dirigeants. Dans le cadre des fautes commises par les préposés, la société en répond comme un commettant³⁴⁵. Par contre elle répond directement des fautes commises par ses organes. Il est donc possible d'agir directement contre la société sans avoir à mettre en cause l'organe qui est intervenu dans la réalisation du dommage et sans avoir à démontrer une quelconque faute propre à la personne morale : la faute est donc directement celle de la

³³⁶ V. *infra* n° 374 s.

³³⁷ Ph. MERLE, *Droit commercial, Sociétés commerciales*, 17^e éd., Dalloz, 2014, n° 96.

³³⁸ V. Ph. PETEL, *Représentation, Rép. civil, VIII*, 1993, p. 1 et s.

³³⁹ Req., 30 juill. 1895, *D.* 1896, 1, 132.

³⁴⁰ B. LE BARS, *Droit des sociétés et de l'arbitrage international (Pratique en droit de l'Ohada)*, *op. cit.*, n° 209, p. 97 ; M. COZIAN, A. VIANDIER et Fl. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, 26^e éd., Litec, 2013, n° 269, p. 147.

³⁴¹ G. RIPERT et R. ROBLOT, *Traité de droit des affaires, t. 2, par M. GERMAIN et V. MAGNIER, Les sociétés commerciales, op. cit.*, n° 1154.

³⁴² Cass. civ., 15 janv. 1872, *D.* 1872, 1, 166.

³⁴³ En ce sens, P. COULOMBEL, *Le particularisme de la condition juridique des personnes morales*, thèse Nancy, 1950, p. 308. Selon cet auteur, « ... l'organe ne possède comme tel aucune personnalité distincte de celle de la personne morale ; il naît en même temps de celle-ci... ». Dans le même sens, L. MICHOU, *La théorie de la personnalité morale et son application en droit français*, cité par L. TROTABAS, LGDJ, 1924, n° 60. L'auteur relève qu'un « ... organe n'est pas quelque chose qui soit distinct de la personne morale ; il est une partie d'elle-même dont elle se sert comme la personne se sert de la bouche ou de la main ; car l'organisation juridique dont il est le produit appartient à l'essence de la personne morale ; elle comme son corps juridique, sans laquelle elle est incapable d'existence... ». V. aussi, F. DELHAY, *La nature juridique de l'indivision*, LGDJ, 1968, p. 446.

³⁴⁴ Traditionnellement, on concevait que cette responsabilité était limitée à la responsabilité des père et mère du fait de leurs enfants mineurs, de la responsabilité des artisans du fait de leurs apprentis, de la responsabilité des instituteurs du fait de leurs élèves, de la responsabilité des commettants des maîtres du fait de leurs commettants. Par la suite la jurisprudence a admis la responsabilité des associations du fait de personnes handicapées dans l'arrêt *Blieck* (Ass. Plén., 29 mars 1991, *JCP* 1991, II, p. 21673, concl. Dontenwille, note J. GHESTIN ; *D.* 1991, p. 324, note Chr. LARROUMET).

³⁴⁵ V. MICHOU, *Responsabilité de la personne morale*, 1932, t. II, n° 266 et s ; BODVIN, *Responsabilité des personnes morales en droit privé*, thèse Lille, 1935.

personne morale qui en répond alors pour elle et non pour autrui³⁴⁶. Cette particularité du mandat social traduit son émancipation, selon le professeur DIDIER, par rapport au mandat ordinaire où le mandataire est exposé à la responsabilité pour ses faits personnels³⁴⁷.

130. Etant donné que les pouvoirs du dirigeant sont étendus au-delà de l'objet social, la société peut engager sa responsabilité non seulement dans le domaine de son activité mais aussi dans des domaines connexes ou étrangers, si le dirigeant y accomplit un acte préjudiciable aux tiers. Par exemple, en raison de la réglementation stricte de l'activité des banques au regard de laquelle, sa responsabilité peut être engagée du fait de la faute de ses agents³⁴⁸, il n'est pas exclu que sa responsabilité soit encourue dans des domaines étrangers. Sur d'autres chapitres, la responsabilité d'une société a pu être engagée du fait d'un veau ayant provoqué la charge d'un taureau³⁴⁹ ou encore pour le préjudice subi par un cycliste renversé par un chien dont la société était présumée détenir la garde³⁵⁰ sans pour autant que cela s'inscrive dans son objet. Le risque de responsabilité des sociétés à risques limités est donc très élevé sans pour autant que la société puisse s'en échapper en invoquant l'extranéité de la faute du dirigeant à l'objet social. La société est responsable tant au plan civil que pénal pour des fautes commises par ses dirigeants au-delà de l'objet social.

b. L'extension de la responsabilité pénale de la société

131. De l'irresponsabilité au risque élevé de responsabilité pénale des sociétés. Le risque de responsabilité pénale de la société est très élevé, car les fautes pénales sont susceptibles d'être commises par les dirigeants en toutes circonstances au-delà même de l'objet social. Ces fautes pénales engagent la responsabilité de la société. En droit de l'OHADA, la responsabilité pénale des sociétés n'est pas envisagée par le législateur. Les sociétés ne peuvent être poursuivies pour les fautes pénales commises du fait de leurs représentants légaux. Cette option du législateur s'aligne sur celle du droit français adoptée au 19^e siècle. Selon une vieille jurisprudence française, une sanction pénale ne pouvait être prononcée contre une personne morale, notamment une société commerciale, être moral qui ne peut encourir qu'une responsabilité civile³⁵¹.

La doctrine classique justifiait l'irresponsabilité pénale des sociétés par trois arguments : *primo*, l'absence de volonté criminelle ; *secundo*, le principe de spécialité des personnes morales, l'infraction étant étrangère à l'objet social, par hypothèse licite ; *tertio*, la personnalité des peines, ayant pour effet de protéger aussi bien la personne

³⁴⁶ Civ. 2^e, 27 avril 1977, *Bull. civ.*, II, n° 108, p. 74. Cet arrêt affirme que « ... la personne morale répond des fautes dont elle s'est rendue coupable par ses organes et en doit réparation à la victime sans que celle-ci soit obligée de mettre en cause, sur le fondement de l'article 1384, alinéa 5, lesdits organes pris comme préposés ». – Com. 27 janv. 1998, *D.* 1998, 605, note D. GIBRILA. – Com. 28 avril 1998, *JCP* 1998, II, 10177, note OHL.

³⁴⁷ Ph. DIDIER, *De la représentation en droit privé*, th. Paris II, préf. Y. LEQUETTE, Bibl. dr. pr., t. 339, LGDJ, 2002, spéc., n° 322-323.

³⁴⁸ CA Paris, 15^e ch. B., 17 févr. 1989, *Gaz. Pal.* 1989, 2, p. 521, note PIEDELIEVRE. – CA Paris, 7^e ch. B., 23 nov. 1988, *D.* 1989, IR, p. 3. – Cass. com., 12 juill. 1993, *Bull. civ. IV*, n° 292. – Cass. com., 15 nov. 1994, *D.* 1995, IR, p. 3; *Gaz. Pal.* 1995, 1, *Somm.* p. 1. – CA Paris, 3^e ch. B., 30 avril 1993, *D.* 1994, *Somm.* p. 181, obs. M. CABRILLAC ; CA Paris, 15^e ch. B., 12 janv. 1996, *D.* 1996, *Jur.* p. 508, note H. VRAY.

³⁴⁹ Cass. 2^e civ., 27 sept. 2001, *D.* 2002, IR, p. 2948.

³⁵⁰ Cass. 2^e civ., 22 févr. 1984, *Bull. civ. II*, n° 34, *La Concorde et autre C. Kedves et autre*, *RTD civ.* 1985, p. 399, obs. J. HUET.

³⁵¹ Cass. crim., 8 mars 1883, *DP* 1884, 1, 428.

morale elle-même que les membres de la personne morale autres que les auteurs physiques de l'infraction³⁵². Ces arguments ne sont pas partagés par la doctrine moderne qui estime que la personne morale peut commettre une infraction et que l'impossibilité de l'emprisonner n'exclut pas de la condamner à des amendes administratives³⁵³. Cela étant, les fautes pénales causées, même en dehors de l'objet social, doivent en principe engager la société³⁵⁴. En l'absence de dispositions uniformes relatives à la responsabilité pénales des sociétés en droit de l'OHADA, il convient d'affirmer que les sociétés continuent toujours par jouir d'une impunité pénale.

Toutefois, cette immunité n'est toujours pas garantie au plan local. Par exemple, selon l'article 42 du Code pénal togolais du 13 Août 1980, « *Toute personne morale peut être déclarée coupables des infractions commises par ses organes à son seul profit, dans les limites de leurs attributions* ». Le droit pénal togolais avait devancé le droit pénal français sur ce sujet. Ce n'est qu'en 1992 que le nouveau Code pénal français (L. 92-683 du 22 juillet 1992) renverse le principe antérieur, et pose le principe de la responsabilité pénale des personnes morales. Selon un auteur, à travers cette loi « *le législateur entend davantage sanctionner une politique répréhensible qu'une décision criminelle précise* »³⁵⁵. Cette innovation se justifie, selon le professeur MERLE, par deux raisons : « *l'immunité des personnes morales était d'autant plus choquante qu'elles sont souvent, par l'ampleur de leurs moyens, à l'origine d'atteintes graves à la santé publique, à l'environnement, à l'ordre économique ou à la législation sociale. En outre l'équité recommandait de ne pas faire supporter systématiquement par les représentants légaux de la société la responsabilité des personnes morales qu'ils dirigent* »³⁵⁶. L'immunité pénale des sociétés, induite de la philosophie individualiste, a donc disparu³⁵⁷. Cette loi avait circonscrit la responsabilité pénale des personnes morales. La société ne peut être poursuivie que pour les cas d'infraction envisagés par une loi ou un décret. Une partie de la doctrine trouve que cette réforme dictée par la volonté étatique de tirer des profits économiques par la condamnation des êtres plus solvables est une absurdité qui crée un doublon de responsabilité des dirigeants avec celle de la société³⁵⁸.

132. L'extension du domaine du risque de responsabilité pénale à la RSE. Le domaine de la responsabilité pénale des sociétés semble davantage élargi par l'avènement de la responsabilité sociale des entreprises (RSE). Introduite en droit français à la faveur de la loi sur les nouvelles régulations économiques du 15 mai 2001, la RSE ou la Responsabilité sociale et environnementale des entreprises introduite est la traduction littérale de l'expression anglo-saxonne de *Corporate social responsibility* (CRS), née aux États-Unis au cours des

³⁵² D. VIDAL, *Droit des sociétés*, 5^e éd., LGDJ, 2006, n° 115, p. 71 ; R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel, t. 1, Problèmes généraux de la science criminelle. Droit pénal général, op. cit.*, p. 805, n° 637 ; P. FAIVRE, *La responsabilité pénale des personnes morales*, RSC. 1958, 547.

³⁵³ Y. GUYON, *Droit des affaires, t. 1, Droit commercial et sociétés, op.cit.*, n° 194.

³⁵⁴ *Ibid.*

³⁵⁵ Cl. MOULOUNGUI, *L'élément moral dans la responsabilité des personnes morales*, RTD com. 1994, p. 443.

³⁵⁶ P. MERLE, *Droit commercial, Sociétés commerciales, op. cit.*, n° 97, p. 129.

³⁵⁷ G. ROUJOU de BOUBÉE, *Responsabilité pénale des personnes morales : essai d'un bilan*, Mélanges André DECOCQ, Litec 2004, p. 535 ; D. MAYER, *Essai d'analyse de la responsabilité pénale des personnes morales à partir de la conception fonctionnelle des sociétés commerciales adoptée par Michel Jeantin*, Mélanges JEANTIN, p. 291.

³⁵⁸ J.-Y. CHEVALIER, *Fallait-il consacrer la responsabilité pénale des personnes morales ?*, in Mélanges Jean PAILLUSSEAU, *Aspects organisationnels du droit des affaires*, Dalloz, 2003, p. 109.

années soixante-dix³⁵⁹. Dans l'espace de l'OHADA, le régime de la RSE fait expressément défaut, mais cela n'exclut pas l'obligation pour les entreprises de respecter les règles protectrices de l'environnement. La RSE est l'ensemble des discours et des actes concernant l'attention portée par les entreprises à l'égard de leurs impacts sur l'environnement et la société³⁶⁰. Certains auteurs trouvent même que « *Les droits de l'homme sont tout à la fois un but et le fondement de la responsabilité sociale des entreprises* »³⁶¹. L'engagement RSE suppose d'abord de satisfaire aux obligations juridiques applicables, puis d'aller au-delà de la loi. Il se traduit généralement par la rédaction unilatérale d'un code de conduite, par l'adhésion à une charte éthique ou par des engagements contractuels avec les parties prenantes³⁶². Il relève parfois d'une contrainte légale³⁶³. La recherche de l'éthique dans la conduite des affaires mise en avant dans le cadre de la RSE correspond aux valeurs sociales protégées par le droit pénal. La législation pénale, qu'elle soit interne, ou internationale est assez contraignante pour les entreprises dans les domaines qui sont également couverts par la RSE³⁶⁴. Elle vise à préserver les intérêts des diverses parties prenantes par la répression de la concurrence déloyale, des discriminations, des atteintes à la santé, la protection des salariés ou encore de l'environnement. Par exemple, dans l'affaire *Monsanto*, l'utilisation d'un oiseau associé aux termes de « respect de l'environnement », « efficacité et sécurité pour l'environnement » ou encore « biodégradables » sont autant d'éléments établissant le caractère trompeur de la publicité, portant sur les qualités environnementales du produit³⁶⁵. De même, dans l'affaire *Erika*³⁶⁶, la faute non intentionnelle de Total SA a été établie sur le fondement d'un engagement volontaire aux termes desquels la société s'engageait à assurer l'inspection renforcée des navires. Le fait de ne pas avoir procédé aux contrôles a été considéré une imprudence fautive. Ainsi, la violation par les dirigeants d'une norme éthique expose-t-elle leur société à la responsabilité. Il est cependant regrettable que la RSE visant au départ en droit français les sociétés cotées³⁶⁷ n'est étendue qu'à certaines sociétés pouvant être considérées comme des entreprises d'intérêt public³⁶⁸. Son

³⁵⁹ V. MERCIER, *Responsabilité sociétale des entreprises et droit des sociétés : entre contrainte et démarche volontaire*, *Dr. sociétés* n° 4, Avril 2011, étude 6.

³⁶⁰ M. CAPRON, F. QUAIREL-LANOIZZELEE, *La responsabilité sociale de l'entreprise*, cités par M. LOBE LOBAS, *L'engagement volontaire RSE au service de la preuve pénale*, *Environnement et développement durable*, n° 3, Mars 2014, étude 4.

³⁶¹ N. MATHEY, *La responsabilité sociale des entreprises en matière de droits de l'homme*, *Cah. dr. entr.* n° 3, Mai 2010, dossier 13 ; M. LOBE LOBAS, *L'engagement volontaire RSE au service de la preuve pénale*, *Environnement et développement durable*, n° 3, Mars 2014, étude 4.

³⁶² M. LOBE LOBAS, *L'engagement volontaire RSE au service de la preuve pénale*, *Environnement et développement durable*, préc., n° 1.

³⁶³ V. V. MERCIER, *Responsabilité sociétale des entreprises et droit des sociétés : entre contrainte et démarche volontaire*, préc., n° 6 s.

³⁶⁴ Il n'est pas exclu que la responsabilité sociale des entreprises soit poursuivie au plan civil.

³⁶⁵ Cass. crim., 6 oct. 2009, n° 08-87.757, *JurisData* n° 2009-050171.

³⁶⁶ E. DAOUD, C. LE CORRE, *Arrêt Erika : marée verte sur le droit de la responsabilité civile et pénale des compagnies pétrolières*, *Lamy Droit pénal des affaires*, 2012, Actualités, n° 122 ; L. NEYRET, *De l'approche extensive de la responsabilité pénale dans l'affaire Erika*, *Environnement et développement durable* 2010, étude 29.

³⁶⁷ V. not., Institut Français des administrateurs (IFA), *Les administrateurs de sociétés cotées et la responsabilité sociétale de l'entreprise*, *Dr. sociétés* n° 12, Décembre 2007, alerte 53 ; F. G. TRÉBULLE, *Développement durable et droit des sociétés*, *Dr. sociétés* n° 1, Janvier 2010, étude 3.

³⁶⁸ La loi française n° 2010-788 du 12 juillet 2010, portant engagement national pour l'environnement, dite « Grenelle II », a tout d'abord élargi le champ d'application de l'obligation d'information sociale et environnementale^{Note 15} et vise désormais certaines sociétés non cotées (*C. com.*, art. L. 225-102-1, al. 8), les plus importantes, notamment les sociétés anonymes et

extension à toutes les formes de sociétés contribuerait à promouvoir équitablement la responsabilité sociale de l'entreprise.

133. Le particularisme des contraintes des sociétés pénalement responsables. Malgré les critiques attirées par la réforme de la responsabilité pénale des personnes morales en France, la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 généralisa la responsabilité des personnes morales, le principe de spécificité des peines d'amende ayant été donc abandonné³⁶⁹. Les sociétés peuvent alors subir des sanctions pénales pour toutes infractions commises par leurs dirigeants³⁷⁰. Mais le défaut de corps pour l'être moral qu'est la société, empêchait la possibilité de la condamner à des peines d'emprisonnement. En revanche, elle peut être condamnée à des amendes dont le taux est fixé au quintuple de celles prévues pour les personnes physiques du chef de la même infraction, et en cas de récidive, au décuple³⁷¹. D'autres peines peuvent être prononcées contre la société notamment la dissolution³⁷², l'interdiction d'exercer directement ou indirectement une ou plusieurs activités professionnelles ou sociales³⁷³, l'exclusion des marchés publics³⁷⁴, l'interdiction de faire appel public à l'épargne³⁷⁵, l'interdiction d'émettre des chèques ou d'utiliser des cartes de paiement³⁷⁶. Il est improbable que le droit français retourne au principe antérieur qui avait consacré l'immunité pénale des sociétés. Le mouvement amorcé est irréversible. Certes, le législateur de l'OHADA se garde de consacrer le principe de la responsabilité pénale des sociétés, mais il ne pourra pas garder indéfiniment cette position. Une partie de la doctrine l'y invite en soutenant qu'une société peut être pénalement responsable d'une infraction non seulement par représentation mais parfois sans représentation à travers la faute diffuse ou l'imputation par présomption³⁷⁷. Si la société poursuivie ne peut espérer une atténuation de sa responsabilité pénale qu'à la faveur d'excuses ou de circonstances atténuantes, elle peut au contraire se mettre à l'abri de sa responsabilité civile que si elle démontre la mauvaise foi des tiers.

les sociétés en commandite par actions, dont le total de bilan ou le chiffre d'affaires et le nombre de salariés excèdent des seuils qui seront fixés par décret en Conseil d'État, les établissements de crédit, les entreprises d'investissement et les compagnies financières « *quelle que soit leur forme juridique* » (*C. monét. fin.*, art. L. 511-35), les sociétés d'assurance mutuelle (*C. assur.*, art. L. 322-26-2-2), les sociétés d'investissement à capital variable et sociétés de gestion (*C. monét. fin.*, art. L. 214-12, al. 3) et va même plus loin puisqu'elle étend l'obligation au périmètre de consolidation comptable (*C. com.*, art. L. 225-102-1, al. 8).

³⁶⁹ H. MATSOPOULOU, *La généralisation de la responsabilité pénale des personnes morales*, *Rev. sociétés* 2004, p. 283.

³⁷⁰ V. F. DESPORTES, *Le nouveau régime de la responsabilité pénale des personnes morales*, *JCP éd. E*, n° 6, 1993, 219 ; J. SIMON, *Responsabilité pénale des personnes morales et des personnes physiques, coauteurs ou complices des mêmes faits : Cumul de responsabilité ou meilleure justice pénale ?*, *D. Aff.* n° 5/1995, p. 101 ; J.-Y. MARECHAL, *Plaidoyer pour une responsabilité pénale directe des personnes morales*, *JCP éd. G*, n° 38, 2009, 249. – V. aussi, Cass. crim., 18 janv. 2000, *Société Nationale des Chemins de fer Français (SNCF)*, *Juris-Data* n° 000995, *JCP éd. E*, n° 6, 2001, p. 278, note F. MARMOZ.

³⁷¹ D. VIDAL, *Droit des sociétés*, *op. cit.*, n° 124, p. 75.

³⁷² Art. 131-39, 1° du Code pénal français.

³⁷³ Art. 131-39, 2° du Code pénal français.

³⁷⁴ Art. 131-39, 5° du Code pénal français.

³⁷⁵ Art. 131-39, 6° du Code pénal français.

³⁷⁶ Art. 131-39, 7° du Code pénal français.

³⁷⁷ R. ADAMOU, *Plaidoyer pour une responsabilité pénale des personnes morales en droit Ohada*, *Rev. ERSUMA* 2013, n° 2, p. 43 s.

2. L'atténuation de la responsabilité par la démonstration de la mauvaise foi des tiers

134. En principe les tiers bénéficient d'une présomption de bonne foi dans leur relation avec la société³⁷⁸. Mais cette présomption peut s'écrouler sous l'effet de la démonstration de la mauvaise foi d'un tiers par la société afin de bénéficier d'une exonération de responsabilité. Selon l'article 122 de l'AUSCGIE, « *la société est engagée par les actes des organes de gestion, de direction ... qui ne relèvent pas de l'objet social, à moins qu'elle ne prouve que le tiers savait que l'acte dépassait cet objet ou qu'il ne pouvait l'ignorer compte tenu des circonstances...* ». L'appréciation de la mauvaise foi du tiers nous semble objective lorsque le tiers avait connaissance du dépassement de l'objet social par l'acte du dirigeant (a). En revanche cette démonstration nous paraît subjective lorsque la société devrait prouver que le tiers ne pouvait ignorer le dépassement compte tenu des circonstances (b).

a. La mauvaise foi objective

135. La mauvaise foi du tiers est objective lorsque le tiers avait connaissance du dépassement de l'objet social par le dirigeant dans l'acte. Elle résulte nécessairement de la conclusion d'un contrat entre la société et un tiers. « *La connaissance de l'objet n'est pas suffisante pour constituer le tiers de mauvaise foi. Il faut un élément complémentaire : la connaissance de la non-conformité de l'acte à l'objet* »³⁷⁹. Tous moyens de preuve seront admissibles pour démontrer la véracité de ce fait juridique³⁸⁰ ; mais, la seule publication des statuts ne peut constituer une preuve de la connaissance de l'objet social par le tiers³⁸¹.

136. L'appréciation objective de la mauvaise foi est réelle en ce qui concerne les sociétés à objet spécialement réglementé, telles que les sociétés de pharmacie qui ont un objet exclusif ; le tiers informé devait alors savoir qu'elle ne peut avoir d'objet contraire à sa spécialité légale³⁸². Ainsi donc, la mauvaise foi du tiers sera relevée, lorsqu'il conclut un acte avec le dirigeant de la pharmacie en dehors de l'objet social. Aussi, dans la pratique, la notion de dépassement d'objet social peut-elle être relevée à l'égard des établissements financiers. Ceux-ci disposent d'une bonne connaissance des sociétés qui sont en relation avec eux et ont accès à de nombreuses informations qui leur permettent d'être au fait de la capacité juridique du dirigeant³⁸³. Ainsi, si la banque est bénéficiaire d'un cautionnement de la société, la mauvaise foi de la banque peut-elle révéler que le cautionnement dépasse l'objet social et n'est pas valable³⁸⁴.

137. Il en est de même lorsque le tiers a été informé au préalable par une opposition d'un codirigeant que le projet d'acte dépassait l'objet social. Lorsque le tiers passe outre cette opposition et conclut l'acte avec la société, lequel acte lui a porté préjudice par la suite, cette opposition constitue objectivement une preuve de la mauvaise

³⁷⁸ J.-P. CASIMIR et M. GERMAIN, *Dirigeants de sociétés, juridique, fiscal, social*, 3^e éd., Groupe Revue Fiduciaire, 2009, p. 144, n° 571.

³⁷⁹ Y. CHAPUT, *Objet social, J-Cl.*, Fasc. 9, 1987, p. 11.

³⁸⁰ Y. CHAPUT, *Objet social, Encyc. Dalloz, Rep. Sociétés III*, 1992, p. 5

³⁸¹ Art. 122 de l'AUSCGIE *in fine*.

³⁸² Y. CHAPUT, *Objet social, op. cit.*, p. 11.

³⁸³ Grenoble 31 mai 1983, *JCP éd. E* 1985, II, 14389, note A REINHARD.

³⁸⁴ Com., 13 nov. 2007, *Dr. sociétés* 2008, n° 32, obs. HOVASE.

foi du tiers informé. Pour que l'opposition constitue une preuve de la mauvaise foi du tiers, il ne s'agira pas de la simplement publier au RCCM ; elle doit résulter d'une information spéciale et personnelle du tiers réalisée, notamment, par lettre recommandée ou par acte extrajudiciaire³⁸⁵. Cette opposition est prévue expressément par le législateur dans une seule forme de société à risques limités, la société à responsabilité limitée³⁸⁶. Il n'empêche que le codirigeant dans la société anonyme puisse en faire usage pour informer les tiers sur l'objet social et son dépassement dans le projet d'acte initié par un autre dirigeant. La preuve de la mauvaise foi du tiers peut aussi être faite à partir d'éléments subjectifs.

b. La mauvaise foi subjective

138. La preuve de la mauvaise foi est difficile à administrer lorsqu'il s'agit pour la société de démontrer que le tiers ne pouvait ignorer le dépassement de l'objet compte tenu des circonstances. A ce niveau, l'appréciation de la mauvaise foi apparaît subjective. Cette mauvaise foi résulte des circonstances extérieures à la conclusion de l'acte, notamment lorsque le tiers par ses fonctions ou des relations antérieures avec la société se devait de connaître l'objet social. C'est le cas aussi du commissaire aux comptes de la société et du notaire auprès de qui sont déposés les statuts qui ne peuvent ignorer le contenu de l'objet social³⁸⁷. Il en est de même de l'ancien dirigeant ou associé qui est entré dans une relation contractuelle après son retrait de la société. Leur mauvaise foi peut être relevée lorsqu'ils participent à un acte dépassant l'objet social. Egalement, le banquier qui bénéficie d'un cautionnement donné par une autre société bancaire ne pourrait ignorer le dépassement en raison de précautions d'usage et de ses activités³⁸⁸. Aussi le tiers qui a, au moment de contracter avec la société, demandé communication des statuts, devrait-il être considéré comme ayant eu une connaissance personnelle et effective de l'objet et cela le priverait de la possibilité d'invoquer un engagement de la société dépassant cet objet.

139. La détention par la société de la preuve de la mauvaise foi du tiers sert les intérêts de la société. En effet, le tiers de mauvaise foi victime d'un dépassement de l'objet social, ne peut obtenir réparation de la part de la société, car la responsabilité de celle-ci ne peut être retenue. La preuve avec succès de la mauvaise foi des tiers vient limiter les pouvoirs des dirigeants de sociétés à risques limités à l'objet social. La société ne peut être engagée au-delà de l'objet social à l'égard du tiers de mauvaise foi. Les pouvoirs des dirigeants n'ont plus un contenu extensible ; ce contenu devient restreint et limité à l'objet social. Ces pouvoirs s'apparentent alors à ceux des dirigeants des sociétés à risques illimités. Ainsi donc, le risque élevé de responsabilité civile de la société s'amenuise lorsque la société parvient à démontrer la mauvaise foi du tiers. En définitive, sauf dans l'impossibilité de démontrer la mauvaise foi du tiers, le risque élevé de responsabilité civile des sociétés à risques limités, en raison de l'inflexibilité des pouvoirs, est toujours présent. Mais, dans les sociétés à risques illimités, le risque lié à cette inflexibilité se présente sous une autre forme.

³⁸⁵ D. MARTIN, *Les pouvoirs des gérants de sociétés de personnes*, préc., p. 198.

³⁸⁶ Art. 328 al. 2 de l'AUSCGIE.

³⁸⁷ Y. CHAPUT, *Objet social*, op. cit., p. 11.

³⁸⁸ J. HEMARD, F. TERRE et P. MABILAT, *La réforme de la réforme des sociétés commerciales*, D. 1970, Chron. 45.

B. Les nuisances aux sociétés à risques illimités

140. La limitation légale des pouvoirs des dirigeants de sociétés à risques illimités par l'objet social présente un risque considérable pour la société : c'est la restriction des initiatives du dirigeant par le cadre limitatif de l'objet social (1). Mais étant donné que ces pouvoirs dépendent exclusivement de l'objet social, les associés peuvent endiguer cet inconvénient par l'extension de ces pouvoirs selon les circonstances en procédant à travers la modification de l'objet social (2).

1. La restriction des initiatives du dirigeant par le cadre limitatif de l'objet social

141. Le principe de la ferme orientation des pouvoirs des dirigeants des sociétés à risques illimités par l'objet social, restreint la liberté d'initiative des dirigeants. Ceux-ci ont le devoir d'inscrire tous leurs actes dans le cadre de l'objet social. Pour cela, tout acte conclu en dehors de l'objet social est inopposable à la société malgré la bonne foi du tiers. Ainsi donc, l'objet social est érigé en un carcan rigide qui borne hermétiquement les marges de manœuvre du dirigeant. Cette mesure se justifie par la nécessité de prévenir toute aggravation de l'engagement primitif des associés par les actes dirigeants au-delà de l'objet social. Mais elle constitue néanmoins un inconvénient pour la société. Le devoir pour le dirigeant de se conformer à l'objet social lui défend des actes qui n'y entrent pas, même s'ils sont avantageux pour la société. La menace du dirigeant par sa responsabilité personnelle qui peut être engagée par les tiers pour tous les actes étrangers à l'objet social, le dissuade de tout dépassement.

142. Le devoir de se conformer à l'objet social oblige le dirigeant à éviter d'accomplir au-delà de cet objet des actes mêmes présentant, en toute évidence, un profit indéniable pour la société. Il est donc impossible pour la société de soumissionner à des appels d'offres³⁸⁹ ou de rentrer dans des pourparlers devant aboutir à des actes non conformes à l'objet social. En effet, au lancement des appels d'offres, la non-conformité de l'objet social au marché ouvert à candidatures, empêche le dirigeant d'y engager la société. L'objet social se postule en un élément qui fonde l'auto-exclusion de la société des offres qui ne lui sont pas conformes. De même, la société ne peut accepter une offre de franchise ou de concession qui lui est faite, lorsque son objet social n'est pas identique à celui de son pollicitant. Ainsi, malgré le gain que la société peut tirer des offres qui lui sont faites, le dirigeant social ne peut-il l'y engager, lorsque ces offres n'entrent pas dans l'objet social. Ces cas sont révélateurs des limites de la rigidité du statut des dirigeants au détriment même de la société, les pouvoirs ne pouvant donc subir d'infléchissements dans l'intérêt de la société.

143. Sous un autre angle, l'objet social oblige la société à limiter ses relations contractuelles à un secteur d'activité infranchissable par le dirigeant dans ses actes. Or, aucun secteur n'est pas à l'abri de dégradation sous

³⁸⁹ En droit administratif, « l'appel d'offre est une procédure de passation des marchés publics comportant, de la part de l'administration, un appel à ses éventuels contractants pour que ceux-ci fassent des offres entre lesquelles elle choisit librement celle qui lui paraît la plus intéressante, en tenant compte non seulement du prix, mais aussi d'autres considérations telles que la valeur technique, les garanties professionnelles et financière des candidats ou le délai d'exécution ». En droit civil, « l'appel d'offre est un procédé de mise en concurrence des entrepreneurs, encore appelés soumission, consistant pour le maître de l'ouvrage à inviter les entrepreneurs à proposer un prix, en s'engageant, en principe, à traiter avec celui qui offrira le plus bas » (G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, op. cit., p. 61).

l'effet d'une crise financière et économique³⁹⁰ ou de se voir ravir l'essor par un autre secteur dont l'expansion serait due à la commercialisation de nouveaux produits mieux agréés par la clientèle, grâce à l'évolution des techniques innovantes. En ce qui concerne la crise financière et économique, les banques peuvent se retenir d'octroyer des crédits aux sociétés dont l'objet social les confine dans un secteur d'activité qui inspire peu confiance et où les difficultés pour la société à rembourser convenablement les prêts sont perceptibles. Le dirigeant social serait donc limité dans ses initiatives à cause de l'objet de la société limité à un tel secteur. Il ne peut le dépasser, même si l'amélioration de la situation de la société nécessite qu'il l'engage en dehors de son secteur d'activité. Quant à l'essor d'autres secteurs grâce à la commercialisation de nouveaux produits issus des techniques innovantes, il peut s'en suivre une perte de clientèle par la société. En conséquence, l'effet de cette perte de clientèle est la diminution du chiffre d'affaire. Les pertes comptables sont inévitables. La limitation des pouvoirs du dirigeant au secteur d'activité dont la dégradation est réelle devient un handicap insurmontable pour le dirigeant soucieux d'engager la société dans un autre secteur plus favorable à la santé financière de la société.

144. Devant ces situations qui, soit présentent un avantage pour la société auquel elle ne peut accéder, soit lui sont défavorables, le dirigeant ne peut prendre des initiatives personnelles en dehors de l'objet social. Tout acte pris au-delà de l'objet social n'engage pas la société. Si au contraire le dirigeant prend des actes qui dépassent l'objet social et qui préjudicient aux droits des tiers, il sera confronté à l'inopposabilité de ces actes à la société. Les tiers ne peuvent qu'engager la responsabilité personnelle du dirigeant qui a ainsi outrepassé ses pouvoirs. De son côté, la société ne peut se prévaloir d'un droit susceptible de provenir d'un acte du dirigeant pris au-delà de son objet. Ces inconvénients sont propres à l'inflexibilité des pouvoirs des dirigeants des sociétés à risques illimités.

145. En définitive, la restriction des pouvoirs des dirigeants de sociétés à risques illimités par l'objet social, évite l'aggravation éventuelle de l'engagement primitif des associés. Même si elle milite en faveur des associés, elle enferme le dirigeant dans un secteur qui peut se révéler plus tard moins propice à la santé économique et financière pour la société. Cet inconvénient lié à l'inflexibilité des pouvoirs des dirigeants de sociétés à risques illimités peut être évacué par l'extension de l'objet social.

2. L'atténuation des nuisances par l'extension de l'objet social

146. La restriction de la liberté d'initiatives du dirigeant par l'objet social peut être résorbée par l'extension de l'objet social. Étant entendu que les pouvoirs de ces dirigeants dépendent de l'objet social, leur agrandissement est directement lié à l'extension de l'objet social. Cette extension peut se traduire, d'une part, par la création

³⁹⁰ V. M. GERMAIN, *La crise financière : aspects juridiques – Colloque du Magistère de juriste d'affaires-DJCE*, JCP éd. E 2009, 1569 ; W. KAHN, *Plan de relance aux Etats Unis : quel sort pour les investissements étrangers*, JCP éd. E 2009, 228 ; B. LEBRUN, *Crise financière et transparence*, JCP éd. E 2009, 1581 ; G. LECLAIR, *Impasses et crises au sein d'une société : quelques mesures pour en sortir*, JCP éd. E 2009, 2174 ; J.-D. LETOQUARD, *Une nécessaire évolution de la législation sur la solvabilité des institutions financières*, JCP éd. E 2009, 1579 ; L. LEVOYER, *Le plan de relance et les nouvelles conditions de financement des PPP*, JCP éd. E 2009, 1688 ; P. MORVAN, *La fin des bonus discrétionnaires ou l'égalité par le bas*, JCP éd. E 2009, 1558.

directe de succursales ou pour remplacer un bureau de représentation et, d'autre part, par la désécialisation du fonds de commerce exploité par la société. Nous estimons que le bureau de représentation institué par l'AUSCGIE révisé ne peut servir efficacement à l'extension de l'objet social, car il n'est pas doté d'autonomie de gestion comme la succursale.

147. La diversification des activités des sociétés à risques illimités par l'ouverture de succursales peut servir à étendre les pouvoirs des dirigeants. Selon l'article 116 de l'AUSCGIE, « *la succursale est un établissement commercial ou industriel ou de prestation de services, appartenant à une société ou à une personne physique et doté d'une certaine autonomie de gestion* ». Elle n'a pas de personnalité juridique autonome, distincte de celle de la société qui l'a ouverte. Les droits et obligations qui naissent à l'occasion de son activité ou qui résultent de son existence sont compris dans le patrimoine de la société³⁹¹. La succursale peut être créée pour remplacer un bureau de représentation. Selon l'article 120-1 alinéa 1^{er} de l'AUSCGIE révisé, « *Le bureau de représentation ou de liaison est un établissement appartenant à une société et chargé de faire le lien entre cette dernière et le marché de l'Etat partie dans lequel il se situe. Il n'est pas doté d'une autonomie de gestion et n'exerce qu'une activité préparatoire ou auxiliaire par rapport à celle de la société qui l'a créé* ». Cette nouvelle institution du législateur de l'OHADA peut être exploitée pour préparer le terrain à la création d'une succursale³⁹² pour que la structure ait une autonomie de gestion qui lui manquait.

Les pouvoirs du gérant de la société s'étendent sur toutes les activités de la succursale créée. En principe, la succursale doit accomplir des opérations de même nature que le siège, ou tout au moins conforme à l'objet de la société³⁹³. Cette identité d'activités a été plusieurs fois rappelée par la jurisprudence³⁹⁴. Mais lorsqu'une activité est exclue de l'objet social en raison du fait qu'elle ne peut prospérer dans la zone géographique du siège, alors qu'une autre zone en est favorable, la société peut décider de l'exploiter à travers l'implantation d'une succursale. Il s'agira de modifier l'objet social pour prendre en compte cette activité. Elle sera donc exercée par la société à partir de sa succursale. La connexion de l'activité complémentaire à l'activité primaire de la société accroît l'étendue de l'objet social primaire et par conséquent celle des pouvoirs du dirigeant. Les succursales peuvent être nombreuses et vont ainsi donner lieu à une entreprise à succursales multiples³⁹⁵.

³⁹¹ Art. 117 de l'AUSCGIE.

³⁹² Conformément à l'art. 120-5 al. 1^{er} de l'AUSCGIE révisé, « *si l'activité du bureau de représentation justifie qu'il soit transformé en succursale, une demande de rectification au registre du commerce et du crédit mobilier doit être formulée dans les trente (30) jours suivant un tel changement de situation* ».

³⁹³ M. CABRILLAC, *Succursales*, *J. Cl.* 1991, *Fasc.* 28, n° 35, p. 6.

³⁹⁴ Cass. civ., 7 déc. 1886, *S.* 1987, 1, 70 ; *DP.* 1887, 1, 101 ; Civ. 5 déc. 1949, *D.* 1950, 191 ; Cass. com. 6 nov. 1951, *D.* 1952, 58 ; Trib. Civ. Grasse, 10 janv. 1950, *D.* 1950, 291 ; Agen, 5 avr. 1950, *D.* 1950, *Somm.* 46 ; Rennes, 30 mai 1950, *D.* 1951, *Somm.* 5.

³⁹⁵ V. Civ. sect. Com. 6 nov. 1951, *D.* 1952, 58 ; Civ. 2 févr. 1949, *Gaz. Pal.* 1949, 1, *Somm.* 18 ; Trib. Lyon, 25 mars 1949, *D.* 1949, *Somm.* 39. Cf. aussi PEYTEL et HEYMANN, *Les établissements à succursales multiples*, *Gaz. Pal.* 1949, 2, *doctr.* 30 ; GODON, *La notion juridique de succursale*, thèse Paris, 1944 ; CHARRIER, *Les sociétés à succursales multiples devant les lois commerciales et fiscales*, thèse Toulouse, 1938 ; BROALLIER, *Les succursales des établissements industriels et commerciaux*, thèse Lyon, 1926.

148. Le principe de l'identité d'activités entre les succursales et la société n'est pas obligatoirement applicable aux activités entre succursales elles-mêmes appartenant à la même société. Ainsi, les succursales peuvent-elles exercer des activités non identiques à la seule condition qu'elles entrent dans l'objet social de la société. La multiplicité de ces activités agrandit le cercle d'exercice des pouvoirs des dirigeants. Il est vrai que chaque succursale est autonome³⁹⁶ et dirigée par un préposé investi du pouvoir de traiter avec les tiers, mais ce préposé demeure dans les liens de subordination à l'égard du dirigeant. Ce préposé est assimilable à un directeur technique ; il est uni à la société par un contrat de travail. Il doit agir sous le contrôle du dirigeant qui demeure le chef de l'entreprise à succursales multiples. Ainsi donc, la multiplication des succursales provoquant l'extension de l'objet social est un moyen permettant d'étendre la capacité juridique des sociétés à risques illimités. En conséquence, les pouvoirs des dirigeants de ces sociétés s'élargissent.

149. Aussi, la déspecialisation du fonds de commerce de la société à risques illimités est-elle un autre moyen susceptible d'étendre les pouvoirs de leurs dirigeants. La société peut opter pour un mode d'exploitation directe de son fonds de commerce³⁹⁷. Elle peut aussi décider de créer de nouveaux fonds ou d'étendre l'activité du ou des fonds déjà existants. Le principe de la déspecialisation se dégage de l'article 113 alinéa 3 de l'Acte uniforme relatif au droit commercial général. Ce texte reconnaît au commerçant le droit à la déspecialisation à la seule limite que, « *en cas de préjudice pour le bailleur, le preneur risque une sanction explicite, la résiliation du bail, ou une sanction implicite, le refus de renouvellement sans indemnité* »³⁹⁸.

150. La société a l'option entre la déspecialisation restreinte ou la déspecialisation plénière. La déspecialisation restreinte permet au locataire d'ajouter à l'activité prévue dans le bail, des activités connexes ou complémentaires. Au contraire, la déspecialisation plénière consiste pour le locataire à exercer une ou plusieurs activités différentes de celles prévues au bail. Cette opération se justifie par la conjoncture économique et les nécessités de l'organisation rationnelle de la distribution³⁹⁹. Même si le commerçant est propriétaire de l'immeuble qui abrite le fonds, il peut toujours agrandir l'activité réalisée. L'extension des activités par l'opération de la déspecialisation nécessite la modification de l'objet social de la société propriétaire du fonds. Cette adjonction d'activités complémentaires ou de changement complet d'activités emporte simultanément l'extension des pouvoirs des dirigeants, car plus l'objet social des sociétés à risques illimités s'élargit, plus les pouvoirs de leurs dirigeants s'accroissent. Ceux-ci sont ainsi légalement habilités, une fois que l'objet social modifié a été publié, à agir dans le cadre de la dimension nouvelle des activités qui peut couvrir des secteurs qui lui étaient interdits par le contenu antérieur de l'objet social.

³⁹⁶ BRUZIN, *De l'idée d'autonomie dans la conception juridique de la succursale*, JCP 1946, éd. G, I, 567.

³⁹⁷ Art. 106 al. 2 de l'AUDCG.

³⁹⁸ A. P. SANTOS, *OHADA, Traité et Actes uniformes commentés et annotés, Acte uniforme relatif au droit commercial général*, 3^e éd. Juriscope, 2008, p. 246.

³⁹⁹ E. Du PONTAVICE et J. DUPICHOT, (sous la dir. de M. de JUGLARD et B. IPPOLITO), *Traité de droit commercial*, t. 1, 4^e éd., Montchrestien, 1988, n° 188-2, pp. 738-739.

L'extension de l'objet social des sociétés à risques illimités à l'issue de la multiplication des succursales ou des fonds de commerce fait accroître le domaine de compétence de ces sociétés. Les dirigeants connaissent par conséquent un élargissement de leurs pouvoirs. Cette extension de l'objet social doit tenir compte des secteurs rentables pour la société en vue d'assurer un gain aux associés. Ceux-ci disposent ainsi des moyens par lesquels ils peuvent évacuer l'inconvénient à la restriction de la liberté d'initiative des dirigeants. Mais dans certaines entreprises, les dangers liés à l'inflexibilité du statut des dirigeants sont plus graves.

§ 2. L'aggravation des nuisances

151. L'omnipotence des dirigeants découle de l'inflexibilité de leurs pouvoirs. Elle connaît une certaine accentuation dans certains groupements particuliers que sont la société unipersonnelle et les groupes de sociétés. S'agissant de la société unipersonnelle, son institution est venue bouleverser la conception traditionnelle de la société selon laquelle la société est un contrat⁴⁰⁰. La société peut donc être constituée par une seule personne⁴⁰¹ qui concentre tous les pouvoirs de décision entre ses mains. Il est évident que ce type de société est institué pour résoudre le problème de la crise de l'entreprise privée en Afrique⁴⁰². Le législateur s'est inspiré de la thèse des partisans de la nature fonctionnelle de la société selon laquelle la société n'est qu'une structure d'accueil de l'entreprise⁴⁰³ ; mais la prise en compte de l'existence de l'entreprise n'a pu enterrer la conception classique de la société⁴⁰⁴. Mis à part le débat sur la nature de la société, dans cette entreprise unipersonnelle, l'omnipotence du dirigeant est accentuée lorsque l'associé décide de diriger personnellement la société. Il est le seul maître de la société. En plus des pouvoirs de direction, il a les pouvoirs de l'assemblée générale. Il ne peut redouter une quelconque révocation⁴⁰⁵. En ce qui concerne les groupes de sociétés, ils ne sont pas des sociétés. Mais ils forment un groupement dont les pouvoirs de contrôle sont concentrés entre les mains de la société mère⁴⁰⁶. L'omnipotence de la société mère, dirigeante des autres sociétés du groupe, est très accentuée en raison de ses pouvoirs solitaires à pouvoir substituer son intérêt à celui des sociétés qu'elle contrôle à chaque fois que se manifeste une opposition ou une contradiction entre ces deux intérêts⁴⁰⁷.

152. Ces pouvoirs exorbitants du dirigeant dominant dans ces groupements particuliers porte des risques tant pour la société unipersonnelle elle-même (A) que pour les sociétés contrôlées dans un groupe (B).

⁴⁰⁰ J. PAILLUSSEAU, *Le big bang du droit des affaires à la fin du XX^e siècle (ou les nouveaux fondements et notions du droit des affaires)*, JCP 1988, p. 3330.

⁴⁰¹ Art. 5 de l'AUSCGIE.

⁴⁰² Y. AGNINA, *La société unipersonnelle : une solution à la crise de l'entreprise privée en Afrique ? Une lecture critique de l'acte uniforme de l'OHADA relatif au Droit des Sociétés Commerciales et GIE*, préc. n° 5 et s.

⁴⁰³ J. PAILLUSSEAU, *Les fondements du droit moderne des sociétés*, JCP 1984, 3148 ; *La modernisation du droit des sociétés commerciales « Une reconception du droit des sociétés commerciales »*, D. 1996, p. 287.

⁴⁰⁴ J. TERRAY, *La société : une tradition bien vivante*, JCP 1984, 3154.

⁴⁰⁵ V. *infra* n° 744-747, 752-756.

⁴⁰⁶ Selon l'article 173 de l'AUSCGIE, « un groupe de société est l'ensemble formé par des sociétés unies entre elles par des liens divers qui permettent à l'une d'elles de contrôler les autres ». Cf. M. KONE, *La notion de groupe de société en droit de l'OHADA*, *Penant* 2006, n° 856, p. 285 ; M. NDAYE MBAYE, *Les groupes de sociétés dans l'organisation pour l'harmonisation de droit des affaires (OHADA)*, *Penant* 2004, n° 848, p. 281.

⁴⁰⁷ J. PAILLUSSEAU, *La cession de contrôle*, JCP 1986, I, 3224, n° 83.

A. L'aggravation par l'hyper-pouvoir du dirigeant associé unique

153. La concentration de tous les pouvoirs sur la tête du dirigeant associé comporte des risques certains pour la société. Ces risques dont les manifestations sont variées (1) sont favorisés par le défaut de contrôle (2).

1. Les causes de l'aggravation

154. Tout comme les autres sociétés à risques limités, la société unipersonnelle est exposée à subir les conséquences négatives des actes des dirigeants pris en dehors de l'objet social. Ces risques sont susceptibles d'être aggravées à cause du défaut tant de contrôles internes (a) que de contrôles externes (b).

a. Le défaut de contrôles internes

155. Les actes du dirigeant associé unique échappent à tout contrôle interne puisque la société ne compte pas plus d'un associé. Il n'y a donc pas un autre associé pouvant effectuer un tel contrôle. Cela étant, les actes du dirigeant sont à l'abri de contrôles internes.

156. En principe, les associés non dirigeants ont le droit de regard et de contrôle sur la gestion sociale⁴⁰⁸. Le contrôle contribue à la protection en particulier des minoritaires⁴⁰⁹ et en général de la société⁴¹⁰ et constitue un contre-pouvoir puissant⁴¹¹. Le contrôle par voie d'alerte est facilité par les documents relatifs à la gestion⁴¹² communiqués aux associés leur permettant d'exercer un contrôle de fond sur la gestion en vue de débusquer les déviances des dirigeants. Au même chapitre, le contrôle collectif est mise en œuvre à travers l'exercice du droit politique des associés en vertu de leur qualité de citoyens de cette cité qu'est la société⁴¹³. Cette citoyenneté leur donne le droit intangible de voter⁴¹⁴ sur tout sujet qui relève de la compétence de l'assemblée générale. En assemblée, les associés influencent la gestion en approuvant ou désapprouvant les actes des dirigeants.

157. Cependant, dans la société unipersonnelle dont la direction est assurée par l'associé, le contrôle individuel fait défaut faute de coassociés. L'associé unique dirigeant ne peut se contrôler soi-même. Il ne peut être juge et partie. Il ne peut dénoncer, en vertu de sa qualité d'associé, les actes qu'il a accomplis

⁴⁰⁸ Par ex, V. C. CHOUKROUN, *Les droits des associés non gérants dans les sociétés à responsabilité limitée*, préf. A. AMIAUD, Bibl. dr. pr., t. 3, LGDJ, 1957 ; A. VIANDIER, *La notion d'associé*, th. Rouen, LGDJ, 1978 ; A.-M. CARTRON et B. MARTOR, *L'associé minoritaire dans les sociétés régies par le droit OHADA*, Cah. dr. entr. n° 1, Janvier 2010, dossier 2.

⁴⁰⁹ J.-Ph. DOM, *La protection des minoritaires*, Rev. sociétés 2001, p. 533.

⁴¹⁰ M.-A. NJANDEU née MOUTHIEU, *Quelques mécanismes juridiques concourant à la protection de la société, entité économique, dans l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique (AUSC)*, Revue africaine des sciences juridiques 2008, Vol. 5, n° 1, 129.

⁴¹¹ A.-M. CARTRON et B. MARTOR, *L'associé minoritaire dans les sociétés régies par le droit OHADA*, Cah. dr. entr. n° 1, Janvier 2010, dossier 2.

⁴¹² L'examen des documents relatifs à la gestion recouvre deux modalités de droit à l'information des associés. Il s'agit, d'un côté, du droit de consulter au siège social deux fois par an, tous les documents et pièces comptables. Ce droit ne souffre d'aucune limite dans la SNC (v. art. 289 de l'Acte uniforme). Toutefois, il est limité dans les SARL et les sociétés anonymes, les documents susceptibles d'être communiqués étant limitativement énumérés et ne pouvant concerner que les trois derniers exercices (art. 345 al. 6 de l'Acte uniforme pour la SARL, art. 526-1 concernant la SA). De l'autre, les associés ont le droit d'obtenir communication des comptes sociaux et du rapport de gestion avant l'assemblée générale annuelle d'approbation de ces comptes.

⁴¹³ M. COZIAN, A. VIANDIER et Fl. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, 23^e éd., Litec, p. 178, n° 310.

⁴¹⁴ J. BERTREL, *Droit des sociétés, in Droit de l'entreprise, L'essentiel pour comprendre*, Lamy, 2002, n° 2-175, p. 233.

personnellement en qualité de dirigeant. Cette situation favorise l'exposition de la société des risques d'abus dans la gestion. De même, le contrôle collectif est inenvisageable faute de coassociés. Il ne peut critiquer objectivement ses propres actes. Du moment où il se voit dévolu le rôle de l'assemblée générale, il ne fait aucun doute qu'il peut faire passer toutes les résolutions se rapportant à sa gestion. Par-là, le contrôle collectif est noyé dans la volonté de l'associé unique. Dès lors, tous les actes peuvent être approuvés, même s'ils sont contraires à l'intérêt social. Cette situation peut indéniablement favoriser l'aggravation des risques auxquels la société est déjà exposée. Le défaut de contrôle ne se situe pas exclusivement sur le plan interne. Il est aussi évident sur le plan externe lorsque la société est unipersonnelle.

b. Le défaut de contrôles externes

158. Le contrôle est externe lorsqu'il est assuré par des organes étrangers à ceux de la société. Il peut s'agir d'un contrôle par ministère d'un expert de gestion ou d'un commissaire aux comptes. Mais dans une société unipersonnelle où la direction est assurée par l'associé unique, l'expertise de gestion est exclue faute de demandeur en raison de l'absence de coassociés (i). De même, à l'exception des sociétés anonymes unipersonnelles où la désignation d'un commissaire aux comptes est obligatoire, cette désignation n'est exigée dans la SARL que lorsque certains critères sont remplis. Ce qui voudra dire que la SARL unipersonnelle peut fonctionner sans la nomination d'un commissaire aux comptes (ii).

i. Le défaut de contrôle par expertise de gestion

159. Les associés disposent du droit d'exiger une expertise de gestion lorsqu'ils soupçonnent des anomalies dans les opérations de gestion. L'expertise de gestion est une institution qui a une histoire qui mérite d'être retracée. En effet, elle était inconnue du droit français avant la loi du 24 juillet 1966. C'est avec l'avènement de cette loi qu'elle fut instituée mais sous le nom d'expertise de minorité⁴¹⁵. A ce stade, elle n'était à la disposition que des actionnaires minoritaires de la société anonyme et de la société en commandite par actions selon les dispositions l'article 226 de ladite loi. Ce n'est qu'avec la loi n° 84-148 du 1^{er} mars 1984 que le législateur français, en considération des critiques de la doctrine⁴¹⁶ sur la mise en œuvre cette expertise et sur le caractère grave de l'intervention du juge dans les affaires sociales⁴¹⁷, apporta des correctifs à l'expertise de minorité. Ces correctifs étaient de deux sortes : d'une part, le législateur étendit la demande d'expertise à toutes les formes sociales et débaptisa l'expertise de minorité en expertise de gestion en raison du fait qu'elle est désormais mise à la disposition, non seulement des associés minoritaires, mais aussi du ministère public, du comité d'entreprise et, si la société fait appel public à l'épargne, de la commission des opérations de bourse⁴¹⁸.

⁴¹⁵ Cf. CONTIN et HOVASSE, *L'expert de minorité dans les sociétés par action*, D.S., 1971, chron., p. 75 ; L. BOY, *Réflexions sur le sort de l'expertise de minorité*, D.S., chron. 79.

⁴¹⁶ Cf. CONTIN et HOVASSE, *L'expert de minorité dans les sociétés par action*, préc. ; Y. Chartier, *L'expertise de l'article 226*, JCP 1972, I, 2507 ; L. BOY, *Réflexions sur le sort de l'expertise de minorité*, D.S., chron. 79..

⁴¹⁷ C. CHAMPAUD et D. DANET, obs. dans *RTD com.* 2005, p. 744.

⁴¹⁸ V. J. PAILLUSSEAU, *La nouvelle société par actions simplifiées, le big-bang du droit des sociétés*, préc., p. 433 et s.

160. Cette expertise commerciale⁴¹⁹ fut importée par le législateur de l'OHADA pour renforcer le contrôle des associés sur les opérations des dirigeants. Au-delà de son tiraillement entre deux thèses⁴²⁰, l'expertise de gestion est destinée à provoquer l'information lorsqu'elle est retenue⁴²¹ et à éclairer les associés sur les opérations de gestion, lorsque les informations sont insuffisamment données par les dirigeants. C'est un produit du développement des référés d'injonction de faire en droit des sociétés⁴²². Au risque de perdre leur pouvoir, les dirigeants tentent de camoufler leurs actes déloyaux en exécutant « *partiellement l'obligation d'informer les associés, ou chose plus grave encore en, d'induire ces derniers en erreur en mettant en œuvre des artifices qui*

⁴¹⁹ Sur les expertises en générale, V. E. JEULAND, *L'expertise commerciale*, D. 2000, p. 209.

⁴²⁰ A la question de savoir si l'expertise de gestion est un mode subsidiaire d'information ou conditionné à l'épuisement infructueux des autres voies d'information deux thèses s'opposent. L'une soutient que l'associé intéressé par une expertise de gestion, ait au préalable saisi les dirigeants sociaux et que les réponses fournies à ses préoccupations n'aient suffi à le renseigner, ce qui devait avoir comme conséquence de s'assurer du sérieux de sa requête (V. Y. GUYON, *Les nouveaux aspects de l'expertise de gestion*, JCP éd. E, 1985, 14593, n° 6 ; Ph. DIDIER, *Les conditions de la désignation d'un expert de gestion*, obs. sous Com., 21 oct. 1977, *Revue des sociétés* 1998, p. 82 et s., n°14). Dans le même sens, un auteur relève que l'expertise de gestion « *ne peut être accueillie que façon exceptionnelle, notamment lorsque les intéressés, suspectant une ou plusieurs opérations de gestion, n'ont pu obtenir des informations par d'autres moyens* » (G. J. VIRASSAMY, *Les limites à l'information sur les affaires d'une entreprise*, RTD com. 1988, 183, n° 3). Selon cette thèse, l'expertise de gestion est un mode subsidiaire d'information des associés. La thèse opposée soutient le caractère autonome de l'expertise de gestion. Dans ce contexte, il est normal que l'associé puisse, en tant que besoin, actionner concomitamment les moyens légaux ou statutaires d'information (F. ANOUKAHA et alii, *OHADA, Sociétés commerciales et GIE*, Bruylant, Bruxelles, 2002, p. 174, n° 261 ; J. MOURY, *Expertise de gestion, à concurrence indélicat de l'article 145 du nouveau code de procédure civile*, Mélanges JEANTIN, Dalloz, Paris 1999, n° 11). Face aux deux tendances, les juridictions françaises du fond ont admis la thèse du caractère subsidiaire de l'expertise (Douai, 10 juill. 1970, *Rev. sociétés* 1971, p. 662 ; Rennes, 22 mai 1973, *RTD com.* 1973, p. 820, obs. HOUIN ; Paris, 12 janv. 1977, *JCP* 1978, II, 18823, note CHARTIER ; Paris, 22 juin 1978, *Rev. sociétés* 1979, p. 333, note CHARTIER), confortée par l'exigence de la preuve que les associés ont tenté vainement de mettre en œuvre les moyens normaux d'information (Trib. com. Rouen, 30 avr. 1971, *Rev. sociétés* 1971, p. 562 ; Versailles, 27 sept. 1985, *Les Petites Affiches* 1986, n° 49, p. 16, note GUYENOT). Mais, la Cour de cassation française balaya cette thèse et trancha en faveur de l'autonomie de l'expertise de gestion dans l'arrêt *Duquesne* (Cass. com., 15 juillet 1987, *JCP éd. E*, 1987, I, 16959, obs. A. VIANDIER et J. J. CASSAIN ; *RTD com.* 1988, p. 75, obs. Y. REINHARD) puis dans l'arrêt *Société des amortisseurs de Carbon* (Cass. com., 21 oct. 1997, *RTD com.* 1998, p. 171, obs. B. Petit ; *Revue sociétés* 1998, p. 82 et s., note Ph. DIDIER) où elle relève sans équivoque que « *le texte susvisé ne subordonne pas la mesure sollicitée à la preuve de l'épuisement par le demandeur de tous les autres moyens d'information* ». Cette position des juges de droit français est partagée par les juridictions des États parties au traité de l'OHADA, comme en témoigne l'ordonnance du président du tribunal hors classe de Dakar qui a pu ordonner une expertise de gestion en dépit de l'argument du gérant destiné à y faire échec qu'il a constamment mis à la disposition du requérant le livre journal retraçant dans le plus grand détail les opérations effectuées quotidiennement au de la société (TRHC Dakar, ord. n° 1671, 23 déc. 2002, *Abdoulaye Ndiaye et autres c/ Ndiouga Lo*, www.ohada.com, J-03-186). C'est aussi le cas de l'espèce Société continentale des pétroles et d'investissements et autres contre l'État béninois où les appelants s'opposaient à une ordonnance du juge des référés en arguant que ce dernier n'aurait jamais dû autoriser une instruction sans que le requérant ait rapporté la preuve d'avoir vainement utilisé les moyens sociaux mis à sa disposition par la loi, la Cour d'appel de Cotonou rappela que « *l'expertise de gestion est la possibilité offerte aux associés, mêmes minoritaires, qui représente une fraction raisonnable du capital social, de faire une enquête sur une plusieurs opérations de gestion, enquête destinée à renforcer le droit des associés de contrôler la gestion d'une société* » (CA Cotonou, arrêt n° 256 / 2000 du 17 Août 2000, affaire Société continentale des pétroles et d'investissements, *M. Séfou Fagbohoun, Sonacop c/ Etat béninois*, in *OHADA Jurisprudences nationales*, n° 1, décembre 2004, p. 82).

⁴²¹ Sur la question devoir d'information des dirigeants, V. not. I. URBAIN-PARLEANI, *Les nouvelles obligations d'information des dirigeants envers les actionnaires*, *Rev. Sociétés*. 2003, p. 788 et s. ; J-P DOM, *La protection des minoritaires*, *Rev. sociétés*, p. 544 et s. Cependant, certaines limites à l'information sont admises eu égard à l'environnement concurrentiel dans lequel chaque entreprise se trouve. Sur le sujet, cf. G. J. VIRASSAMY, *Les limites à l'information sur les affaires d'une entreprise*, préc., p. 179.

⁴²² Sur la question, cf. F. MANIN, *Les incertitudes du référé injonction de faire en droit des sociétés*, *Rev. sociétés* 2004, p. 1 ; D. MARTIN et G. BUGÉ, *L'intérêt social dans le contentieux des ordonnances sur requête, en référé et en la forme des référés*, *RTD com.* 2010, p. 481. Étant profanes au sujet des opérations comptables, les associés, exception faite de ceux qui ont été dirigeants ou disposent des compétences avérées et expériences en matière d'expertise comptable, ne peuvent avoir une lecture nette des actes des dirigeants et faire un diagnostic fiable de la situation patrimoniale de la société sur la base des informations portées à leur connaissance qu'avec l'aide d'un expert dans le domaine.

vont aboutir à biaiser les informations disponibles »⁴²³. L'expertise de gestion vient redresser la vérité au regard de certains actes des dirigeants qu'ils auraient camouflés aux associés⁴²⁴.

161. Cependant, dans une société unipersonnelle dont la direction est assurée par l'associé unique, l'expertise de gestion est inenvisageable, faute de demandeur. En effet, la société étant unipersonnelle, il n'existe pas de demandeur potentiel d'expertise de gestion en dehors de l'associé unique. Or, il est inespéré que l'associé unique demande une expertise de gestion contre ses propres actes accomplis en sa qualité de dirigeant. Par conséquent, l'expertise de gestion est exclue dans ce contexte. Cette exclusion met les actes de gestion de l'associé unique à l'abri de toute expertise. Le dirigeant associé unique est immunisé contre la provocation d'informations au sujet de ses actes de gestion par un expert de gestion. Une telle immunité peut lui permettre d'accomplir tout acte sans tenir compte de l'intérêt social. La société est donc exposée aux conséquences des actes nuisibles du dirigeant sans pour autant qu'elle puisse s'en défendre faute de coassociés pouvant les critiquer et contribuer à les limiter. Ainsi, non seulement la responsabilité de la société est étendue au-delà de l'objet social, mais aussi, ses conséquences peuvent être aggravées par la liberté des dirigeants d'accomplir des actes sans craindre un quelconque contre-pouvoir. Ce défaut de contrôle externe par ministère d'expert de gestion peut s'accompagner dans certaines sociétés unipersonnelles du défaut d'un contrôleur légal dont la nomination n'est pas toujours obligatoire.

ii. Le défaut d'un contrôleur légal dans certaines sociétés unipersonnelles

162. En plus du contrôle interne exercé par les associés, le législateur a soumis les actes des dirigeants à un contrôle exercé par une institution externe à la société : c'est le commissaire aux comptes. Le commissaire aux comptes est investi de pouvoirs légaux de contrôle sur lesquels ni la volonté privée, ni le pouvoir judiciaire n'a

⁴²³ S. S. KUATE TAMEGHE, *Quelques ambiguïtés de l'expertise de gestion dans l'Acte uniforme OHADA relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique*, in Recueil d'Études sur l'OHADA et l'UEMOA, Vol. 1, Coll. Horizons Juridiques Africains, PUAM, 2010, p. 154.

⁴²⁴ Contribuant à la transparence de la gestion, l'expertise de gestion constitue efficacement un dispositif dissuasif des actes malhonnêtes des dirigeants. Il permet de prévenir les actes malveillants des dirigeants afin de traiter plus tôt les difficultés prévisibles et d'éviter à la société une disparition indépendante de la volonté des associés. La mise en place du dispositif d'expertise est un signe de la volonté du législateur d'exiger indirectement la transparence, la fidélité et la sincérité dans leur gestion. Implicitement, les dirigeants sont conviés à remplir loyalement leur devoir conformément à la loi et les statuts afin de mériter la confiance des associés et d'être à l'abri de toute sanction. Par ailleurs, à la différence du droit de l'OHADA, le législateur français a mis à la disposition des associés en plus de l'expertise de gestion, l'expertise *in futurum* fondée sur l'article 145 du NCPC, qui permet d'obtenir du Président du tribunal, que soit ordonnée une expertise avant tout procès « *s'il existe un motif légitime de conserver ou d'établir avant tout procès la preuve de faits dont pourrait dépendre la solution du juge* ». A la différence de l'expertise de gestion, la recevabilité de la demande l'expertise *in futurum* est indifférente au montant de la participation au capital social de l'associé intéressé. En outre, tandis que l'expertise de gestion est demandée dans l'intérêt de la société et que le rapport de l'expert connaît en conséquence une large diffusion, l'expertise *in futurum* est sollicitée dans l'intérêt du demandeur et que le rapport de l'expert ne reçoit pas alors la même diffusion. Il est seulement remis au demandeur et au défendeur car il a pour objet de réunir des preuves dans la perspective d'un procès futur. A cet effet, le professeur URBAIN-PARLEANI releva que l'expertise de gestion a une fonction d'information alors que l'expertise *in futurum* a une fonction probatoire, mais que ces deux expertises aboutissent à l'obtention de d'information (I. URBAIN-PARLEANI, *L'expertise de gestion et l'expertise in futurum*, *Rev. sociétés* 2003, p. 223). Sans conteste, l'expertise *in futurum* est admissible au rang des dispositifs destinés à dissuader les dirigeants de tout comportement déloyal, vu sa proximité avec l'expertise de gestion. Son importation dans le droit OHADA permettrait aux associés qui, ne pouvant pas demander une expertise de gestion en raison de leur participation insignifiante au capital social, d'y recourir afin d'être suffisamment éclairés sur la gestion et de faire débusquer les comportements déloyaux des dirigeants.

aucune emprise. Son extranéité par rapport aux organes internes de la société est une mesure tenant compte de sa profession libérale⁴²⁵ et d'une déontologie⁴²⁶ spécifique y relative destinée à lui assurer une indépendance⁴²⁷ dans sa mission. Dans sa mission de contrôleur légal, le commissaire aux comptes est habilité à révéler les irrégularités dans la gestion eu égard aux règles de la comptabilité, à certifier des comptes sociaux⁴²⁸, à alerter les dirigeants sur tout fait de nature à compromettre l'exploitation commune⁴²⁹ et à dénoncer les actes illicites incriminés par le droit pénal des affaires mais commis par les dirigeants⁴³⁰. Le contrôle assuré par le commissaire aux comptes permet théoriquement de prévenir toute atteinte des dirigeants à l'intérêt social.

163. En revanche, dans la SARL comme dans la SAS, la nomination d'un commissaire aux comptes n'est exigée que si certains critères sont exigés. Selon les article 376 alinéa 1^{er} de l'AUSCGIE révisé, « *Les sociétés à responsabilité limitée qui remplissent, à la clôture de l'exercice social, deux des conditions suivantes : 1°) total du bilan supérieur à cent vingt cinq millions (125.000.000) de francs CFA ; 2°) chiffre d'affaires annuel supérieur à deux cent cinquante millions (250.000.000) de francs CFA ; 3°) effectif permanent supérieur à cinquante (50) personnes ; sont tenues de désigner au moins un (1) commissaire aux comptes* ». L'article 853-13 alinéa 2 de l'AUSCGIE révisé exige soumet aux mêmes conditions la désignation obligatoire d'un commissaire aux comptes dans une SAS. Lorsque deux de ces critères ne sont réunis, la nomination d'un commissaire aux comptes est facultative.

La détention du capital social d'une SARL ou SAS par un seul associé offre peu de chance pour que ces critères soient réunis, car la société d'un seul associé aurait de modestes capacités financières et ressources humaines que si elle était ouverte à une pluralité d'associés. Dans ce contexte, ces sociétés unipersonnelles n'arrivent à réunir les conditions sus mentionnées, elles peuvent s'affranchir de toute désignation d'un commissaire aux comptes. Au regard de cette absence de contrainte pour la désignation d'un commissaire aux

⁴²⁵ Cf. J.-J. DAIGRE, *Le commissaire aux comptes demeure un professionnel libéral responsable*, note sous Cass. com., 23 mars 2010, *Rev. sociétés* 2010, p. 174.

⁴²⁶ Sur la question, v. not. Ph. MERLE et F. BOBET, *Toiletage du code de déontologie des commissaires aux comptes, Décret n° 2010-131 du 10 février 2010*, *Rev. sociétés* 2010, p. 207.

⁴²⁷ Le manquement du commissaire aux comptes à son obligation d'indépendance justifie son relèvement de ses fonctions : Cass. com. 10 juillet 2007, *Société JPA Midi-Pyrénées*, *Rev. sociétés* 2008, p. 146, note T. GRANIER ; Conseil d'Etat (sect.) 12 octobre 2009, n° 311641, *Petit, Rev. sociétés* 2010, p. 180, note T. GRANIER.

⁴²⁸ V. Art. 710 et 711 de l'AUSCGIE.

⁴²⁹ V. art. 151 et 152 de l'AUSCGIE. La mise en œuvre de la procédure d'alerte par le commissaire est mesure préventive contre la perpétration par le dirigeant des faits de nature à compromettre la continuité de l'exploitation. Cette procédure n'est pas, comme l'a relevé la Cour d'appel de Cotonou dans l'affaire Dame Karamatou IBIKOUNLE, « *la condition sine qua non à la prise de toute mesure urgente lorsque le commissaire aux comptes vient à relever les faits de nature à compromettre la continuité de l'exploitation* » (CA Cotonou, arrêt n° 178 / 99 du 30 sept. 1999, Affaire Dame Karamatou IBIKOUNLE c/ Sté CODA-BENIN et quater autres, OHADA Jurisprudences nationales, n° 1, déc. 2004, p. 72). Elle doit être distincte des faits découverts par le commissaire. Dans le même sens le professeur Reinhard releva que « *le déclenchement d'une procédure d'alerte constituant un événement distinct des faits qui l'ont motivé, l'information relative à ce déclenchement est de nature à constituer, en elle-même et indépendamment de celle relative à ces faits, une information privilégiée* » (A. LIENHARD, *Utilisation d'information privilégiée : déclenchement d'une procédure d'alerte*, note sous Com. 23 mars 2010, *Rev. sociétés* 2010, p. 174). La découverte de tels faits est en soi suffisante pour justifier la saisine du juge des référés (Sur la question, v. not. D. MARTIN, G. BUGE, *L'intérêt social dans le contentieux des ordonnances sur requête, en référé et en la forme des référés*, *RTD com.* 2010, p. 481) afin de provoquer l'éviction des dirigeant de la gestion par l'obtention de la désignation d'un administrateur provisoire pour le traitement des difficultés prévisibles auxquelles la société serait confrontée à cause des actes compromettants que le dirigeant a accomplis.

⁴³⁰ V. art. 716 al. 2 et 899 de l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales du GIE.

comptes, l'associé unique dirigeant peut s'abstenir d'en nommer un pour éviter de subir son contrôle sur ses actes. Il n'y aurait donc pas un organe externe susceptible de certifier les comptes sociaux, de dénoncer les irrégularités ou les actes délictueux commis par le dirigeant. Cette situation favorise l'abus de gestion aux dépens de la société. Elle est susceptible de favoriser une aggravation des risques auxquels la société est déjà exposée.

2. Les manifestations de l'aggravation

164. « *L'associé unique est titulaire de pouvoirs exorbitants du droit commun des sociétés commerciales* »⁴³¹. Lorsqu'il se fait confier la direction sociale⁴³², la société est exposée à une aggravation des risques éventuels faute de contre-pouvoirs. Des faits susceptibles de compromettre la société peuvent être perpétrés sans contrôle (1). Il en est de même pour les opérations de gestion dont les anomalies sont susceptibles d'être accumulées faute de contrôle (2).

a. L'exposition de la société aux faits compromettants du dirigeant

165. L'absence de coassociés rend inactive l'alerte sur les faits compromettants du dirigeant-associé unique pour l'entreprise. Or, certains faits des dirigeants, même s'ils sont considérés comme opportuns par eux-mêmes, peuvent se révéler nuisibles à la société. Cette nuisance ne peut être découverte que par une personne externe à la direction sociale, notamment les associés dans l'exercice de leur pouvoir d'intervention dans les affaires sociales. Mais lorsque le dirigeant est en même temps l'associé unique de la société, son aveuglement sur certains faits compromettants pour la société ne peut être relevé faute de co-associés. Pire, cet aveuglement peut favoriser la perpétration des faits compromettants pour la société. Ces faits susceptibles de dégrader la situation de la société et d'entraîner sa faillite ne sont pas identifiés pas par le législateur.

165 bis. Etant donné que le dirigeant est le chef de l'entreprise et qu'il a la prérogative de fixer son propre salaire en cas de contrat de travail avec la société, ce salaire peut s'avérer trop élevé en considération de la situation financière de la société. Les cautions, avals et garanties⁴³³ qu'offrent les dirigeants sociaux au nom de la société, ainsi que les conventions courantes⁴³⁴ dont la conclusion relève de la compétence de la direction centrale, peuvent se révéler compromettants pour l'entreprise. Le dirigeant pourra décider de la cession d'un actif de la société sans considérer son importance dans la production du résultat⁴³⁵, ce qui peut entraîner une

⁴³¹ F. MEMAN, *La société unipersonnelle dans le droit des sociétés commerciales OHADA : une législation à parfaire*, préc. p. 33.

⁴³² Dans la société à responsabilité limitée, l'associé unique a la faculté de se confier à lui-même la direction sociale ou à un tiers dès la création de la société (art. 323 de l'AUSCGIE). Mais dans la société anonyme unipersonnelle, sur le fondement de l'article 495 et 496 de l'AUSCGIE, l'actionnaire unique est obligé de diriger personnellement la société au moins deux ans dès sa création avant de d'opter pour la probation de son mandat ou le recours aux services d'un tiers pour la direction de la société.

⁴³³ Art. 506 et 449 et suivants de l'AUSCGIE.

⁴³⁴ R. VATINET, *Les dispositions du décret du 3 mai 2002 relatives aux conventions réglementées*, *Rev. sociétés*. 2002, p. 441.

⁴³⁵ G. TAORMINA, *Réflexions sur l'aggravation de l'engagement de l'associé*, op. cit., p.274.

diminution des rendements de la société. Aussi, peut-il s'agir des dépenses inutiles ou de l'acquisition à grand frais de nouveaux locaux⁴³⁶ ou équipements qui n'ont pas d'intérêt pour la société.

166. La solitude du dirigeant paralyse l'alerte sur ces faits faute de co-associés, quand bien même la production de ces faits compromettants sont avérés. Le dirigeant ne pouvant porter de jugement critique sur sa propre gestion, il n'est pas exclu qu'il puisse perpétrer ces faits en toute impunité. Même si la société peut s'offrir les services d'un commissaire aux comptes⁴³⁷ à qui la loi donne le pouvoir d'alerte, sa désignation n'est obligatoire que dans les SA. Dans les SARL et SAS unipersonnelles, elle est facultative⁴³⁸ sauf si certains critères sont remplis⁴³⁹. En fin de compte, la société unipersonnelle n'est pas à l'abri des faits susceptibles de compromettre sa continuité. La perpétration aveugle des faits compromettants peut entraîner la faillite de la société. Il n'est pas exclu que ce risque soit accompagné de celui consistant pour la société à accumuler d'anormales opérations de gestion.

b. Le risque d'accumulation d'opérations anormales de gestion

167. Faute de coassociés, la société unipersonnelle court le risque d'être compromise par l'accumulation d'opérations anormales de gestions sans contrôle. Contrairement aux faits de nature à compromettre, dont la détection est réalisée par les associés non dirigeants seuls ou avec assistance d'un expert-comptable ou d'un commissaire aux comptes, les actes anormaux de gestion sont relevés par un expert désigné par le juge saisi à cet effet. Cette saisine est paralysée faute de coassociés.

168. Il est impossible d'affirmer sans réserve qu'une gestion assurée à une société soit exempte de reproches. Or, dans la société unipersonnelle, le doute sur la sincérité des opérations de gestion est d'autant plus admissible, étant donné que le dirigeant n'a de compte à rendre à personne et qu'il est libre de mener les opérations qui lui semblent opportunes. Mais que recouvre la notion d'opérations anormales⁴⁴⁰ de gestion ? Aucune définition n'en est donnée par le législateur. L'appréciation réelle de l'anormalité d'une opération de gestion est laissée à la libre appréciation des juges. Certes, la décision d'augmenter le capital social ne constitue

⁴³⁶ Cass. com. 4 oct. 1994, *Dr. sociétés* 1994, p. 207, obs. LE NABASQUE ; *Defrénois* 1995, p. 215, obs. LE CANNU ; V. A. PIROVANO, *La « boussole » de la société. Intérêt commun, intérêt social, intérêt de l'entreprise ?*, *D.* 1997, p. 194.

⁴³⁷ Cf. R. RICOL, *Rôle des commissaires aux comptes*, *Rev. sociétés*, 2003, p. 222 ; H. MATSOPOULOU, *Le renforcement de l'efficacité des contrôles effectués par le commissaires aux comptes*, *Rev. sociétés* 2003, p. 807 ; *Le renforcement de l'indépendance des commissaires aux comptes*, *Rev. sociétés*, 2003, p. 813.

⁴³⁸ Art. 376 al. 2 de l'AUSCGIE.

⁴³⁹ V. *supra* n° 163.

⁴⁴⁰ Les opérations anormales de gestion sont distinctes des actes anormales de gestion. Tandis que l'appréciation des opérations de gestion relève de la compétence des juridictions de l'ordre judiciaire, notamment la juridictions commerciales, celle des actes de gestion est de la compétence des juridictions de l'ordre administratif. C'est les associés minoritaires qui saisissent le juge pour la désignation d'un expert en vue d'obtenir un rapport sur une ou plusieurs opération de gestion du dirigeant, alors que c'est l'administration fiscale qui, de son côté, saisit le juge administratif pour apprécier les actes de gestion du dirigeant pour réduire les charges déductibles après la découverte d'acte anormaux de gestion, (Cf. INFOREG, *Comment apprécier le caractère normal ou anormal d'un acte de gestion ?*, *Cahiers de droit de l'entreprise*, n° 1, 2009, p. 56). Cet auteur qualifie d'anormal l'acte de gestion « qui met une dépense ou une perte à la charge de l'entreprise ou qui la prive d'une recette sans qu'il soit justifié par les intérêts de l'exploitation commerciale ».

pas une opération de gestion⁴⁴¹. Mais la jurisprudence nous renseigne sur des opérations ayant le statut d'opérations de gestion : l'expertise de gestion a été demandée pour la réalisation de l'audit d'une société aux fins de déterminer la valeur actuelle des actions et le montant réel des bénéfices dégagés puis la création de la société⁴⁴² ; la vérification de la régularité des transactions ayant entouré le rachat des actions d'une société par une autre et celle du mouvement des fonds entre les deux sociétés⁴⁴³ ; la vérification des comptes d'une société depuis sa création⁴⁴⁴. En droit français, la jurisprudence est abondante au sujet de l'expertise de gestion : constitue une opération anormale le fait pour un dirigeant social de faire bénéficier une autres entreprise dans laquelle il est intéressé des marchés passés avec la première⁴⁴⁵ ; la constitution d'une société aux Etats-Unis par certains associés d'une société française aux frais de celle-ci lorsqu'en l'absence d'explications suffisantes, un risque de transfert de technologie vers la nouvelle société planait⁴⁴⁶ ; l'achat d'un immeuble par l'actionnaire majoritaire d'une société anonyme⁴⁴⁷ ; la possibilité de soumettre une convention réglementée ayant reçu l'approbation de la collectivité des associés à une expertise de gestion⁴⁴⁸.

169. Ces opérations ne pourraient être révélées dans une société unipersonnelle dirigée par l'associé. L'intervention du juge dans les affaires sociales n'est donc pas envisageable. L'anormalité des opérations de gestion sera minimisée et négligée par le dirigeant. Pire, il aura une autosatisfaction de sa gestion, quand bien même il est probable qu'une expertise ferait jaillir des anormalités de sa gestion. Or, l'expertise de gestion constitue un outil privilégié d'une bonne gouvernance des entreprises⁴⁴⁹ et répond au souci d'accroître et de renforcer la transparence dans la gestion des sociétés commerciales⁴⁵⁰. Cependant, la banalisation par le dirigeant de l'anormalité susceptible d'entacher une opération et l'autosatisfaction qu'il a de sa gestion, sont à même de donner lieu à une accumulation d'opérations anormales. Cette accumulation n'est pas sans risque pour la société. Ses conséquences sur la situation financière et économique de la société sont indéniables notamment l'existence du spectre du risque de cessation des paiements et même de la faillite de la société. Les pleins pouvoirs du dirigeant associé unique sont assimilables à ceux du dirigeant dominant du groupe des sociétés même si les moyens de leur exercice abusif sont différents.

⁴⁴¹ Com., 25 sept. 2012, F-P+B, n° 11-18.312, *S^{te} René Péronnet viandes en gros c/ Péronnet*, *Rev. sociétés* 2013 p. 286, note J.-F. BARBIERI.

⁴⁴² TRHC de Dakar, ord. de référé, n° 901 du 9 août 1999, *Hassane Yacine c/ Sociétés des Nattes Industries, Ibrahima Yazback et autres*, *Ohadata*, J-02-198, obs. J. ISSA SAYEGH.

⁴⁴³ CA Cotonou, arrêt n° 256/2000 du 17 août 2000, *Affaire Société Continentale des Pétroles et d'Investissement, M. Séfou Fagbohoun, SONACOP, M. Cyr Koty c/ Etat Béninois*, *Ohadata* J-06-101.

⁴⁴⁴ TRHC de Dakar, ordonnance de référé, n° 1671 du 23 déc. 2002, *Abdoulaye Ndiaye c/ Ndiouga Lo*, *Ohadata* J-03-186.

⁴⁴⁵ Cass. com., 6 juillet 1982, *Rev. sociétés* 1983, p. 356 ; CA Paris, 12 mars 1986, inédit.

⁴⁴⁶ CA Toulouse, 19 mars 1998, *Juris-Data*, n° 0400478.

⁴⁴⁷ Cass. com., 10 févr. 1998, *Rev. sociétés*, 1998, n° 66, obs. D. VIDAL.

⁴⁴⁸ Cass. com., 5 mai 2009, *Rev. sociétés* 2009, p. 807, obs. L. GODON.

⁴⁴⁹ I. URBAIN-PARLEANI, *L'expertise de gestion et l'expertise in futurum*, préc., p. 223.

⁴⁵⁰ A. FOKO, *L'essor de l'expertise de gestion dans l'espace OHADA*, *Penant* 2009, n° 867, p. 178.

B. L'aggravation par la concentration des pouvoirs par le dirigeant dominant de groupes

170. Le passage d'une société sous le contrôle d'une autre, s'accompagne d'avantages indéniables pour la société contrôlée. Celle-ci bénéficie généralement de la lettre de confort de la société mère pour ses engagements à l'égard des tiers⁴⁵¹ et des soutiens financiers pour résoudre ses difficultés de trésorerie. Ces avantages ne peuvent éclipser le risque lié à la domination de la société mère qui concentre tous les leviers de pouvoirs dans le groupe. Ce risque peut consister en une confusion du patrimoine des sociétés du groupe au détriment des sociétés contrôlées (A) ou en leur fictivité par l'action du dirigeant dominant (B).

1. La confusion des patrimoines dans le groupe au détriment des sociétés contrôlées

171. En dépit de la personnalité juridique de chacune des sociétés appartenant à un groupe, il n'est pas rare de constater une confusion de leur patrimoine par le dirigeant dominant. Une telle confusion dont les caractéristiques sont propres (a) peut avoir des conséquences graves pour les sociétés contrôlées (b).

a. La caractérisation de la confusion de patrimoines

172. « La typologie des groupes de sociétés s'articule en droit des sociétés autour de trois pôles. Les groupes financiers reposent sur des liens en capital, les groupes personnels reposent sur la communauté d'associés ou de dirigeants, les groupes à structures contractuelles sont le plus souvent temporaires ou instaurent des collaborations plus prolongées mais partielles »⁴⁵². Ces différents critères qui peuvent donner naissance à un groupe de sociétés⁴⁵³ ne semblent pas tous admis par le droit OHADA des sociétés⁴⁵⁴ qui centralise le groupe autour de la notion de contrôle⁴⁵⁵. Ainsi, semblent être évincés les critères personnels et contractuels⁴⁵⁶. En d'autres termes, le contrôle est

⁴⁵¹ V. Ph. SIMLER, *Les solutions de substitution au cautionnement*, JCP 1990, éd. N, p. 389 ; B. OPPETIT, *L'engagement d'honneur*, D. S. 1979, chron. 107 ; R. BAILLOT, *Les lettres d'intention*, RTD com. 1992, p. 547.

⁴⁵² M.-E. BOURSIER, *Le fait justificatif du groupe dans l'abus de biens sociaux : entre efficacité et clandestinité. Analyse de vingt ans de jurisprudence criminelle*, Rev. sociétés 2005, p. 288.

⁴⁵³ En faveur : Y. GUYON, *Droit des affaires, t. 1, Droit commercial général et sociétés*, n° 582 ; Cl. CHAMPAUD, *Les méthodes de groupement des sociétés*, RTD com. 1987, p. 1003 ; BON, *Notion de groupe*, Rev. sociétés 1980, p. 661.

⁴⁵⁴ Aux termes de l'art. 173 de l'AUSCGIE, « un groupe de société est l'ensemble formé par des sociétés unies entre elles par des liens divers qui permettent à l'une de contrôler les autres ».

⁴⁵⁵ Sur la notion de contrôle, V. not., B. OPPETIT, *La prise de contrôle d'une société au moyen d'une cession d'actions*, JCP 1970. 2361 ; Ph. NECTOUX, *La prise de contrôle dans les sociétés commerciales*, thèse Toulouse 1974 ; C. J. BERR, *La place de la notion de contrôle en droit des sociétés*, Mélanges BASTIAN, Litec, 1974, t. 1, p. 1 ; A. PETITPIERRE, *La cession de contrôle, mode de cession de l'entreprise*, thèse Genève 1977 ; B. OPPETIT, *Les cessions de droits sociaux emportant le transfert du contrôle d'une société*, Rev. sociétés 1978, p. 361 ; D. ROUX, *La spécificité des cessions de contrôle*, Rev. sociétés 1980, p. 49 ; J. PAILLUSSEAU, *La cession de contrôle*, JCP 1986. 3224 ; J. J. CAUSSAIN et M. GERMAIN, *Pratique des cessions de contrôle dans les SA non cotées*, JCP 1987 éd. E. 19415 ; J. PAILLUSSEAU, J. J. CAUSSAIN, H. LAZARSKI, Ph. PEYRAMAURE, *La cession d'entreprise*, D. 1988. 260 ; J. PAILLUSSEAU, *La cession de contrôle et la situation financière de la société cédée*, JCP 1992. 3578 ; M. GERMAIN, *Cession de contrôle des sociétés non cotées, questions de principe*, RJ com. nov. 1988, p. 69 ; C. HANNOUN, *Les conventions portant transfert de contrôle et la transparence des sociétés*, D. 1994. 67 ; J. PAILLUSSEAU, *L'efficacité et la sécurité des opérations de cession de contrôle, Dr. et patrimoine*, févr. 1994, p. 32 ; *La cession de contrôle : une unification de la jurisprudence est-elle possible ? Mélanges en l'honneur de H. BLAISE*, Economica, 1995, p. 363 ; J. Ph. DOM, *Les montages en droit des sociétés*, thèse Bordeaux 1994 ; T. MASSART, *Le régime juridique de la cession de contrôle*, thèse Paris II, 1995 ; M. P. BLIN-FRANCHOMME, *Essai sur la notion de contrôle en droit des affaires*, thèse Toulouse I, 1998 ; D. PLANTAMP, *Le critère de la cession de contrôle, Essai de synthèse jurisprudentielle*, RTD com. 1999 p. 819 ; P. LE CANNU, *Nouvel élément dans la définition du contrôle par l'article L. 233-3 du code de commerce (art. 33-I, L. n° 2005-842, 26 juill. 2005 pour la confiance et la modernisation de l'économie)*, RTD com. 2005 p. 775.

la notion clef pour caractériser le groupe⁴⁵⁷. Il ressortit que, l'existence du groupe nécessite le contrôle d'une société par une autre par la détention de la moitié au moins de son capital. Les groupes fonctionnent donc sous les commandes d'une société dominante dont les dirigeants peuvent se faire confier aussi la direction des filiales à la seule limite de se conformer aux règles relatives au cumul des mandats⁴⁵⁸. Cette identité de dirigeants⁴⁵⁹ conforte l'unité de décision économique qui caractérise les groupes et permet de faciliter la mise en œuvre de ces décisions dans les sociétés contrôlées. Elle réduit le groupe à un seul groupement qui devient un terrain de prédilection pour la confusion de patrimoines des sociétés liées en dépit de leur personnalité juridique distincte. Cette confusion de patrimoines peut se révéler préjudiciable aux sociétés contrôlées. Elle porte une atteinte grave à l'actif des sociétés contrôlées pouvant entraîner leurs cessations des paiements et faillite.

Pour qu'il y ait confusion de patrimoines, la Cour de cassation française considère deux critères non cumulatifs mais le plus souvent cumulés⁴⁶⁰. Le premier est celui de l'imbrication des éléments d'actif et des éléments de passif de telle façon qu'on ne peut les rattacher à l'un ou à l'autre des patrimoines⁴⁶¹. Le second critère est celui des flux financiers anormaux entre la société mère et la filiale⁴⁶² qui est caractérisé lorsqu'il existe entre les protagonistes un transfert d'actifs ou de services rendus sans contrepartie. Mais ce dernier critère ne doit pas être entendu trop restrictivement. Il existe en effet des situations dans lesquelles il n'y a pas de flux financiers et où, pourtant, les relations financières peuvent être considérées comme anormales⁴⁶³. La Cour de cassation semble désormais faire référence, non plus à des flux financiers anormaux, mais à des relations financières anormales pour

⁴⁵⁶ En ce sens, M. KONE, *La notion de groupe de sociétés en droit OHADA*, *Penant* n° 856, pp. 289-290. Cette opinion n'est pas partagée par le professeur Henri-Désiré MODI KOKO BEBEY qui a affirmé que « l'Acte uniforme de l'OHADA sur le droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique n'a pas enfermé le groupe de sociétés dans une catégorie précise » : H.-D. MODI KOKO BEBEY, *Le contrôle de la gestion des filiales par la société mère dans le droit uniforme des sociétés en Afrique*, *Mélanges Y. GUYON*, Dalloz, 2003, p. 846.

⁴⁵⁷ J. PAILLUSSEAU, *La notion de groupe de sociétés et d'entreprises en droit des activités économiques*, *D.* 2003, p. 2346.

⁴⁵⁸ La limitation du mandat ne concerne que certains dirigeants de SA. Le législateur est muet sur ce sujet dans les sociétés autres que les SA. En définitive, les dirigeants peuvent cumuler autant de mandats dans les SARL et SNC, mais dans la SA le nombre de mandats cumulables par les P-DG et administrateur général est limité dans un souci d'efficacité de la gestion. Ainsi d'un côté, « nul ne peut exercer simultanément plus de trois mandats de P-DG de sociétés ayant leur siège sur le territoire d'un même Etat partie » (art. 464 al. 1). De même, « le mandat de P-DG n'est pas cumulable avec plus e deux mandats de directeur général de SA ayant leur siège sur le territoire d'un même Etat partie » (art. 464 al. 2). De l'autre, « nul ne peut exercer plus de trois mandats d'administrateur général de SA ayant leur siège sur le territoire d'un Etat partie » (art. 497 al. 1). De même, « le mandat d'administrateur général n'est pas cumulable avec plus de deux mandats de P-DG ou de directeur général de SA ayant leur siège sur le territoire d'un Etat partie » (art. 497 al. 2). S'agissant des mandats pouvant être cumulés par les directeurs généraux, des directeurs généraux adjoints et des administrateurs généraux adjoints de SA, aucune limite n'est légalement fixée. Ils sont alors dans la même situation que les dirigeants des sociétés autre que la SA. Ils peuvent donc cumuler autant de mandats nécessaires.

⁴⁵⁹ L'identité de dirigeants ne fonde pas l'existence du groupe de société mais est une conséquence de l'existence du groupe.

⁴⁶⁰ F. PERECHON et R. BONHOMME, cités par J. MAROTTE et D. ROBINE, *L'appréciation restrictive des critères de la confusion des patrimoines dans le cadre d'un groupe*, note sous Cass. com., 19 avril 2005, *Rev. sociétés* 2005, p. 902.

⁴⁶¹ A JACQUEMOND, cité par MAROTTE et D. ROBINE, *L'appréciation restrictive des critères de la confusion des patrimoines dans le cadre d'un groupe*, note sous Cass. com., 19 avril 2005, *Rev. sociétés* 2005, p. 903.

⁴⁶² B. GRIMONPREZ, *Pour une responsabilité des sociétés mères du fait de leurs filiales*, *Rev. sociétés* 2009, p. 719, n° 8 ; Th. GAUTHIER, *Les dirigeants et les groupes de sociétés*, *op. cit.*, n° 740, p. 46 ; B. GRELON et C. DESSUS-LARRIVE, *La confusion de patrimoines au sein d'un groupe*, *Rev. sociétés* 2006, p. 281, n° 3.

⁴⁶³ MAROTTE et D. ROBINE, *L'appréciation restrictive des critères de la confusion des patrimoines dans le cadre d'un groupe*, note sous Cass. com., 19 avril 2005, *Rev. sociétés* 2005, p. 903.

caractériser la confusion de patrimoines⁴⁶⁴. Cette définition de la confusion de patrimoine émanant de la Cour de cassation française n'est pas partagée par une partie de la doctrine qui trouve que les relations anormales ne sont qu'un indice de la confusion des patrimoines. Initiatrice de cette nouvelle approche, Madame REILLE propose la définition de la confusion de patrimoines à la lumière du critère de l'indéterminabilité de la consistance patrimoniale qui permet de restituer à la notion son originalité et sa cohérence⁴⁶⁵. La confusion de patrimoines n'est pas toujours avantageuse pour les sociétés contrôlées. Elle peut entraîner une anémie financière de la société contrôlée.

b. Les conséquences de la confusion de patrimoine pour les sociétés dominées

173. L'actif social⁴⁶⁶ de sociétés dominées est parfois exposé à un usage anormal par le dirigeant dominant au détriment de la situation économique des sociétés contrôlées⁴⁶⁷. Ce qui traduit sa volonté de faire abstraction de la personnalité morale des sociétés⁴⁶⁸ du groupe et d'utiliser les biens sociaux indistinctement des patrimoines. Cette anormalité n'est pas sans conséquence pour la société contrôlée⁴⁶⁹ dont la situation financière devient compromise hypothéquant en conséquence toute possibilité pour elle de répondre de son passif. C'est alors qu'une telle confusion des patrimoines est souvent relevée pour fonder la responsabilité du dirigeant dominant. Il en est de même lorsque le dirigeant a disposé du crédit de la personne morale comme des siens propres ou poursuivi abusivement, dans son intérêt personnel⁴⁷⁰. L'autonomie des sociétés liées est méprisée par le dirigeant qui fait usage des actifs de leur patrimoine en s'abritant derrière l'intérêt du groupe.

174. Lorsque certaines conditions ne sont pas réunies, l'intérêt du groupe ne peut devenir un fait justificatif de l'usage des biens sociaux comme cela ressort de l'arrêt *Rozenblum*⁴⁷¹. Dans cette décision, la Cour de cassation approuve l'arrêt de la Cour d'appel qui, « pour retenir la culpabilité du dirigeant dominant du chef d'abus de biens sociaux et écarter l'argument de celui-ci qui soutient avoir agi dans l'intérêt général du groupe, énonce qu'il n'a jamais existé de conventions autorisées avec les autres sociétés visées par la prévention ni de contrepartie aux avantages financiers qui leur était conférés et que le déséquilibre engendré a excédé les possibilités financières de la société contrôlée »⁴⁷². Cette décision vient donc fixer les conditions sans lesquelles la confusion de patrimoines est source responsabilité. Ces conditions sont cumulatives. Lorsqu'elles ne sont pas réunies, les

⁴⁶⁴ Cass. com., 19 avr. 2005, *SA Metaleurop c/ Theetten* : *Juris-Data* n° 2005-028189, *Droit des sociétés* n° 7, Juillet 2005, comm. 133, note J.-P. LEGROS. – Cass. com., 7 janv. 2003, *Bull. civ. IV*, n° 3 ; *Bull. Joly* 2003, p. 407, note F.-X. LUCAS.

⁴⁶⁵ Fl. REILLE, *La notion de confusion des patrimoines, cause d'extension des procédures collectives*, th. Montpellier 1, préf. Ph. PETEL, *Bibl. dr. entr.*, t. 74, Litec, 2006, p. 517 et s., n° 588 et s.

⁴⁶⁶ Sur la notion d'actif social, V. B. BRIGNON, *L'actif social, Plaidoyer pour la reconnaissance de la notion*, thèse Aix-Marseille III, préf. J. MESTRE, Coll. de l'institut de droit des affaires, PUAM, 2009.

⁴⁶⁷ L'hypothèse correspond à une transfusion ou un bradage d'actifs au sein d'une filiale. Cf. Cl. ARMAND et A. VIANDIER, *Réflexions sur l'exercice de l'action sociale dans les groupes de sociétés : transparence des personnalités et opacité des responsabilités ?* *Rev. sociétés* 1986, 557.

⁴⁶⁸ La filiale conserve toujours théoriquement son indépendance juridique. Mais dans la pratique, il perd son autonomie patrimoniale. V. CONTIN et HOVASSE, *L'autonomie patrimoniale des sociétés*, *D.* 1971, chron. p. 197.

⁴⁶⁹ En ce sens, M. AZAVANT, *La sanction civile en droit des sociétés, Ou l'apport du droit commun au droit spécial*, *Rev. sociétés* 2003, p. 444, n° 14.

⁴⁷⁰ Art. 189 de l'AUPC.

⁴⁷¹ Cass. crim., 4 févr. 1985, *JCP G* 1986, II, 20585, note W. JEANDIDIER ; *D.* 1985, p. 478, note D. OHL.

⁴⁷² Cass. crim. 10 févr. 2010, préc.

juges écartent l'intérêt du groupe et retiennent à l'encontre du dirigeant dominant l'abus de biens sociaux. L'exonération ne joue que lorsque l'intérêt social intègre l'intérêt bien compris de la société affiliée⁴⁷³.

175. Ainsi, lorsque l'usage des biens d'une société contrôlée au profit d'une autre n'est pas justifiée par l'intérêt du groupe, la confusion de patrimoines est souvent retenue par le juge⁴⁷⁴ dans le but de condamner le dirigeant dominant au comblement du passif issu de sa gestion fautive⁴⁷⁵ et de lui étendre la procédure collective au cas où il n'acquitte pas le passif mis à sa charge⁴⁷⁶. C'est une faute commise par le dirigeant dominant, car il procède à une utilisation du patrimoine des sociétés sans respecter le principe de l'autonomie de la personnalité juridique des personnes morales. La recherche de la faute du dirigeant dominant par le juge à travers la confusion des patrimoines intervient lorsque le redressement judiciaire ou la liquidation des biens de la société contrôlée fait apparaître une insuffisance d'actif. Mais à ce stade de la procédure, le sort de la société contrôlée est déjà scellé. Dans un arrêt du 30 septembre 2008, la situation compromise de la filiale par la confusion de son patrimoine avec celui du dirigeant dominant a été même aggravée par le soutien abusif d'une banque, d'où la nécessité est non seulement d'étendre la procédure collective au dirigeant dominant mais aussi de retenir la responsabilité de la banque⁴⁷⁷.

Il apparaît donc que les sociétés contrôlées sont exposées à un risque à cause de la confusion de patrimoines. Celle-ci entraîne un appauvrissement certain des actifs de la société contrôlée et corrélativement un enrichissement d'une autre société du groupe. C'est un risque financier considérable pour la société contrôlée qui sert d'holocauste pour le dirigeant dominant avec des conséquences pouvant rejallir sur tout le groupe. Peuvent être cités à titre d'exemples de groupes mis en péril par ces risques financiers, Air Lib, Metaleurop, Parmalat, Rover. Ces quelques anciens fleurons industriels, groupes d'envergure européenne ou mondiale, sont « ...devenus le synonyme de faillites retentissantes, dans lesquelles le cynisme, la maladresse ou la malhonnêteté des dirigeants ont généré des conséquences financières, sociales et humaines importantes, qui ont provoqué l'émotion d'un large public ... »⁴⁷⁸. Dans ces conditions, les filiales sont complètement exposées aux difficultés financières au péril de leur vie du moment où leur contrôle est détenu par le dirigeant dominant qui dispose de tous les leviers du pouvoir au niveau du groupe. Aussi, courent-elles le risque de fictivité par l'action du dirigeant dominant.

⁴⁷³ A. ATIBACK, *L'abus de biens sociaux dans le groupe de sociétés*, L'harmattan, 2007, n° 452, P. 237.

⁴⁷⁴ Req., 29 juin 1908, *D.* 1908, p. 2, note PERCEROU.

⁴⁷⁵ Art. 183 de l'AUPC.

⁴⁷⁶ Art. 189 al. 2 de l'AUPC. Cf. Fl. GISSEROT, *La confusion des patrimoines est-elle une source d'extension de la faillite?*, *RTD com.* 1979, p. 49 ; Ch. HANNOUN, *L'extension de la responsabilité civile au sein d'un groupe matériellement intégré*, *Bull. Joly Sociétés* 1991, § 165, p. 479 ; ARTZ, *L'extension du règlement judiciaire ou de la liquidation de biens aux dirigeants sociaux*, *RTD com.*, 1975, p. 1.

⁴⁷⁷ Com. 30 sept. 2008, *D.* 2008, *AJ.* 2596, obs. A. LIENHARD ; *Banque et droit* nov.-déc. 2008, 23, obs. T. BONNEAU ; *RTD com.* 2009, obs. D. LEGEAIS.

⁴⁷⁸ B. GRELON et C. DESSUS-LARRIVE, *La confusion des patrimoines au sein d'un groupe*, *op. cit.*, 281. Pour les arrêts relatifs aux affaires sus évoquées par ces auteurs, notamment l'arrêt *Metaleurop* (Cass. com., 19 avril 2005, *D.* 2005, p. 1225, obs. A. LIENHARD ; *ibid.*, p. 2023, obs. F.-X. LUCAS ; *JCP* 2005, II, 10088, note O. BOURU et M. MENJUCQ ; *JCP* 2005, éd. E., 721, note ROLLAND ; *Rev. sociétés* 2005, p. 900, note J. MAROTTE et D. ROBINE) et l'arrêt *Air Lib* (CA Paris 7 sept. 2004, *Bull. Joly* 2004, p.1358 ; Cass. com., 10 janv. 2006, n° 04-18.917).

2. La fictivité des sociétés contrôlées par l'action du dirigeant dominant du groupe

176. Une société contrôlée peut tomber sous le coup de la fictivité à cause des actions du dirigeant dominant méconnaissant son existence et son autonomie au sein du groupe. Une fois la fictivité caractérisée (a), sa déclaration judiciaire met fin à son existence (b).

a. La caractérisation de la fictivité

177. La fictivité partage le même domaine avec la confusion des patrimoines. La confusion de patrimoines entre sociétés remet en cause un attribut⁴⁷⁹ essentiel de la personne morale, laquelle peut dès lors être considérée comme fictive. Néanmoins, le professeur GAUTHIER, considère que « *les hypothèses de confusion et de fictivité peuvent être distinguées en fonction de l'intention et du comportement des associés et des dirigeants. La société fictive, conçue comme une simulation, comme la création d'une fiction, ne repose sur aucune intention réelle de s'associer. Elle constitue un instrument de dissimulation qui augure souvent une fraude* »⁴⁸⁰. La fictivité évoque l'artificialité de l'autonomie juridique des membres d'un groupe⁴⁸¹. Elle provient de l'action du dirigeant dominant consistant à mépriser intentionnellement la personnalité juridique de la société contrôlée.

178. Une partie de la doctrine fonde la fictivité sur le défaut de l'un des éléments constitutifs de la société dont l'*affectio societatis*⁴⁸². Le professeur CONSTANTIN admet que la fictivité peut provenir non seulement du défaut d'un élément du contrat de société mais aussi l'abus de la personnalité morale⁴⁸³. Par contre, Me ROUAST-BERTIER trouve que l'assimilation du défaut d'*affectio societatis* à la fictivité d'une société conduirait logiquement à qualifier de fictives toutes les sociétés qui sont filiales à presque 100 % d'une société mère⁴⁸⁴. Sur le même chapitre, le professeur GAUTHIER conçoit la fictivité comme une atteinte à l'un des attributs de la personnalité morale⁴⁸⁵.

179. A notre avis, si la fictivité d'une société peut être admise pour défaut d'*affectio societatis* dans une société isolée, il n'en est pas de même lorsque la société est intégrée à un groupe. Dans ce contexte, la fictivité de la société contrôlée résulte de l'action du dirigeant dominant lorsqu'il utilise de manière abusive et frauduleuse sa personnalité morale dans le but d'obtenir un droit⁴⁸⁶. Dans certaines hypothèses, où l'on aurait pu être tenté

⁴⁷⁹ Il s'agit évidemment du patrimoine.

⁴⁸⁰ Th. GAUTHIER, *Les dirigeants et les groupes de sociétés*, op. cit., p. 439, n° 736.

⁴⁸¹ B. GRIMONPREZ, *Pour une responsabilité des sociétés mères du fait de leurs filiales*, op. cit., p. 719, n° 8.

⁴⁸² F. DERRIDA, *A propos de l'extension des procédures de redressement ou de liquidation judiciaires*, *Mélanges M. CARILLAC*, Litec, 1999, p. 688 ; Ph. MERLE, *Droit commercial, Sociétés Commerciales*, op. cit. p. 59 ; J. CALAIS-AULOY, *Société fictive*, *Rép. Sociétés*, 1971, p. 1 ; A. RIZZI, *La protection des créanciers à travers l'évolution des procédures collectives*, th. Rennes I, préf. Cl. CHAMPAUD, LGDJ, 2007, p. 405.

⁴⁸³ A. CONSTANTIN, note sous Cass. com. 22 juin 1999, *Revue sociétés* 1999, p. 826, n° 1.

⁴⁸⁴ P. ROUAST-BERTIER, *Société fictive et simulation*, *Rev. sociétés* 1994, p. 725.

⁴⁸⁵ Th. GAUTHIER, *Les dirigeants et les groupes de sociétés*, op. cit., p. 478, n° 771.

⁴⁸⁶ V. Y. GUYON et N. DION, *Personnalité morale des sociétés*, *J-Cl.* 1997, Fasc. 28-15, n° 59, p. 19. Selon eux, « *il arrive qu'une personne essaie d'obtenir, sous le couvert d'une société, un droit qu'elle ne peut acquérir personnellement. La société n'est qu'une apparence. Puisqu'il n'est pas licite de réaliser indirectement – sous le couvert d'une société fictive – ce qu'il est interdit de faire directement, les tribunaux rétablissent donc la véritable qualification et jugent que la société n'a pas pu acquérir le droit en cause* ». Aussi, est-il « *...tentant d'utiliser une société pour tourner des interdictions ou*

d'invoquer la transparence, puisque les tribunaux lèvent le voile de la personnalité morale, il semble, en réalité qu'il ait été fait application de la maxime « *fraus omnia corrumpit* »⁴⁸⁷. Il n'est pas interdit aux dirigeants d'être habiles en constituant une société ou en prenant le contrôle d'une autre pour bénéficier des avantages sur le plan juridique et fiscal. Mais le dirigeant doit laisser produire tous les effets favorables ou défavorables à la société. Son intention d'y contrevenir prive la société de toute existence réelle et la rend fictive.

180. Souvent à l'origine la société est constituée sans activité propre, uniquement pour masquer les agissements d'une personne, pour servir de paravent au maître de l'affaire⁴⁸⁸, ou pour faire figure d'écran⁴⁸⁹ afin de dissimuler une exploitation personnelle, il s'agit d'une société fictive. Aucune perceptive de développement des activités de cette société n'est envisagée en réalité par le dirigeant. A ce sujet, dans un arrêt du 22 juin 1999, la Cour de cassation a approuvé la décision de la Cour d'appel de Papeete qui retient la fictivité d'une société sur trois points. D'une part, elle retient que, dans celle-ci, sa société mère a pour seul coassocié, à concurrence de 0,01 % des parts formant un capital insignifiant, un secrétaire d'avocat qui n'est qu'un prête-nom. D'autre part, cette société ne dispose d'aucune structure pour fonctionner et que l'activité de fruteur coque-nue d'un navire, qu'elle s'attribue, ne correspond à aucune réalité. Enfin, la société n'a été constituée par sa société mère que pour lui permettre d'offrir à une banque une garantie réelle sur le navire en contrepartie d'un crédit destiné à financer la construction de celui-ci⁴⁹⁰.

181. A l'égard des tiers, le dirigeant dominant s'abrite derrière une activité apparente alors qu'en réalité, la société est une coquille vide. Il abuse de la personnalité en prenant des engagements dont la couverture dépasse les capacités financières de la société contrôlée. Celle-ci est donc exposée à toutes les difficultés qu'aurait rencontrées le dirigeant, s'il n'avait pas usé de la fraude. Elle n'est pas à l'abri de cessation des paiements et même de liquidation de ses biens. Mais la jurisprudence parfois lève le voile de la personnalité morale de la société contrôlée pour atteindre les dirigeants responsables de la cession des paiements. Ainsi, la fictivité devient-elle une source autonome d'extension de la procédure collective au dirigeant dominant. Dans un arrêt du 15 janvier 1991, la Cour de cassation a approuvé la décision de la Cour d'appel ayant étendu la liquidation judiciaire d'une SARL à une SA dans la mesure où la SARL n'était qu'une fiction, une société de façade. Les juges ont relevé que la création de la SARL n'avait pour objet que de permettre à la SA de continuer à exploiter un fonds de commerce dont elle était propriétaire, au mieux de ses intérêts⁴⁹¹. La déclaration judiciaire de la fictivité emporte inexorablement l'existence de la société victime.

pour échapper à la réglementation restrictive applicable à certains actes. De telles pratiques apparaissent choquantes dans la mesure où la société n'est qu'une personne interposée ».

⁴⁸⁷ Cf. Cass. soc., 19 janv. 1950, *JCP* 1950, éd. G, II, 5524 ; Com. 8 juill. 1952, *D.* 1952, 773, note J. COPPER-ROYER.

⁴⁸⁸ J. CALAIS-AULOY, *Sociétés fictives*, op.cit., 1971, p.1.

⁴⁸⁹ C. CATUJAR-RIVIERE, *La société-écran : essai sur sa notion et son régime juridique*, thèse Strasbourg, préf. P. DIENER, *Bibl. dr. pr.*, t. 292, LGDJ, 1998, p. 368 et s.

⁴⁹⁰ Cass. com., 22 juin 1999, *préc.*, p. 825.

⁴⁹¹ Cass. com., 15 janv. 1991, *Bull. Joly Soc.* 1991, § 145, p. 424 ; *Dr. sociétés* 1991, n° 86 ; V. aussi, Cass. com., 29 mai 1990, *Bull. Joly* 1990, § 245, p. 801.

b. Le risque de disparition de la société dominée par la fictivité

182. La société fictive peut encourir tout simplement la nullité. Dans l'arrêt du 22 juin 1999, les faits sont évocateurs de l'intention de la société mère à constituer une société de pure façade afin d'atteindre un but. En effet, en 1992, la société de droit russe Baltic shipping company Ltd (Baltic) a souhaité financer la construction d'un navire, le Kovrov, au moyen d'un crédit que lui accorderait la banque allemande Kreditanstalt für Wiederaufbau (KfW). Cette dernière a cependant subordonné son concours à la constitution à son profit d'une hypothèque maritime sur le navire. La législation de l'ex-Union soviétique ne connaissant pas cette sûreté, la société Baltic eut l'idée de constituer une filiale de droit chypriote, la société Balticy shipping company Ltd (Baltacy), laquelle a consenti à la société KfW une hypothèque de premier rang sur le Kovrov, en garantie du contrat de prêt, puis a loué le navire à la société Baltic aux termes d'un contrat d'affrètement coque-nue, les sommes perçues de l'affréteur lui permettant de rembourser l'établissement bancaire. Saisie, la Cour de cassation casse partiellement l'arrêt de la Cour d'appel de Papeete en affirmant qu'une société fictive est une société nulle et non inexistante, et la nullité s'opère sans rétroactivité⁴⁹². Elle évite de déclarer inexistante la société, mais une partie de la doctrine est plutôt favorable à celle-ci⁴⁹³. Ceci peut s'expliquer par le fait que cette fictivité ne se fonde pas sur une absence d'*affectio societatis* mais sur l'abus de la personnalité morale de la société contrôlée par la société mère. Car, la nullité serait provenue de la sanction de la fraude en application de la maxime « *fraus omnia corrumpit* », alors que l'absence d'*affectio societatis* ne figure pas parmi les causes de nullité d'une société.

183. En définitive, la sanction de la fictivité donne lieu à l'annulation de la société et met ainsi fin à sa vie. Il s'agit de mettre fin à cette simulation qui camoufle l'absence de vie réelle de la société. La découverte par le juge de l'intention du dirigeant dominant de détourner réellement la société de sa finalité juridique ne peut faire échapper la société contrôlée à son élimination du monde des entreprises. Ainsi, les sociétés sont exposées aux risques inhérents au caractère inflexible des pouvoirs des dirigeants.

Conclusion du chapitre 1.

184. La protection des tiers nous paraît incohérente pour fonder l'inflexibilité des pouvoirs ordinaires des dirigeants. La partie de la doctrine qui justifie cette inflexibilité par la protection des tiers ne vise que ceux des sociétés à risques limités. Or, en dehors de ces tiers, nous comptons des tiers des sociétés à risques illimités, des tiers de mauvaise foi. De surcroît un tiers peut être à la fois en rapport avec une société à risques limités et une société à risques illimités. Soutenir la protection de ce tiers que dans sa relation avec la société à risques limités fait douter du fondement de l'inflexibilité des pouvoirs sur la protection des tiers. L'analyse serait plus rationnelle si le fondement des pouvoirs est recherché au regard des caractéristiques des sociétés représentées.

⁴⁹² Cass. com., 22 juin 1999, préc.

⁴⁹³ J. CALAIS-AULOY, *Sociétés fictives*, Rép. sociétés 1971, n° 3 ; J. STOUFFLET, *Sociétés fictives et frauduleuses*, J-Cl. sociétés, Fasc. 7 ter, n° 139 ; P. LE CANNU, *Inexistence ou nullité des sociétés fictives*, Bull. Joly Sociétés 1992, § 274, p. 875, n° 7 ; Ch. C. RIVIERE, *La société écran*, Essai su sa notion et son régime juridique, thèse Antille-Guilliance, préf. P. DIENER, LGDJ, 1998, p. 367 et s.

Au vu de l'encadrement des pouvoirs ordinaires, il nous semble que leur inflexibilité se fonde sur l'intérêt et le comportement des associés. En ce qui concerne l'intérêt, lorsque la responsabilité des associés est limitée, les pouvoirs des dirigeants sont étendus au-delà de l'objet social. En revanche, lorsque la responsabilité est illimitée, les pouvoirs sont limités par l'objet social. Eu regard au comportement, lorsque l'AGE peut être facilement organisée, les pouvoirs sont limités à l'objet social, puisqu'ils peuvent être facilement modifiés. Par contre, lorsque l'organisation AGE est difficile, les pouvoirs ordinaires sont étendus au-delà de l'objet social.

185. De surcroît, il serait paradoxal que l'inflexibilité des pouvoirs ordinaires des dirigeants bénéficie aux tiers alors que ses nuisances sont subies par la société et indirectement par les associés. Nous estimons que les nuisances des pouvoirs ne sont que l'envers des intérêts associés sur le fondement duquel ils sont définis. L'intérêt des tiers n'est mis en exergue que si les associés entendent accroître les leurs. En cela, que la société soit à risques limités ou non, les clauses restrictives des pouvoirs sont inopposables aux tiers, encore faut-il que ceux-ci sont de bonne foi. Nous estimons donc que l'inflexibilité des pouvoirs se fonde sur l'intérêt et le comportement des associés. Un tel fondement est invariable quelle que soit la forme sociale. Paradoxalement, les pouvoirs des dirigeants connaissent un accroissement grâce au déclin de leur modération dans les actes graves pour la société.

CHAPITRE 2.

LE DÉCLIN DES CONTRE-POUVOIRS CLASSIQUES DANS LES ACTES GRAVES

186. Les dirigeants sociaux sont investis de pouvoirs légaux pour représenter la société dans tous ses actes civils. Ces actes peuvent être rangés dans deux catégories : les conventions libres et les conventions contrôlées. Les conventions libres relèvent de la souveraineté absolue des dirigeants. Elles sont conclues sur l'initiative personnelle des dirigeants dans la ligne de leur politique managériale. En revanche, les conventions contrôlées échappent à leur liberté d'action en raison de leur gravité. Il s'agit, d'une part, des garanties que la société donne pour les engagements pris par les tiers et, d'autre part, des conventions intéressant directement ou indirectement les dirigeants, désignées sous le concept de conventions réglementées. Ces opérations particulières sont soumises à des procédures spéciales auxquelles les dirigeants sont tenus de se conformer dans leur accomplissement. L'octroi des crédits sociaux aux dirigeants est interdit. Ces exigences constitutives des contre-pouvoirs modèrent les pouvoirs des dirigeants. Mais curieusement, ces contre-pouvoirs déclinent. Les dirigeants peuvent parfois valablement engager la société au mépris de ces interdictions et exigences de contrôle. Le déclin des contre-pouvoirs des dirigeants apparaît tant dans le domaine de l'octroi de garanties aux tiers (SECTION 1) que dans le cadre des actes à conflit d'intérêts (SECTION 2).

SECTION 1. LE DÉCLIN DANS L'OCTROI DES GARANTIES AUX TIERS

187. L'octroi de garanties par les dirigeants au nom de la société est un acte grave pour le patrimoine de la société. Les garanties servent à assurer l'exécution d'une obligation⁴⁹⁴. La fourniture des garanties par la société relève du pouvoir souverain des dirigeants, lorsqu'elles sont la contrepartie d'une créance acquise par la société⁴⁹⁵. Sur ce registre, la société ne peut fournir qu'une sûreté réelle pour garantir ses propres engagements. Une société ne peut fournir une sûreté personnelle pour garantir sa dette, car cette sûreté ne peut émaner que d'un tiers au rapport unissant un débiteur à son créancier. En revanche, l'octroi des garanties échappe à la souveraineté des dirigeants en étant, en général, strictement réglementé, lorsqu'il consiste à assurer l'exécution des engagements d'autrui par la société. A ce niveau, la garantie peut être une sûreté réelle, personnelle ou mixte (un cautionnement réel⁴⁹⁶ ou hypothécaire⁴⁹⁷), car le statut de tiers de la société au rapport initial n'exclut aucune forme de sûreté. Dans la SA, l'octroi est soumis à l'autorisation d'un organe autre que les dirigeants. La modération des pouvoirs semble par conséquent avérée, car bien que les dirigeants de SA ont des pouvoirs étendus au-delà de l'objet social, ils sont obligés de recevoir les pouvoirs d'un autre organe avant d'octroyer des garanties aux tiers. Mais dans la pratique, cette modération décline lorsque les dirigeants peuvent mépriser les restrictions légales pour engager, de leur chef, la société. De même, les octrois dépassant l'objet d'une société de personnes peuvent être valables sur accord unanime des associés ou en présence d'une communauté d'intérêts.

⁴⁹⁴ V. G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, op. cit., v° Garantie.

⁴⁹⁵ J.-P. LANGLADE, *Le pouvoir de fournir des sûretés dans les sociétés anonymes*, RTD com. 1972, p. 358, n° 3.

⁴⁹⁶ V. Th. ATANGANA-MALONGUE, *Le cautionnement réel dans l'acte uniforme OHADA*, in *Recueil d'Etudes sur l'OHADA et l'UEMOA*, Vol. I, « Coll. Horizons Juridiques Africains », PUAM, 2010, p. 323.

⁴⁹⁷ V. M. BROU KOUAKOU, *Le droit OHADA et le cautionnement hypothécaire*, Penant 2006, n° 856, p. 273.

L'objet social perd son autorité dans la limitation des pouvoirs des dirigeants des sociétés concernées. Il apparaît donc que le déclin des contre-pouvoirs des dirigeants des sociétés de personnes est avéré (§ 2) contrairement aux contre-pouvoirs des dirigeants de la SA dont le déclin semble maîtrisé (§ 1).

§ 1. Un déclin maîtrisé dans la société anonyme

188. Méfiant à l'égard des dirigeants dans l'octroi des garanties au nom de la société au profit des tiers, le législateur a soustrait cet acte à leur souveraineté et le soumet à l'autorisation préalable d'un autre organe social. Cette autorisation relève de la compétence du conseil d'administration en vertu de l'article 449 alinéa 1^{er} de l'AUSCGIE dans la SA avec conseil d'administration. En revanche, elle relève de la compétence de l'assemblée générale selon l'article 506 de l'AUSCGIE révisé dans la SA avec administrateur général. L'autorisation se traduit dans la pratique par la délégation préalable aux dirigeants des pouvoirs de fournir les sûretés par l'organe habilité à cet effet (A) à telle enseigne que les garanties irrégulièrement octroyées encourent une sanction (B).

A. La délégation préalable de pouvoirs aux dirigeants pour l'octroi des garanties

189. Le pouvoir légal de décider l'octroi des garanties aux tiers au nom de la société appartient non aux dirigeants sociaux mais au conseil d'administration dans la SA avec conseil d'administration ou à l'assemblée générale dans la société anonyme avec administrateur général. La loi leur fait obligation de déléguer ce pouvoir aux dirigeants qui sont les représentants légaux de la société. Les dirigeants sociaux recueillent ainsi un pouvoir défini par un autre organe social (1) qui peut toutefois le révoquer (2). Mais au-delà des opérations qui font l'objet d'autorisation, d'autres opérations non envisagées par le législateur sont soumises par la jurisprudence au même régime (3). Au-delà, le problème récurrent qui se pose est de savoir si les dirigeants des établissements de crédit ne peuvent-ils pas être soustraits à ce régime étant donné que ces opérations sont l'objet même de la société qu'ils dirigent (4).

1. Le mécanisme de la délégation

190. Le conseil d'administration dans la société anonyme avec conseil d'administration ou l'assemblée générale dans la société anonyme avec administrateur général sont titulaires du pouvoir légal d'engager la société pour autrui. Mais en raison de la nature collégiale de ces organes, ils sont impuissants à traiter au nom de la société avec les tiers. Le dirigeant en raison de son statut de représentant légal de la société est l'organe indiqué à mettre en œuvre la décision du conseil ou de l'assemblée selon le cas. La question qui pourrait se poser est de savoir pourquoi le conseil d'administration ne peut pas agir au travers de son président qui est nécessairement une personne physique. A la vérité, le processus décisionnel⁴⁹⁸ au sein de la société impose un circuit dont le respect permet d'opposer les actes pris à la société. En cela, le conseil d'administration décide de l'autorisation, mais la conclusion du contrat de garantie est du ressort du représentant légal de la société. Dans le cas contraire, même en présence d'autorisation, lorsque l'acte est passé par le président du conseil

⁴⁹⁸ Cf. P. LOKIEC, *La décision et le droit privé*, D. 2008 p. 2293.

d'administration, cet acte ne peut engager la société. Par contre, dans la SA avec administrateur général, le président de l'assemblée générale étant d'office l'administrateur général⁴⁹⁹, celui-ci est habilité, en sa qualité de dirigeant représentant légal, à octroyer les garanties après leur autorisation par l'assemblée générale.

191. En réalité le conseil d'administration ou l'assemblée générale sont condamnés à déléguer leur pouvoir⁵⁰⁰ dans le cadre de l'octroi des garanties aux représentants légaux de la société. Ils ont les pouvoirs de décision mais les pouvoirs d'exécution reviennent aux dirigeants. Ce pouvoir du conseil d'administration a été qualifié par un auteur de compétence légale dérogatoire tandis qu'il soutient la détention par les dirigeants sociaux de pouvoirs de représentation conventionnelle gouverné par les règles de mandat⁵⁰¹. Dans le même sens, un auteur avait affirmé que « *le titulaire d'un pouvoir soumis à une système d'autorisation reçoit en effet un pouvoir par l'acte d'autorisation* »⁵⁰². Il ajoute que « *...“le pouvoir-aptitude” est au “pouvoir-prérogative” ce que la capacité d'exercice est au droit subjectif* »⁵⁰³.

192. Incontestablement, dans l'octroi des garanties au tiers au nom de la société, les dirigeants n'exercent pas de pouvoirs propres. En effet, c'est le conseil d'administration ou l'assemblée générale selon le cas qui détermine l'étendue des pouvoirs à transférer aux dirigeants. Selon l'article 449 alinéa 2 et 3 de l'AUSCGIE révisé, « *le conseil d'administration peut, dans la limite d'un montant total qu'il fixe, autoriser le président directeur général ou le directeur général, selon le cas, à donner des cautionnements, avals, garanties, garanties autonomes et contre-garanties autonomes pour des engagements pris par les tiers. Cette autorisation peut également fixer, par engagement, un montant au-delà duquel le cautionnement, l'aval, la garantie, la garantie autonome ou la contre-garantie autonome de la société ne peut être donné* ». S'agissant de la société anonyme avec administrateur général, la loi est muette sur le mécanisme de définition des pouvoirs des dirigeants par l'assemblée générale dans le cadre d'autorisation de l'octroi des sûretés. Mais rien n'exclut l'adaptation de l'article 449 alinéa 2 à cette société. Cet article expose les paramètres dans lesquels doivent s'inscrire les pouvoirs des dirigeants. Ces paramètres rappellent les conditions générales de validité de la délégation de pouvoirs comme le souligne à juste titre le professeur BULLE. Selon cet auteur, « *dans tous les cas, une délégation doit s'inscrire dans un double cadre : la délégation doit porter sur les pouvoirs du dirigeant ; elle doit être limitée à un objet déterminé* »⁵⁰⁴. Ainsi,

⁴⁹⁹ Art. 498 al. 2 de l'AUSCGIE.

⁵⁰⁰ La jurisprudence est abondante sur la délégation de pouvoirs dans le cadre d'une société. Pour une délégation de pouvoir pour ester en justice : Cass. 2^e civ., 22 oct. 1997, *Bulletin Joly Sociétés*, 01 avril 1998 n° 4, p. 360, note P. LE CANNU. Pour une délégation en matière de déclaration de créance : Com. 3 juin 2009, pourvoi n° 08-13.355, arrêt n° 520 FS-P+B, *Sté Diac c/ Varnajot*, D. 2009. AJ 1603 ; *Rev. sociétés* 2009. 868, obs. J.-F. BARBIERI ; *JCP E* 2009. 1926, note H. HOVASSE ; *Gaz. proc. coll.* 2009, n° 3, p. 34, note E. LE CORRE-BROLY ; *RTD com.* 2010, p. 195, obs. A. MARTIN-SERF ; Cass. com., 8 juill. 2008, *Bulletin Joly Sociétés*, 01 déc. 2008 n° 12, p. 1012, note N. FERRIER ; Cass. com., 29 avr. 2002, *RJDA*, 2002, n° 1056 (1^{er} espèce) ; D., 2002, p. 1755, obs. A. LIENHARD. Pour une délégation à la gestion de l'entreprise dans les domaines comptable, fiscal, social et juridique : Cass. crim., 23 mai 2007, *Bulletin Joly Sociétés*, 01 nov. 2007 n° 11, P. 1256, note D. CHILSTEIN.

⁵⁰¹ P. LANGLADE, *Le pouvoir de fournir des sûretés dans les sociétés anonymes*, préc., p. 370, n° 22.

⁵⁰² B. THULLIER, *L'autorisation (Etude de droit privé)*, thèse Nanterre, préf. A. BENABENT, Bibl. dr. pr., t. 252, L.G.D.J., 1996, n° 129, p. 88.

⁵⁰³ *Ibid.*

⁵⁰⁴ J.-F. BULLE, *Les délégations de pouvoirs*, *JCP E* 1999, p. 1136.

le conseil ou l'assemblée générale, selon le cas, ont-ils la prérogative de déterminer la durée et le contenu du mandat – en fixant le plafond du montant des engagements à consentir –. Cette durée peut couvrir au maximum un an quelle que soit la qualité du tiers bénéficiaire de la sûreté ; mais le montant peut être exceptionnellement sans limite lorsque les bénéficiaires sont les administrations fiscales et douanières⁵⁰⁵. Les pouvoirs des dirigeants sociaux sont donc modérés étant donné qu'ils n'exercent plus leurs propres pouvoirs mais plutôt ceux transférés par un autre organe social qui détermine discrétionnairement son contenu.

193. Mais dans l'exécution du pouvoir reçu du conseil d'administration ou de l'assemblée générale selon le cas, les marges de manœuvre des dirigeants sociaux ne sont pas totalement anéanties. En effet, les dirigeants disposent d'un côté de la prérogative de sélectionner parmi les candidats sollicitant les sûretés, les tiers pouvant bénéficier en définitive de cette garantie. De l'autre, ils peuvent à leur tour mandater quelqu'un à exercer les pouvoirs qu'il a reçus du conseil d'administration ou de l'assemblée générale selon le cas. Cette option ouverte aux dirigeants relève de l'alinéa 7 de l'article 449 de l'AUSCGIE qui dispose que « *le président directeur général ou le directeur général, selon le cas, peut déléguer le pouvoir qu'il a reçu...* ». En adaptant cette disposition à la société anonyme avec administrateur général, nous pouvons préconiser que l'administrateur général et l'administrateur général adjoint, s'il en a un, peuvent déléguer le pouvoir qu'ils reçoivent de l'assemblée générale pour fournir des sûretés au tiers. Mais étant donné que les dirigeants sociaux exercent d'ores et déjà des pouvoirs délégués, le transfert de ces pouvoirs par eux à une autre personne nécessite d'être disqualifié de délégation de pouvoirs – comme le législateur l'a envisagé – mais requalifié plutôt de subdélégation de pouvoirs⁵⁰⁶. Ainsi, le président directeur général, le dirigeant général, l'administrateur général ou l'administrateur général adjoint, selon le cas, qui transfère à une autre personne leurs pouvoirs reçus à l'issue de l'autorisation, ont opéré de façon plus appropriée une subdélégation de pouvoirs. Cependant, en l'absence de subdélégation de ses pouvoirs reçus du conseil d'administration par le dirigeant à un préposé de la société, la jurisprudence française a retenu, à juste titre, que la délégation par ce préposé d'un pouvoir à un cleric pour consentir des sûretés au nom de la société est inopposable à la société⁵⁰⁷. Ainsi donc, la société ne peut être engagée que lorsque les pouvoirs délégués émanent de l'organe habilité à cet effet. Ce mécanisme s'impose indépendamment de l'activité sociale.

⁵⁰⁵ V. art. 449 al. 6 de l'AUSCGIE. Des raisons fondent cet assouplissement à l'égard des administrations fiscales et douanières. C'est pour permettre à un commerçant d'enlever sa marchandise, sans avoir à attendre la liquidation souvent assez longue des droits de douanes, l'administration exige la garantie d'une caution à qui elle fait signer des obligations cautionnées sortes de billet à ordre non négociables généralement à quatre mois d'échéance. Cette pratique a été adoptée par l'administration fiscale pour octroyer des reports d'exigibilité d'impôts. (P. LANGLADE, *Le pouvoir de fournir des sûretés dans les sociétés anonymes*, préc., p. 372, n° 27).

⁵⁰⁶ La subdélégation de pouvoirs s'inscrit dans le cadre général des dispositions du Code civil (art. 1994). Cf. G. DAUBLON, *La pérennité des procurations consenties par les représentants légaux d'une société*, Defrénois, 1981, art. 32695 ; Sur le pouvoir de subdéléguer, Cass. com., 14 févr. 1995 (1^{er} et 2^e esp.), *Bull. civ.*, IV, n° 43 ; *Bull. Joly Sociétés*, 1995, p. 442, § 154, note J.-J. DAIGRE ; Cass. com., 19 déc. 1995, *Bull. civ.*, IV, n° 304 ; v. Cass. soc., 16 avr. 2008, *Bull. Joly Sociétés*, 2008, p. 665, § 142, note B. LE BARS.

⁵⁰⁷ Cass. com., 1^{er} avr. 2003, *Bulletin Joly Sociétés*, 01 juillet 2003 n° 7, p. 776, note F.-X. LUCAS

2. L'abandon de l'exigence de la délégation dans le cadre des sociétés de crédit

194. La question s'était posée de savoir si l'autorisation du conseil d'administration est toujours nécessaire aux dirigeants des établissements de crédit qui font de le commerce de l'argent et dont la fourniture de ces garanties relève de leur objet social. Cette préoccupation a été soumise à la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage (CCJA) de l'OHADA. La CCJA en s'en tenant à une interprétation stricte, a dans un avis en date du 26 avril 2000, estimé que l'autorisation du conseil d'administration était toujours nécessaire même pour les dirigeants des établissements de crédit. Selon la CCJA, « *les dispositions de l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique étant d'ordre public et s'appliquant à toutes les sociétés commerciales à raison de leur forme ou de leur objet, l'article 449 dudit Acte s'applique aux Banques et aux Établissements financiers entrant dans cette dénomination juridique. Les seules dérogations admises sont celles prévues par l'Acte uniforme lui-même qui renvoie à cet égard aux dispositions législatives nationales auxquelles sont assujetties les sociétés soumises à un régime particulier* »⁵⁰⁸. Les juges de la CCJA écartent toute différenciation de régime en considération de l'activité de la société et soumet tous les dirigeants des sociétés anonymes à la procédure d'autorisation en matière d'octroi de sûretés aux tiers. Le régime d'autorisation est gouverné alors par des règles d'ordre public. Il ne peut en être autrement, car comme l'a relevé à juste titre un auteur, « *le caractère d'ordre public est attaché de manière générale à l'ensemble des dispositions de l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du Groupement d'intérêt économique ... de l'Organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires ...* »⁵⁰⁹.

Mais l'AUSCGIE révisé a mis un terme à l'exigence de délégation des pouvoirs de fournir les sûretés dans les sociétés de crédit. Aux termes de l'article 449 alinéa 1^{er} de l'AUSCGIE révisé, « *Les cautionnements, avals, garanties autonomes, contre-garanties autonomes et autres garanties souscrits par des sociétés autres que celles exploitant des établissements de crédit, de microfinance ou d'assurance caution dûment agréés et pour des engagements pris par des tiers font l'objet d'une autorisation préalable du conseil d'administration* ». Ainsi, un départ est fait entre les dirigeants des sociétés de crédit et ceux des autres sociétés. La fourniture de crédit étant l'objet social de la société, il est raisonnable que le législateur rectifie ce qu'il avait prévu en affranchissant les dirigeants de ces sociétés de la nécessité d'avoir l'accord du conseil d'administration avant d'exercer leurs pouvoirs. Ce qui se solde par un déclin des contre-pouvoirs. Par contre, les dirigeants des sociétés qui n'ont pour objet la fourniture de crédit aux tiers demeure astringés à l'obligation de recevoir des pouvoirs avant de fournir des sûretés personnelles aux tiers. Cela étant, les pouvoirs délégués ne sont pas à l'abri d'une révocation par le déléguant.

⁵⁰⁸ Avis n° 002/2000/EP de la CCJA (sur la première question), *Collection du « Recueil de la jurisprudence » de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage*, vol. 1, 2003-2005, pp. 73-74.

⁵⁰⁹ P. NGUIHE KANTE, *Le caractère d'ordre public du droit uniforme des sociétés commerciales en Afrique*, RTD com. 2010, p. 1.

3. La révocation éventuelle des pouvoirs délégués

195. Les pouvoirs délégués aux dirigeants dans le cadre de l'autorisation peuvent-ils faire l'objet d'une révocation par le conseil d'administration ou l'assemblée générale selon le cas ? En d'autres termes, ces organes peuvent-ils rétracter leur autorisation ? La loi est muette à ce sujet. Mais des raisons peuvent fonder une rétractation de l'autorisation notamment la perte de confiance au dirigeant⁵¹⁰, le changement de majorité ou d'objet social, la gestion incompétente des pouvoirs transférés, les difficultés financières rencontrées par la société. Dans ces cas, l'autorisation peut être rétractée. Ce retrait trouverait son régime dans les règles de révocation du mandat, comme le relève l'article 2004 du Code civil selon lequel « *le mandant peut révoquer sa procuration quand bon lui semble ...* ». Par conséquent, le mandat est révocable *ad nutum*⁵¹¹. En principe, la révocation des pouvoirs ne requiert aucune forme : elle peut être expresse ou tacite. Mais dans le cadre du rapport entre les dirigeants et l'organe dont ils reçoivent les pouvoirs, la forme tacite de la révocation s'avère inappropriée. Le respect du parallélisme des formes s'impose : la révocation des pouvoirs doit être réalisée à travers une même procédure identique à celle qui avait donné lieu au transfert. Ainsi le conseil d'administration ou l'assemblée générale, selon le cas, peuvent prendre une autre délibération pour mettre un terme à la fourniture des sûretés qu'ils avaient déléguées. Ils peuvent émettre un vote négatif sur ce sujet ou garder un silence, ou encore rétracter leur autorisation. Il transparaît clairement que les dirigeants sont tributaires d'un autre organe. Les pouvoirs des dirigeants connaissent par là une restriction qui leur enlève toute souveraineté en matière d'octroi de garanties. La liste de ces garanties qui sont l'objet de délégation, n'est pas limitative. Elle fait souvent l'objet d'extension par la jurisprudence française au-delà des cas de sûretés envisagés par le législateur.

4. L'extension possible des actes objet de la délégation

196. Les garanties dont la fourniture est déléguée aux dirigeants sont déterminées par la loi : il s'agit des cautionnements, avals, garanties, garanties autonomes et contre-garanties autonomes. Mais une double incertitude est liée à la notion de garantie. La première incertitude résulte de la nature fonctionnelle alors que la seconde provient de sa nature conceptuelle⁵¹². Avec sa nature fonctionnelle, il y a garantie dans toute situation dans laquelle le garant assurera à un créancier l'exécution des engagements pris par un tiers envers lui par une autre personne. Avec sa nature conceptuelle, les engagements qui ont pour objet de protéger non exclusivement le créancier contre l'insolvabilité du débiteur, devraient également être qualifiés de garanties. Ainsi, la nature

⁵¹⁰ Il est certain que la rétractation des pouvoirs en raison de la perte de confiance aux dirigeants ne peut ne pas s'accompagner de la révocation des dirigeants de leur fonction.

⁵¹¹ V. not., Ph. LE TOURNEAU, *De l'évolution du mandat*, D. 1992, p. 157 ; Y. DAGORNE-LABBE, *La révocation du mandat stipulé irrévocable*, D. 2002, p. 2640 ; P.-Y. GAUTIER, *Le principe de la révocation ad nutum est-il encore pertinent ?*, RTD civ. 2010, p. 345 ; I. NAJJAR, *Mandat et irrévocabilité*, D. 2003, p. 712 et s. ; F. C. DUTILLEUL et Ph. DELEBECQUE, *Contrats civil et commerciaux*, 9^e éd., Dalloz, 2011, n° 635 et s.

⁵¹² B. DONDERO, *Réflexions sur les mécanismes d'autorisation des sûretés et garanties consenties par les sociétés anonymes*, D. 2004, p. 406, n° 4.

fonctionnelle tend à limiter les actes soumis à autorisation, alors que la nature conceptuelle milite en faveur de leur extension⁵¹³.

197. La jurisprudence française semble opter pour la nature fonctionnelle de la garantie tout en rallongeant la liste des garanties précisément aux lettres d'intention, à la promesse de porte fort d'exécution ainsi que l'aval d'un billet à ordre en soumettant leur octroi à l'autorisation préalable du conseil d'administration. Par conséquent, elle a exclu la délégation de créance⁵¹⁴ de l'autorisation préalable⁵¹⁵, car le délégué qui paie le créancier délégataire, ne fait qu'exécuter sa propre obligation. Il ne fait pas courir à la société le risque de donner naissance à un passif nouveau. S'agissant des lettres d'intention, une distinction doit se faire entre les lettres d'intention ayant la nature d'obligation de moyen et les lettres d'intention assimilées à une obligation de résultat. Lorsque la lettre d'intention donne lieu à une obligation de moyen, la jurisprudence ne la considère pas comme une garantie et relève que son octroi n'est pas soumis à l'autorisation préalable du conseil d'administration⁵¹⁶. Ainsi, lorsque le débiteur de la garantie « *n'y prend pas l'engagement ferme et définitif de payer la dette de la société (garantie) ou de se substituer à elle en cas de défaillance. Autant dire que les lettres d'intention qui ne comportent que des obligations de faire, qu'elles soient (...) de résultat ou de moyens, ne relèvent plus de la procédure d'autorisation préalable du conseil d'administration de la société anonyme* »⁵¹⁷.

198. Dans cet arrêt du 26 janvier 1999, la lettre d'intention en cause avait été donnée dans les conditions suivantes. Une sous-filiale de la société Sony devait une somme importante à France Télécom. Pour mettre fin au contentieux, ces deux sociétés devaient conclure un protocole prévoyant les modalités d'apurement de la dette. En application de ce protocole, la société Sony a émis deux lettres d'intention au profit de France Télécom. Dans l'une d'entre elles, elle indiquait qu'elle fera tout le nécessaire pour la bonne exécution des engagements qui ont été signés ce jour par la société Médialeaders (la sous-filiale), en garantissant qu'elle s'organisera pour que Médialeaders, dans laquelle elle a une participation indirecte, puisse honorer les trois premières semestrialités. La cour d'appel avait condamné la société Sony à verser des dommages et intérêts alors que la procédure de l'article 98 n'avait pas été respectée. Le pourvoi reprochait ainsi à la cour d'appel d'avoir déclaré cette garantie opposable à la société. La Cour de cassation française rejette le pourvoi par un attendu de principe. Elle approuve la cour d'appel d'avoir considéré que la lettre d'intention donnait naissance à une obligation de moyens

⁵¹³ B. DONDERO, *Réflexions sur les mécanismes d'autorisation des sûretés et garanties consenties par les sociétés anonymes*, préc., n° 4. V. aussi, Ch.-H. CHENUT, *Les garanties ascendantes dans les groupes de sociétés, où les sûretés consenties par les sociétés-filles à leurs sociétés-mères*, *Rev. sociétés* 2003, p. 71, n° 38.

⁵¹⁴ Sur la notion de délégation de créance, V. not., RAME, *Du transport de créance, des délégations et des subrogations en cas de paiement*, thèse Rennes, 1847 ; R. NOURRIT, *De la novation et de la délégation*, thèse Aix, 1859 ; A. DUPLESSIS, *Etude sur la novation et la délégation en droit romain et en droit français ancien et moderne*, thèse Paris, 1869 ; T. VAQUETTE, *De la novation et de la délégation*, thèse Douai, 1879 ; J. HUBERT, *Essai d'une théorie juridique de la délégation en droit français*, thèse Poitiers, 1899 ; Ch. LARROUMET, *Les opérations juridiques à trois personnes*, thèse Dacty. Bordeaux, 1968 ; M. BILLIAU, *La délégation de créance, Essai d'une théorie juridique de la délégation en droit des obligations*, thèse Paris I, Bibl. dr. pr., t. 207, LGDJ, 1989 ; A. DANIS-FATOME, *La délégation de créance. Essai d'une typologie nouvelle*, D. 2012, p. 2469.

⁵¹⁵ Com. 15 janv. 2013, *Banque Safra c/ Lakah*, *Rev. sociétés* 2013, p. 291, note D. LEGEAIS.

⁵¹⁶ Cass. com., 26 janv. 1999, *JCP éd. G.* 1999, II 10087, note D. LEGEAIS.

⁵¹⁷ H. LE NABASQUE, note sous CA Paris 15^e ch. sect. A, 16 janv. 2001, *Bull. Joly Sociétés*, 01 avril 2001 n° 4, p. 374.

et d'en avoir déduit qu'il ne s'agissait pas d'une garantie au sens de l'article 98 de la loi de 1966. Elle ne nécessitait donc pas une autorisation du conseil d'administration. Ainsi, lorsqu'il s'agit d'une lettre d'intention avec une obligation de moyen, les dirigeants sociaux conservent toute leur souveraineté dans son octroi.

199. Mais lorsque la lettre d'intention met à la charge du débiteur une obligation de résultat⁵¹⁸, elle doit être soumise à l'autorisation préalable du conseil d'administration. C'est le cas dans un arrêt du 19 avril 2005, où la lettre d'intention est analysée en une obligation de résultat dès lors qu'elle précisait d'un côté, qu'à la demande de la banque créancière, la société mère ferait le nécessaire pour couvrir les créances de la banque envers la filiale, et, de l'autre, que si cette société mère pour quelque motif que ce soit, ne faisait pas le nécessaire pour couvrir ses débits envers la banque, elle s'engageait à les solder, dès qu'elle en recevrait la demande écrite⁵¹⁹. D'ailleurs, une partie de la doctrine a proposé l'abandon du critère de l'obligation de résultat comme révélateur de l'existence de garantie pour éviter le détournement de la lettre d'intention de sa vocation initiale qui était de protéger la société contre les agissements déraisonnables de ses dirigeants⁵²⁰. Par contre, d'aucuns plaident en faveur de l'exclusion des lettres d'intention de l'autorisation préalable⁵²¹. Cette importance grandissante de la lettre d'intention a donné lieu à sa réglementation en France à travers l'ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006 relative aux sûretés⁵²². Cette ordonnance n'a donné qu'une définition à la lettre d'intention⁵²³ sans pour autant préciser les conditions de sa fourniture par les dirigeants aux tiers. En droit OHADA, la lettre d'intention demeure ignorée en dépit de la récente réforme subie par l'Acte uniforme portant sur les sûretés (AUS) le 15 décembre 2010 à Lomé. En revanche, la jurisprudence française va au-delà de la lettre d'intention et admet la soumission au régime d'autorisation la promesse de porte fort d'exécution⁵²⁴ ainsi que l'aval du paiement du billet à ordre⁵²⁵. La liste peut être étendue à la lettre de confort si celle-ci, à l'instar de la lettre d'intention, comporte une obligation de résultat⁵²⁶. En définitive, à l'instar des cautions, avals, garanties à première demande devenues garanties autonomes à l'issue de la réforme de l'AUS, l'octroi des lettres d'intention ou de lettre de confort donnant lieu à une obligation de résultat, de promesse de

⁵¹⁸ V. Cass. com., 9 juill. 2002, *Rev. sociétés* 2003, p. 124, note E. BROCARD ; CA Paris, 1^{re} ch. G, 21 juin 2000, *RTD com.* 2000, p. 949, Cl. CHAMPAUD ; Com. 9 juill. 2002, *RTD com.* 2002, p. 714, obs. M. CABRILLAC ; Com. 20 oct. 2009, pourvoi n° 08-19.620, arrêt n° 923 F-D, *La vie-claire c/ Wessamen, RD banc. fin. janv.-févr. 2010*, comm. 13, obs. A. C. ; Com. 8 déc. 2009, pourvoi n° 08-20.039, arrêt n° 1167 F-D, *Rev. sociétés* 2010. 41, obs. A. LIENHARD ; Com. 19 janv. 2010, pourvoi n° 09-14.438, arrêt n° 54 F-D, *Rev. sociétés* 2010. 41, obs. A. LIENHARD ; D. LEGEAIS, *Garanties. Lettre d'intention. Lettre donnant naissance à une obligation de résultat. Critère*, *RTD com.* 2010, p. 773.

⁵¹⁹ Cass. com., 19 avril 2005, *RTD com.* 2006, p. 129, obs. P. LE CANNU ; V. aussi Cass. com., 9 décembre 1997, *Rev. sociétés* 1998, p. 561.

⁵²⁰ S. SECOND et M. RAMSPACHER, *Les lettres d'intention constituent-elles des « garanties » au sens de l'article 98 de la loi du 24 juillet 1966 ?*, *Droit des sociétés*, mars 1996, n° 4, p. 1.

⁵²¹ C. LEGROS, *Plaidoyer pour l'exclusion des lettres d'intention du champ d'application de l'art. L. 98, al. 4 du 24 juill. 1966*, *Petites Affiches*, 20 déc. 1999, n° 252, p. 9.

⁵²² Cf. D. LEGEAIS, *Réforme des sûretés (Ordonnance du 23 mars 2006)*, *RTD com.* 2006 p. 636 ; P. LE CANNU, *Les lettres d'intention conquises par le code civil (Ord. n° 2006-346 du 23 mars 2006 relative aux sûretés, art. 4 et 7 ; art. 2287-1 et 2322 c. civ.)*, *RTD com.* 2006 p. 421.

⁵²³ Article 7 de l'ordonnance : L'article 2322 du Code civil est ainsi rédigé : « La lettre d'intention est l'engagement de faire ou de ne pas faire ayant pour objet le soutien apporté à un débiteur dans l'exécution de son obligation envers son créancier ».

⁵²⁴ CA Paris 3^e ch. A, 4 nov. 2008, n° 07/08909, D. c/ SA Ortim, *Bulletin Joly Sociétés*, 01 avril 2009 n° 4, p. 376, obs. J.-F. BARBIERI. Sur sa notion, V. G. TILLEMENT, *Promesse de porte-fort et droit des sociétés*, *Rev. sociétés* 1993, p. 51.

⁵²⁵ CA Paris 3^e ch. sect. B, 13 févr. 1991, *Bulletin Joly Sociétés*, 01 avril 1991 n° 4, p. 405, obs. Ph. DELEBECQUE.

⁵²⁶ V. I. NAJJAR, *L'autonomie de la lettre de confort*, D. 1989, chron. 217, spéc., p. 221.

porte fort d'exécution et de l'aval du billet à ordre nécessitent une autorisation préalable du conseil d'administration en attendant que le législateur se prononce. Cette règle est transposable à la société anonyme avec administrateur général où l'autorisation de l'octroi de ces garanties est du ressort de l'assemblée générale.

200. En définitive, les règles qui encadrent les pouvoirs des dirigeants sociaux dans l'octroi des garanties ont davantage de précision à telle enseigne que la liste des garanties devant faire l'objet d'autorisation s'est rallongé, ce qui fait accroître les actes échappant à la souveraineté absolue des dirigeants. La fourniture par le dirigeant d'une sûreté en l'absence de transfert de pouvoirs par les organes sociaux habilités, fait tomber l'acte sous le coup d'une sanction.

B. La sanction des garanties octroyées sans délégation de pouvoirs

201. La fourniture des garanties sans délégation de pouvoirs constitue une transgression aux prescriptions légales. Cette transgression expose en principe l'acte à la sanction. Dans la SA avec conseil d'administration, l'AUSCGIE révisé prévoit, en son article 449 alinéa 7, la nullité sans mentionner le type de nullité. Dans la SA avec administrateur général, l'article 506 de l'AUSCGIE révisé reconduit l'inopposabilité. Ce défaut d'uniformisation du sort des garanties irrégulièrement octroyées alimente une controverse autour des sanctions qui leur sont applicables (1). Néanmoins, le régime des sanctions proposées peut faire l'objet d'aménagement en vue d'aboutir à une définition uniforme d'une sanction appropriée en considération des intérêts protégés par l'exigence d'une délégation préalable (2).

1. La sanction controversée des garanties octroyées sans délégation de pouvoirs

202. Une controverse entoure la sanction des garanties octroyées en l'absence de délégation de pouvoirs et ce, en raison du défaut d'uniformisation des sanctions tant par le législateur de l'OHADA que de son homologue français sur la question. Ainsi, la jurisprudence française a-t-elle opté pour l'inopposabilité de l'acte à la société en l'absence d'autorisation alors qu'une partie de la doctrine en France et en droit de l'OHADA optent pour la nullité absolue.

203. La position des législateurs de l'OHADA et français alimente la controverse sur la sanction d'une sûreté octroyée en l'absence d'autorisation. Les deux législateurs n'ont pris aucune position tranchée sur la question. Spécifiquement, le législateur de l'OHADA semble implicitement opter pour l'inopposabilité seulement dans le cas des sûretés octroyées par les dirigeants de la société anonyme avec administrateur général alors qu'il prévoit la nullité dans le cadre de la société anonyme avec conseil d'administration. Selon l'article 506 alinéa 1 de l'AUSCGIE, « *les cautions, avals, garanties ou garantie à première demande donnés par l'administrateur général ou par l'administrateur général adjoint ne sont opposables à la société que s'ils ont été autorisés préalablement par l'assemblée générale, soit d'une manière générale, soit d'une manière spéciale* ». De cette disposition, on déduit que le législateur semble opter pour l'inopposabilité. Par contre, l'article 449 alinéa 7 de l'AUSCGIE révisé prescrit que « *Les cautionnements, avals, garanties autonomes et autres garanties donnés, sans autorisation, pour des*

engagements pris par des tiers sont nuls ». Tantôt le législateur opte pour la nullité sans préciser le type de nullité, tantôt pour l'inopposabilité. Une partie de la doctrine semble opter pour la nullité.

204. La solution traditionnellement retenue par la Cour de cassation française contre l'octroi d'un cautionnement irrégulier est l'inopposabilité⁵²⁷. Mais les juridictions du fond notamment la Cour d'appel de Paris sont hésitantes en optant pour la nullité⁵²⁸ ou l'inopposabilité⁵²⁹ ou encore en envisageant simultanément les deux sanctions⁵³⁰. La Cour de cassation a étendu la même sanction aux lettres d'intention irrégulièrement données dans un arrêt du 8 novembre 1994⁵³¹. Elle avait décidé que la « *...lettre litigieuse comportait l'intention ferme et définitive du signataire de faire le nécessaire pour que sa filiale puisse "honorer" ses engagements envers la banque, l'obligation pouvant s'exécuter par un apport en compte courant, et qu'il en résultait que cette lettre constituait une garantie, laquelle n'ayant pas été autorisée par le conseil d'administration, n'était pas opposable à la société* ». Cet arrêt était venu confirmer un arrêt antérieur de la Cour de cassation où elle avait estimé que « *la lettre litigieuse contenait une obligation de résultat, dès lors qu'elle était de nature à rendre son auteur responsable des conséquences de la défaillance du débiteur, c'est à juste titre que la cour d'appel en a déduit que cette lettre était constitutive d'une garantie et, après avoir relevé que le signataire de l'engagement n'y avait pas été autorisé par le conseil d'administration, a décidé qu'elle était inopposable à la société* »⁵³². Cette sanction est alors applicable aux autres sûretés notamment l'aval et la garantie autonome dont l'octroi est soumise à l'autorisation préalable du conseil d'administration. Elle vient renchérir le raisonnement selon lequel les dirigeants exercent, dans le cadre des sûretés octroyées aux tiers, des pouvoirs qui ne sont pas les siens mais plutôt ceux transférés par le conseil d'administration. Ainsi sans ce transfert, l'inopposabilité est encourue.

205. Cette position de la Cour de cassation est critiquée par une partie de la doctrine⁵³³ qui suggère plutôt la

⁵²⁷ Cass. com., 28 avr. 1987, *Bull. civ. IV*, n° 102 ; *D.* 1988, Jur. p. 341, note D. GRILLET-PONTON ; *Rev. sociétés* 1987, p. 436, note Y. GUYON. Un principe jurisprudentiel confirmé ensuite, not. par Cass. com., 11 juill. 1988, *Bull. Joly Sociétés* 1988, § 217, p. 666, note P. LE CANNU ; *Rev. sociétés* 1989, p. 53, note P. DIDIER ; 8 nov. 1988, *JCP éd. E* 1989, II, n° 15542, note J.-F. BARBIERI ; Cass. com. 15 oct. 1991, *Bull. civ. IV*, n° 298 ; *D.* 1991, IR p. 252 ; *Dr. sociétés* 1992, comm. n° 14, note H. LE NABASQUE ; *Rev. sociétés* 1992, p. 57, note Y. GUYON ; Cass. com., 17 nov. 1992, *Rev. sociétés* 1993 p. 585, obs. Ph. DELEBECQUE ; Cass. com., 8 déc. 1998, *Bull. Joly* 1999, p. 535, note P. LE CANNU ; *JCP éd. E* 1999, p. 668, n° 6, obs. A. VIANDIER et J.-J. CAUSSAIN ; *RTD com.* 1999, p. 445, obs. B. PETIT et Y. REINHARD. Cf. R. MICHA-GOUDET, *Inopposabilité des cautions, avals et garanties irrégulièrement donnés par le président du conseil d'administration : une sanction critiquable*, *JCP éd. E* 1998, p. 840 ; S. SECOND et M. RAMSPACHER, *Les lettres d'intention constituent-elles des « garanties » au sens de l'article 98 de la loi du 24 juillet 1996 ?*, *Dr. sociétés*, mars 1996, n° 4, p. 4.

⁵²⁸ CA Paris, 16 déc. 1986, préc.

⁵²⁹ CA Paris 3^e ch. sect. A, 24 avr. 1990, préc.

⁵³⁰ CA Paris 15^e ch. sect. B, 8 déc. 1995, *Bull. Joly Sociétés*, 01 mars 1996 n° 3, p. 199, note P. LE CANNU.

⁵³¹ Cass. com., 8 nov. 1994, *Petites affiches*, 23 juin 1995 n° 75, p. 18, note D. GIBIRILA.

⁵³² Cass. com., 23 octobre 1990, *Rev. sociétés* 1991 p. 86, Ph. DELEBECQUE. Selon les faits de l'espèce, la Compagnie générale de banque Citibank (la Citibank) a accordé, avec le concours de la société Crédit d'équipement des petites et moyennes entreprises (la société CEPME), venant aux droits de la Caisse nationale des marchés de l'Etat, un crédit de mobilisation de créance à la société Coopérative d'entreprise générale du midi (la société CEGM). En vue de permettre à celle-ci d'obtenir un renouvellement de crédit, la société de pavage et des asphaltes de Paris (la société SPAPA) a adressé aux créanciers de la CEGM une lettre d'intention. Cette dernière ayant déclaré la cessation de ses paiements, la Citibank et la société CEPME ont demandé à la SPAPA de lui payer certaines sommes.

⁵³³ R. MICHA-GOUDET, *Inopposabilité des cautions, avals et garanties irrégulièrement donnés par le président du conseil d'administration : une sanction critiquable*, préc., p. 840 ; J.-P. LANGLADE, *Le pouvoir de fournir des sûretés dans les sociétés anonymes*, préc., p. 383, n° 52 ; D. GRILLET-PONTON, note sous Cass. com., 28 avr. 1987, *D.* 1988,

nullité pour une sûreté irrégulièrement consentie. Cette sanction est une alternative à l'inopposabilité dont les conséquences sont draconiennes pour le dirigeant et peut se retourner contre les intérêts de la société. Du côté du dirigeant, au vue de la subsistance *inter partes* de l'acte si l'inopposabilité est encourue⁵³⁴, cet acte irrégulier devient un fondement de sa responsabilité à l'égard du cocontractant. Dans cette perspective, certaines juridictions du fond retenaient alors la responsabilité du dirigeant fautif à l'égard du bénéficiaire du cautionnement qui se trouve ainsi privé du droit d'actionner sur ce fondement la société elle-même⁵³⁵. Une telle issue de secours paraît désormais condamnée devant la Cour de cassation française dans la mesure où l'acte n'est pas détachable de la fonction, exigence imposée pour qu'une action en responsabilité personnelle puisse aboutir contre le dirigeant fautif⁵³⁶. Car la responsabilité du dirigeant à l'égard des tiers ne peut être qu'exceptionnelle puisqu'en tant que représentant légal, il n'est que l'exécutant de la personne morale⁵³⁷. Dans l'arrêt du 20 octobre 1998, la Cour de cassation a estimé que c'est à bon droit que la cour d'appel a retenu que si le dirigeant avait commis une faute en ne vérifiant pas qu'il détenait les pouvoirs de consentir des cautionnements au nom de la société, cette faute n'était pas séparable de ses fonctions de directeur général et qu'il n'était ainsi pas établi que sa responsabilité personnelle était engagée. Il apparaît dès lors que la sanction de l'inopposabilité ne semble pas non plus servir les intérêts des tiers.

206. D'autre part, l'inopposabilité peut aller à l'encontre des intérêts de la société. En effet, l'inopposabilité empêche toute confirmation⁵³⁸ de la sûreté irrégulièrement consentie. Or, étant donné que ces sûretés sont généralement octroyées dans le cadre d'un groupe de sociétés, elles sont des services que se rendent les sociétés du groupe. Et, le législateur vise simplement à soumettre au contrôle les actes des dirigeants dans l'octroi des sûretés en prévoyant l'autorisation préalable du conseil d'administration. L'objectif n'est pas de priver la société d'un avantage qu'elle pourrait tirer d'une sûreté irrégulièrement octroyée. C'est pour empêcher les dirigeants de grever inconsidérément le patrimoine social par l'octroi de ces sûretés. Mais l'inopposabilité semble être en déphasage avec cet objectif puisqu'elle est un frein à la confirmation⁵³⁹ d'un acte irrégulièrement donné, même si l'organe dont l'autorisation fait défaut ratifie la sûreté irrégulièrement consenti par le dirigeant⁵⁴⁰.

Jur. p. 341 ; J.-F. BARBIERI, *JCP éd. E* 1989, II, n° 15542 et *JCP* 1992, II, n° 21877 ; R. BAILLOD, *Les lettres d'intention*, *RTD com.* 1992, p. 563, n° 26 s.

⁵³⁴ M. FALAISE, *La sanction de l'acte irrégulier (Distinction entre nullité et inopposabilité)*, *Petites affiches*, 27 août 1997 n° 103, p. 5. Cf. aussi D. BASTIAN, *Essai d'une théorie générale de l'inopposabilité*, Sirey, 1929.

⁵³⁵ CA Paris, 9 mai 1990, *Rev. sociétés* 1990, somm. p. 475, obs. Y. GUYON ; 1^{er} avr. 1992, *Rev. sociétés* 1992, somm. p. 558, obs. Y. GUYON ; 9 déc. 1994, *Rev. sociétés* 1995, somm. p. 369, obs. Y. GUYON ; 3 avr. 1998, *Bull. Joly* 1998, p. 1162, note P. LE CANNU ; CA Lyon, 13 nov. 1996, *D.* 1998, p. 250, note R. MICHA-GOUDET et Y. REINHARD ; *RTD com.* 1998, p. 176, obs. B. PETIT et Y. REINHARD.

⁵³⁶ Cass. com., 20 oct. 1998, *D.* 1999, p. 639, M.-H. de LAENDER ; *Rev. sociétés* 1999, p. 111, note B. SAINTOURENS.

⁵³⁷ V. *infra* n° 367. – V. aussi, M.-H. de LAENDER, note sous Cass. com., 20 oct. 1998, *D.* 1999, p. 639.

⁵³⁸ Cf. M. FALAISE, *La sanction de l'acte irrégulier (distinction entre nullité et inopposabilité)*, *Petites affiches*, 27 août 1997, p. 5, n° 24.

⁵³⁹ Cf. par ex., Cass. com., 17 nov. 1992, *Rev. sociétés* 1993, p. 585, note Ph. DELEBECQUE ; *Bull. Joly Sociétés* 1993, p. 98, note Y. CHAPUT.

⁵⁴⁰ Cass. com. 15 oct. 1991, préc. : viole les articles art. 98, al. 4, de la loi du 24 juill. 1966 et 89 du décret n° 67-326 du 23 mars 1967 la cour d'appel qui, pour accueillir une demande en paiement adressée à l'encontre d'une société mère dont le président du conseil d'administration avait donné sa garantie à la bonne fin financière des opérations commerciales menées par l'une de ses filiales, retient que l'engagement de la société mère constitue un cautionnement et qu'il a fait l'objet d'une approbation implicite du conseil d'administration de cette société mère et de l'assemblée générales des actionnaires de

207. Toutefois, en raison du caractère d'ordre public de l'article, la nullité absolue est envisageable⁵⁴¹. Cette nullité est proche de l'inopposabilité car l'application de la prescription de droit commun s'imposerait. Toute confirmation de la sûreté irrégulièrement octroyée deviendrait impossible étant donné que le vice qui affecte l'acte est presque permanent. Au regard des pouvoirs des dirigeants, la nullité de l'acte sanctionne l'absence de consentement de la société à l'acte qui n'a pu être donné faute de l'autorisation du conseil d'administration. C'est dire que le dirigeant n'exprime pas la volonté de la société dans l'octroi des sûretés. Ce n'est que sur délégation du pouvoir par le conseil d'administration que les dirigeants peuvent porter la volonté de la société à l'égard des tiers. La modération du pouvoir des dirigeants est incontestable, car la nullité d'une sûreté octroyée sans autorisation démontre qu'ils n'exercent pas des pouvoirs propres mais ceux reçus sur délégation. Mais en raison du silence du législateur sur la sanction encourue par la sûreté irrégulière, des aménagements peuvent être apportés au régime d'autorisation pour tracer des pistes pour une probable réforme législative.

2. L'aménagement de la sanction des garanties octroyées sans délégation de pouvoirs

208. Le régime d'autorisation des garanties manque de cohérence quant aux sanctions susceptibles de frapper les garanties irrégulièrement consenties. Son aménagement s'avère nécessaire. En raison des intérêts privés que le législateur entend protéger en instituant l'autorisation préalable, la nullité relative est la sanction judiciaire pour frapper les garanties fournies en violation de cette règle (a). Ce type de nullité peut être facilement couvert par une éventuelle ratification de l'acte irrégulier par une délibération de l'organe social dont l'autorisation avait fait défaut, en vue de lui faire perdre le vice qui l'entachait (b).

a. La nullité relative comme sanction judiciaire

209. La sanction des garanties irrégulièrement consenties par l'inopposabilité ou la nullité absolue servent insuffisamment les intérêts de la société dont elle permet pourtant d'assurer la protection contre les sûretés consenties sans son autorisation. Ces sanctions semblent inadaptées à ce contexte. Particulièrement, « *l'inopposabilité doit être écartée parce qu'elle n'est envisagée uniquement qu'à propos des limitations imposées par les statuts ou par une délibération du conseil d'administration, limitations inopposables aux tiers* »⁵⁴². Le régime d'autorisation est institué pour protéger la société⁵⁴³ contre les actes inconsidérés des dirigeants. Mais la sanction de sa violation par l'inopposabilité vient étendre les titulaires de l'action aux contractants alors que leur protection n'est pas directement visée. De plus, le législateur s'est clairement prononcé pour la nullité relative de

celles-ci, alors que la cour constatait que le président n'avait pas obtenu l'autorisation préalable du conseil d'administration de la société, ce dont il résultait que le cautionnement donné, insusceptible de ratification, était inopposable à la société. en droit de l'OHADA, correspondent aux art. 98, al. 4, de la loi du 24 juill. 1966 et 89 du décret du 23 mars 1967, l'article 449 al. 1 de l'AUSCGIE en présence d'une société anonyme avec conseil d'administration et l'article 506 al. 1 s'agissant de la société avec administrateur général.

⁵⁴¹ P.-G. POUGOUE, J. NGUEBOU-TOUKAM et F. ANOUKAHA, in *OHADA, Traité et actes uniformes commentés et annotés, Juriscope*, 2008, p. 464.

⁵⁴² J.-P. LEGROS, *La nullité des décisions de sociétés*, *Rev. sociétés* 1991, p. 275, n° 26.

⁵⁴³ Ph.. DELEBECQUE, note sous Cass. com., 17 nov. 1992, *Rev. sociétés* 1993, p. 586, n° 6.

ces conventions conclues sans autorisation, notamment les conventions réglementées⁵⁴⁴. Alors, la sanction du défaut d'autorisation mérite d'être la même pour tous les actes pour lesquels cette autorisation est nécessaire. C'est pourquoi, l'adoption d'une nullité relative pour les garanties consenties sans autorisation permet d'imprimer une cohérence dans la sanction susceptible de frapper les actes souffrant du défaut d'autorisation.

210. L'inopposabilité ou la nullité absolue sont des sanctions inadaptées aux garanties irrégulièrement consenties par le dirigeant social. En effet, les intérêts protégés au travers de ces sanctions sont d'ordre privé et non d'ordre général. La nature privée des intérêts devait en réalité permettre de restreindre leurs titulaires⁵⁴⁵, les seuls pouvant agir ou renoncer⁵⁴⁶ à l'action. Dans ce cas, la société dont l'intérêt est protégé a l'opportunité de juger du sort des actes pris sans son autorisation. Mais l'inopposabilité et la nullité absolue lui enlèvent cette faculté et le condamnent à agir. Ces sanctions manquent de dynamisme car elles privent la société de toute latitude d'apprécier les conséquences de ces actes en vue de décider souverainement de son sort. A l'instar de l'inopposabilité, la nullité absolue rappelle le vice continu qui entache l'acte empêchant toute possibilité de confirmation. Bien que le régime d'autorisation soit une institution dont l'objectif est la protection des intérêts de la société, la sanction de sa violation par la nullité absolue ou l'inopposabilité tend à offrir aussi une protection en faveur du cocontractant. Ainsi, le cocontractant peut-il invoquer l'inopposabilité de l'acte à la société même si celle-ci entend le faire survivre. D'un autre côté, le cocontractant peut, sur le fondement de la nullité absolue, demander l'annulation de l'acte même si la société entend maintenir l'acte. De l'autre, le cocontractant peut invoquer l'inopposabilité de l'acte à la société contre l'avis favorable de celle-ci à la reprise de l'engagement litigieux à son compte. Ces réalités démontrent que ces sanctions sont davantage au service du cocontractant, alors que le régime d'autorisation ne vise que la protection exclusive des intérêts de la société.

211. C'est pourquoi, la recherche d'une meilleure protection des intérêts de la société commande le recours à la nullité relative comme la sanction la mieux adaptée au contexte des garanties irrégulièrement consenties. La nullité relative concerne les cas où la règle méconnue protégeait un intérêt particulier. Elle concerne plusieurs cas dont le défaut de représentation⁵⁴⁷ : lorsque celui au nom duquel le contrat a été conclu n'avait pas donné le pouvoir correspondant, de sorte qu'il n'a pas consenti au contrat, seul l'intéressé peut se prévaloir de la nullité⁵⁴⁸. De même « à l'instar des incapacités (article 489 du Code civil), du défaut de pouvoir d'un époux commun en biens (article 1427), ou du défaut de pouvoir en matière de procédure (article 117 du nouveau Code de procédure civile), l'absence de consentement du représenté (...) devrait pouvoir être sanctionnée par une nullité relative, s'agissant de protéger un intérêt privé »⁵⁴⁹. Dans le cadre de la société, l'organe dépositaire des pouvoirs légaux d'octroyer les

⁵⁴⁴ Art. 444 et s. de l'AUSCGIE.

⁵⁴⁵ C. HANNOUN, *L'action en nullité et le droit des sociétés (Réflexion sur les sources procédurales du droit de critique et leurs fonctions)*, *RTD com.* 1993, p. 231, n° 4 et s.

⁵⁴⁶ Cf. RAYNAUD, *La renonciation à un droit*, *RTD civ.* 1936, 763.

⁵⁴⁷ A. BENABENT, *Droit civil, Les obligations*, 11^e éd., Dalloz, 2013, n° 207.

⁵⁴⁸ Civ. 1^{re}, 25 mai 1992, *Bull. civ.*, I, n° 156.

⁵⁴⁹ B. DEPRET, *Le Clair-obscur du cautionnement des sociétés anonymes (Brèves réflexions à propos de Cass. com., 20 octobre 1998)*, *Petites affiches*, 17 septembre 1999, n° 186, p. 4.

garanties aux tiers, n'a pas transféré ce pouvoir aux dirigeants. Ce défaut de transfert de pouvoir traduit l'absence de consentement de la société à l'acte. La faculté ne peut alors être offerte qu'à la société et non au cocontractant de demander la nullité de l'acte. Lorsqu'elle estime que la garantie irrégulièrement consentie présente un danger pour ses intérêts, elle peut recourir à la nullité. Mais, en l'absence de danger elle peut y renoncer. Cette sanction est plus dynamique et est en phase avec les intérêts de la société. Elle évite de lui imposer le choix d'autres sanctions même à l'encontre de sa volonté. Contrairement à l'inopposabilité et la nullité absolue, la nullité relative permet d'obtenir l'annulation partielle de la garantie octroyée qui excédera à elle seule soit le montant global autorisé, soit le montant unitaire par garantie tels que fixés par exemple par le conseil.

212. L'adoption de la nullité relative est une sanction appropriée contre les sûretés consenties sans autorisation semble logique, car c'est la même sanction que le législateur a prévu pour les conventions réglementées conclues sans autorisation du conseil d'administration à l'article 444 de l'AUSCGIE. Aussi, rien n'exclut le recours à cette sanction pour les conventions réglementées conclues désapprouvées par l'assemblée générale dans le cadre de la SA avec administrateur général, même si la nullité est passée sous silence. Si le défaut d'autorisation des conventions réglementées est sanctionné par une nullité relative, pourquoi ne pas appliquer la même sanction au défaut d'autorisation des garanties. Il s'agit de définir une sanction identique pour tous les cas de défaut d'autorisation. Étant entendu que l'institution de l'autorisation préalable vise la protection de la société, les titulaires de l'action en annulation des actes issus de la violation de cette institution doivent être limités à la société, à ses membres et organes. Dès lors, le choix de la nullité relative répond mieux au contexte et semble instaurer une cohérence dans les sanctions applicables aux violations de l'autorisation préalable. L'adoption de ce type de nullité donne à la société la faculté de renoncer au droit d'agir en annulation d'une sûreté irrégulièrement consentie pour plutôt procéder à sa ratification.

b. Le maintien des garanties irrégulières sous réserve de ratification

213. Dans le contexte de la sanction d'une sûreté irrégulière par la nullité relative, les titulaires de l'action peuvent renoncer à leur droit de recourir à la sanction des conditions de formation de la sûreté et opter pour sa ratification. La ratification permet de couvrir le vice qui entache l'acte et constitue une preuve de la volonté de la société à être engagée par l'acte. Par la suite, la ratification fait disparaître le fondement toute action susceptible d'être exercée contre l'acte du dirigeant, laquelle disparition rendrait irrecevable l'action certains actionnaires.

214. Dès l'abord, la ratification permet de couvrir le vice du défaut d'autorisation que comporte l'acte. Deux conditions sont exigées pour qu'il y ait ratification : la connaissance du vice qui l'affecte et l'intention de le réparer⁵⁵⁰

⁵⁵⁰ Com. 2 juin 2004, *RTD civ.* 2004 p. 505, note J. MESTRE ; B. FAGES, note sous Com. 17 juin 2008 et Civ. 3^e, 2 juill. 2008, *RTD civ.* 2008 p. 675 ; J. MESTRE, *La réalisation des conditions de la confirmation est soumise au contrôle de la Cour de cassation*, *RTD civ.* 1997 p. 117 ; G. COUTURIER, *La confirmation des actes nuls*, préf. de J. FLOUR, *Bibl. dr. pr.*, t. 121, LGDJ, 1972, n^{os} 11 et s. ; J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Les obligations*, t. 1, 9^e éd., Armand Colin, 2000, n^{os} 341 s. ; J. GHESTIN, *Traité de droit civil, Les obligations*, 2^e éd., L.G.D.J., 1988, n^o 816.

et plus précisément de le couvrir. En cela, la ratification se confond avec la confirmation⁵⁵¹ mais se différencie nettement de la régularisation⁵⁵², bien qu'elles soient ensemble des actes juridiques unilatéraux. En réalité, la ratification ou la confirmation⁵⁵³ doivent émaner d'une autre volonté que celle de l'auteur de l'acte entaché de vice. Mais la régularisation doit être entreprise par l'auteur même de l'acte entaché de vice. Elle est conçue comme une réparation de l'acte⁵⁵⁴. C'est pourquoi, dans le cadre de la promesse du porte-fort sous réserve de ratification, la qualité du promettant est différente de la qualité de la personne susceptible de ratifier son engagement⁵⁵⁵. C'est aussi le cas dans le mandat où l'acte du mandataire accompli en dépassement de ses pouvoirs ne peut être couvert par lui-même mais par le mandant⁵⁵⁶. En droit constitutionnel, le président de la république peut parapher un traité international mais sa ratification incombe au parlement. Cependant, le mécanisme est différent dans la régularisation. Dans le cadre de la constitution d'une société, lorsque la société n'a pu être immatriculée pour un vice entachant l'objet social, c'est la société qui avait adopté les statuts qui procède à la régularisation en expiant le vice. En somme, tandis que la ratification consiste à couvrir un vice entachant un acte pris par autrui, la régularisation consiste pour une personne de faire disparaître le vice qui entache son propre acte. C'est pourquoi le terme de ratification est propice au contexte des actes irréguliers des dirigeants : celui-ci est l'auteur d'une sûreté irrégulièrement octroyée, mais c'est le conseil d'administration ou l'AG, selon le cas, qui est habilité à ratifier l'acte.

215. Le mécanisme de la ratification permet de réaffirmer que le conseil d'administration ou l'assemblée générale, selon le cas, sont les seuls organes habilités à décider de l'octroi des garanties pour autrui au nom de la société. Ces organes expriment la volonté sociale dans ce contexte. En l'absence de cette volonté, l'acte pris par ces derniers encourt la nullité. Le défaut d'autorisation peut se présenter dans deux cas : soit par le dépassement de l'autorisation préalablement donnée, soit par l'absence totale d'autorisation. Ce dernier cas peut se rencontrer lorsqu'en face de l'impossibilité pour le conseil de se réunir ou d'atteindre le quorum requis par la loi ou les statuts pour prendre une décision, le dirigeant procède à l'octroi de la sûreté en attendant la confirmation ultérieure de l'acte. Mais, aussi la confirmation n'est-elle pas envisagée par le législateur parce que l'autorisation est souvent donnée pour tout le temps d'un exercice, c'est-à-dire un an et qu'aucune autre réunion du conseil, par exemple, n'est plus nécessaire à ce sujet. Pourtant, l'autorisation peut ne pas prendre en compte certains actes,

⁵⁵¹ L'art. 1338 du Code civil qui soumet la ratification et la confirmation au même régime. Sur la notion de confirmation.

⁵⁵² V. Ch. DUPEYRON, *La régularisation des actes nuls*, préf. de HEBRAUD, Bibl. dr. pr., t. 127, LGDJ, 1973.

⁵⁵³ Une décision, comme le relève Me CHARVERIAT, « susceptible d'être frappée d'une nullité relative ne peut être confirmée que par la personne qui pouvait se prévaloir de cette nullité. La confirmation peut résulter d'un acte exprès, ou de l'exécution volontaire de l'acte ou de la délibération annulable faite en pleine connaissance de cause ». V. A. CHARVERIAT, *De quelques difficultés relatives à la nullité d'une décision sociale irrégulière*, *Rev. sociétés* 2010, p. 212, n° 11.

⁵⁵⁴ J.-P. LEGROS, *Comment éviter la nullité d'une délibération sociale ?*, *Petites affiches*, 02 avril 2002 n° 66, p. 7.

⁵⁵⁵ V. Cass. 1^{re} civ., 25 janv. 2005 et Cass. com., 13 déc. 2005, *JCP éd. G* 2006, II 10021, note Ph. SIMLER ; Cass. com., 28 sept. 2010, *Bulletin Joly Sociétés*, 01 février 2011 n° 2, note M. CAFFIN-MOI. V. aussi S. PRIGENT, note sous Cass. com., 13 déc. 2005, *Petites affiches*, 24 avril 2006, n° 81, p. 17 ; Ph. SIMLER, *Les solutions de substitution au cautionnement*, *JCP éd. G* 1990, I 3427 ; J. MESTRE, *Du contrat conclu apparemment pour soi-même mais effectivement pour autrui*, *RTD civ.* 1990 p. 268 ; G. TILLEMENT, *Promesse de porte-fort et droit des sociétés*, *Revue des sociétés* 1993 p. 51 ; X. DELPECH, *La promesse de porte-fort, une sûreté à part entière*, *D.* 2006 p. 298 ; Ph. DELEBECQUE, *Le porte-fort n'est pas un mandataire*, *D.* 1994, p. 211 ; M. JULIENNE, *Obligation naturelle et obligation civile*, *D.* 2009, p. 1709 ; D. ARLIE, *Pour une juste conception du porte-fort d'exécution*, *A propos de Cass. com. 13 déc. 2005, Boissy c/ Sté NV Sanac Belgium*, *D.* 2006 p. 2244.

⁵⁵⁶ Cf. J. MESTRE, *Du contrat conclu apparemment pour autrui mais effectivement pour personne*, *RTD civ.* 1990 p. 270.

d'où la possibilité pour les dirigeants de passer ces actes sous réserve de ratification par le conseil. Cette ratification passera par la prise d'une délibération d'autorisation de l'acte. Or, étant entendu que l'acte est conclu avant la date de délibération du conseil, il s'agira plutôt d'une délibération d'approbation de l'acte.

216. Cette autorisation *a posteriori* est un mandat rétroactif. La société va donc se trouver liée à l'égard des tiers avec qui le dirigeant a contracté. Elle ne pourra donc rien lui réclamer, à moins qu'elle n'ait réservé ses droits au moment de la ratification⁵⁵⁷. La rétroactivité qui s'attache à cette ratification signifie que l'acte sera considéré comme régulier à compter de sa conclusion⁵⁵⁸, mais aussi que les droits acquis par les tiers dans l'intervalle peuvent être remis en cause⁵⁵⁹. C'est les mêmes effets que produit la ratification de l'acte du mandataire par le mandant. A travers la ratification, l'acte est repris pour le compte de la société. Mais la ratification ne fait pas perdre au conseil d'administration ou l'AG, selon le cas, son pouvoir dans l'octroi des sûretés. Ces organes continuent de garder la maîtrise de ces actes du moment où, il conserve le pouvoir de ne pas ratifier l'acte. D'ailleurs, le temps écoulé après la conclusion de l'acte jusqu'à sa ratification peut leur permettre d'apprécier les conséquences de l'acte par rapport au patrimoine social. Si l'acte est susceptible de causer un préjudice à la société, la ratification est inenvisageable. Mais si la société trouve un profit de l'acte, la ratification est envisageable. C'est pourquoi, les dirigeants ne peuvent espérer une ratification de son acte que si les conséquences de l'acte sont avantageuses pour la société. La ratification traduit l'absence de reproche au dirigeant et devient donc un obstacle à toute action contre l'acte du dirigeant susceptible de se fonder sur le défaut d'autorisation.

217. En définitive, l'autorisation préalable un rôle majeur dans la modération des pouvoirs des dirigeants. Mais si les dirigeants peuvent octroyer des garanties sans autorisation sous réserve de leur ratification, cela fait décliner la modération qui frappe leurs pouvoirs. Le déclin est également perceptible au sein des sociétés de personnes où il peut arriver que l'octroi des sûretés engage la société sans même entrer dans l'objet social.

§ 2. Un déclin avéré dans les sociétés de personnes

218. Les sociétés de personnes, notamment la société en collectif, ne peuvent être engagées que par des actes accomplis par les dirigeants conformément à l'objet social. Ceci étant, le dirigeant peut valablement engager la société par la fourniture de sûretés personnelles aux tiers⁵⁶⁰, lorsque celle-ci est prévue par l'objet social. Dans le cas échéant, l'accomplissement de cet acte est inopposable à la société. L'autorité de l'objet social s'effondre du moment que les dirigeants peuvent valablement engager la société au-delà de l'objet social

⁵⁵⁷ V. Cass. req., 28 mars 1855, *DP* 1855, 1, 165.

⁵⁵⁸ Cass. 3^e civ., 20 déc. 1971, *Bull. civ.*, III, n° 645.

⁵⁵⁹ V. Cass. civ., 4 mars 1891, *DP* 1891, 1, 313.

⁵⁶⁰ Dans le cadre des sociétés à risques illimités, les conditions auxquelles doivent se conformer les dirigeants dans la fourniture de sûretés, en l'absence de prévision statutaire y relative, est indifférente à la qualité du bénéficiaire. Ainsi, les conditions sont identiques que le bénéficiaire soit un tiers à la société, ou un associé ou même dirigeant. Les dirigeants et associés sont par conséquent assimilés aux tiers sur le fondement de l'identité des règles relatives à la fourniture des sûretés par les sociétés à risques illimités.

lorsqu'il obtient l'accord unanime des associés à l'opération (A) ou lorsqu'il existe une communauté d'intérêts entre la société et le tiers garanti (B).

A. Des octrois dépassant l'objet social validés par l'accord unanime des associés

219. En application de l'article 283 alinéa 1^{er} de l'AUSCGIE, « *toutes les décisions qui excèdent les pouvoirs des dirigeants sont prises à l'unanimité des associés* ». C'est une ouverture que la loi offre aux associés de lever la limitation des pouvoirs des dirigeants par l'objet social en les autorisant à agir valablement en dehors de cet objet. En d'autres termes, l'objet social peut être valablement dépassé par le gérant après avoir obtenu l'autorisation des associés à cet effet. Ainsi, le gérant peut-il valablement consentir des sûretés aux tiers ou des découverts en compte courant d'associés aux autres associés ou en être bénéficiaire, lorsque l'opération est autorisée par l'unanimité des associés. Mais la responsabilité indéfinie des associés en nom étant un fondement de la limitation des pouvoirs des dirigeants à l'objet social, tout engagement pris en dehors de l'objet constitue un accroissement de l'engagement primaire des associés en nom pour lequel son consentement doit être requis. C'est pourquoi, l'unanimité requise doit provenir de la totalité des associés (2) et non des associés présents au vote (1).

1. L'insuffisance de l'unanimité des associés présents

220. Le consentement unanime des associés en nom habilite le dirigeant à accomplir un acte qui ne rentre pas dans l'objet social. Ce consentement s'avère insuffisant à valider l'acte lorsqu'il émane non de l'ensemble des associés signataires du pacte social mais seulement d'une partie d'entre eux. C'est l'hypothèse selon laquelle l'opération envisagée par le dirigeant a été autorisée à l'unanimité des associés présents lors de la prise de décision. Même si le quorum nécessaire pour prendre les décisions extraordinaires est atteint, il est insuffisant pour qu'une autorisation soit valablement donnée au dirigeant. Les abstentions doivent être considérées comme rompant l'unanimité. Lors d'une consultation écrite, une seule voix dissonante bloque l'expression de l'unanimité. Dans la même optique, un auteur a relevé que « *l'unanimité requise dans le cadre d'une assemblée d'associés ne saurait être celle d'un quelconque quorum ne requérant que la présence d'une majorité de parts sociales ou d'actions dans le capital* »⁵⁶¹. Qu'un seul associé boude l'assemblée générale en n'y étant personnellement, ni représenté, et l'unanimité requise fera défaut⁵⁶². Ceci étant, la prise de décision à l'unanimité de certains associés réunis en assemblée générale ne semble pas opérante pour valider en définitive une garantie de la société pour les engagements des tiers. Car, en l'absence de prévision statutaire de la fourniture des sûretés, sa réalisation nécessite le consentement de chaque associé. Lorsque le dirigeant se fonde sur l'unanimité des associés présents à l'assemblée générale pour faire consentir une garantie au nom de la société au bénéfice d'un tiers, cet acte encourt la nullité⁵⁶³, étant entendu que cette délibération tombe sous le coup de la même sanction⁵⁶⁴.

⁵⁶¹ G. TAORMINA, *Réflexions sur l'aggravation des engagements de l'associé*, préc., p. 267.

⁵⁶² Cf. F. RIZZO, *Le principe d'intangibilité des engagements des associés*, préc., pp. 27 et s., spéc., p. 54, n° 23 ; R. HOUIN, obs. in *RTD com.* 1973, p. 587 et 588.

⁵⁶³ Cf. B. THULLIER, *La théorie des nullités et le principe de l'effet relatif à l'épreuve du droit des sociétés : une illustration*, *D.* 2004, p. 2033.

⁵⁶⁴ B. THULLIER, note sous Cass. com., 13 nov. 2003, *D.* 2004, Somm. p. 2034.

221. La jurisprudence française a tendance à ne pas définir de manière restrictive les titulaires de l'action⁵⁶⁵. Cette nullité peut être demandée tant par les associés n'ayant pas participé au vote que par ceux qui y ont participé dans la mesure où ces derniers semblent avoir renoncé à leur droit de critique⁵⁶⁶. La Cour de cassation française considère que l'intérêt légitime ne peut disparaître automatiquement du seul fait du vote, l'associé a donc la possibilité de contester en justice la position adoptée lors du vote de l'assemblée. Elle consacre ainsi, au bénéfice des associés, un droit de se contredire au détriment d'autrui, un droit de revenir sur la volonté exprimée⁵⁶⁷.

222. Ceci étant, malgré le fait que la société en nom collectif semble gagnée par une certaine dose d'institutionnalisation, le contrat y joue encore un rôle très majeur. A l'instar du contrat dont la modification des termes ne saurait résulter de la volonté unilatérale d'une partie⁵⁶⁸, les associés peuvent revoir leur engagement en autorisant les dirigeants à accomplir des actes qui n'entraient pas dans l'objet social en procédant à une modification virtuelle des statuts. Ainsi, dans ce cas, l'unanimité des associés présents obtenue à l'assemblée générale n'est en réalité qu'une "unanimité partielle" en raison du défaut de suffrage des autres associés au regard de l'opération. Cette unanimité partielle ne peut suffire à elle seule pour déroger aux statuts. Le consentement unanime de l'ensemble des associés composant la société à l'opération vient déroger aux statuts et valider l'opération et emporte implicitement la renonciation⁵⁶⁹ des associés au droit de demander la nullité de l'opération.

2. La nécessité de l'unanimité de la totalité des associés

223. La règle de l'unanimité s'entend de la totalité des associés liés par le pacte social et non de l'ensemble des membres réunis en assemblée⁵⁷⁰. L'engagement de la société en nom collectif par la fourniture d'une sûreté non prévue par l'objet social peut être validé par le consentement unanime de l'ensemble des associés composant la société. Dans ce cas, tous les associés acceptent de supporter les dangers qui pourraient découler des sûretés consenties par la société aux tiers⁵⁷¹. Le contrat social subit alors virtuellement une modification dérogatoire qui ne vaut que pour l'opération considérée. Toutes autres opérations effectuées sans rapport avec l'autorisation donnée est nulle. Ce faisant, sur le fondement du consentement unanime des associés, le dirigeant peut consentir des sûretés aux tiers. Aussi, peut-il obtenir des associés composant la société, le consentement unanime pour consentir ces sûretés à un autre associé de la société ou à ses conjoint, descendants et ascendants. Sur la question, la position de la Chambre commerciale de la Cour de cassation française a connu une évolution qu'il convient de souligner.

⁵⁶⁵ Cass. req. 4 juillet 1934, *DH* 1934, p. 426 ; Cass. civ. 3^e, 19 juill. 2000, *RTD com.* 2000, p. 963, obs. M.-H. MONSÉRIÉ-BON ; Cass. 3^e civ., 21 oct. 1998, *Bull. civ.* III, n° 203 ; *D.* 2000, Somm. p. 232, obs. J.-Cl. HALLOUIN ; *Dr. sociétés* 1999, n° 2, obs. T. BONNEAU. V. aussi P. LE CANNU, *Nullité et participation des associés aux décisions collectives*, *RJDA* 12/98, p. 987.

⁵⁶⁶ J.-Cl. HALLOUIN, note sous Cass. com., 13 nov. 2003, *D.* 2004, n° 40, Somm. p. 2927.

⁵⁶⁷ M.-H. MONSÉRIÉ-BON, obs. sous Com. 13 nov. 2003, *RTD com.* 2004 p. 118.

⁵⁶⁸ Cf. R. FABRE, *Les clauses d'adaptation dans les contrats*, *RTD civ.* 1983, 1 ; CEDRAS, *L'obligation de négocier*, *RTD com.* 1985, 265 ; F. TERRE, *Droit civil, Les obligations*, 3^e éd., Précis Dalloz, 2002, p. 468, n° 472-473.

⁵⁶⁹ Cf. RENAUD, *La renonciation à un droit. Sa nature et son domaine*, *RTD civ.* 1936, 763.

⁵⁷⁰ D. BERT et T. LAKHDARI, *La mise en oeuvre de la règle de l'unanimité en droit des sociétés (à propos de CA Versailles, 12^e ch., 24 février 2005)*, *D.* 2005, p. 1853.

⁵⁷¹ Cf. J.-M. MOUSSERON, *La gestion des risques par le contrat*, *RTD civ.* 1988, 481.

224. En effet, dans un arrêt du 26 janvier 1993⁵⁷², la Chambre commerciale de la Cour de cassation était opposée à la validation d'une garantie donnée pour cautionner l'engagement d'un associé du moment que l'acte n'était pas conforme à l'objet social. En l'espèce, un associé avait emprunté pour acquérir des parts de SNC et où la société avait garanti le remboursement de l'emprunt. La Chambre commerciale avait jugé que l'acte n'étant pas conforme à l'objet social bien qu'il était autorisé par l'unanimité des associés ; elle avait été partiellement contredite par la Chambre civile qui avait décidé que pour les sociétés civiles, à partir du moment où elle était autorisée par un accord unanime des associés, la garantie donnée par la société au profit d'un tiers était valable sauf fraude aux droits des créanciers⁵⁷³. La Chambre commerciale a eu l'occasion de maintenir sa position en ce qui concerne les SNC⁵⁷⁴, tout en adoptant celle de la Chambre civile⁵⁷⁵ pour statuer sur le cas d'une société civile⁵⁷⁶. Ce n'est qu'à partir de l'arrêt du 18 mars 2003⁵⁷⁷ que s'est opéré un revirement de la position de la Chambre commerciale. Elle avait cassé l'arrêt de la cour d'appel en estimant que les cautionnements en cause avaient été donnés avec l'accord unanime de tous les associés lors d'une assemblée générale extraordinaire et dès lors qu'il n'était pas allégué que ces garanties étaient contraires à l'intérêt social. Il est tenu compte pour la validation non seulement de l'unanimité des associés mais aussi de la non-atteinte du cautionnement à l'intérêt social, car « *le cautionnement même accordé par le consentement unanime des associés n'est pas valide s'il est contraire à l'intérêt social* »⁵⁷⁸. L'atteinte est sanctionnée par la nullité du cautionnement en dépit de l'unanimité des associés à l'opération⁵⁷⁹.

⁵⁷² Cass. com., 26 janv. 1993, *D.* 1993, IR. P. 47; *Rev. Sociétés* 1993, p. 396, note J.-F. BARBIERI ; *Bull. Joly*, p. 432, note P. LE CANNU ; *JCP* 1993, I, n° 3680, obs. P. SIMLER ; *JCP N* 1995, p. 375, chron. G. VIDALENC ; *Deffrénois* 1994, art. 35674, n° 1, p. 1455, obs. H. HOVASSE.

⁵⁷³ Cass. civ. 1^{re}, 19 mai 1987, *D.* 1987, Somm. p. 445, obs. L. AYNES ; *Rev. sociétés* 1988, p. 78, note Y. GUYON.

⁵⁷⁴ Cass. com., 14 déc. 1999, *Deffrénois* 2000, p. 205, obs. H. HOVASSE ; *JCP* 2000, I, n° 257, obs. Ph. SIMLER ; *Dr. sociétés* 2000, n° 51, obs. T. BONNEAU.

⁵⁷⁵ L'idée que l'accord unanime des associés vaut autorisation de dépassement des pouvoirs du gérant est une formule classique sous la plume des conseillers des chambres civiles (Cass. civ. 1^{re}, 4 février 1971, *SCI Frais Vallon*, *Rev. sociétés* 1971, p. 595, note. GUILBERTEAU ; *JCP éd. G.*, 1972, II, 16980, note. M. DAGOT et P. SPITERI ; Cass. civ. 1^{re}, 20 octobre 1992, *SCI La Claudine c/ CEPME*, *Bull. Joly* 1992, p. 1311, § 426, n. D. LEPELTIER ; *RTD com.* 1993, p. 333, obs. E. ALFANDARI et M. JEANTIN ; Cass. civ. 3^e, 1^{er} déc. 1993, *Dr. sociétés* 1994, comm. 138, obs. H. LE NABASQUE ; *RTD com.* 1995, p. 149, obs. E. ALFANDARI et M. JEANTIN ; Cass. civ. 3^e, 25 sept. 2002, *Citibank international PLC c/ SCI OLMR*, *Dr. sociétés* 2003, n° 3, obs. F. X. LUCAS ; *adde* CA Nîmes, 1^{re} ch., 28 janv. 2003, *SCI de la Forge c/ BNP Paribas*, *Dr. sociétés* 2003, n° 102, obs. F. X. LUCAS ; CA Rennes, 1^{re} ch. B, 14 novembre 2002, *SCI Lenhardt c/ SA Veedol France*, *Dr. sociétés* 2003, n° 124, obs. F. X. LUCAS ; comp. Cass. civ. 1^{re}, 19 mai 1987, *Banque Commerciale Privée c/ Congrégation des religieuses de Nazareth*, *Bull. Joly* 1987, p. 792, § 326 ; *Rev. sociétés* 1988, p. 78, n. Y. GUYON ; *D.* 1997, Somm., p. 445, obs. L. AYNES).

⁵⁷⁶ Cass. com. 28 mars 2000, *D.* 2000, AJ p. 253, obs. BOISARD, Somm. p. 478 ; *D.* 2001, Somm. P. 692, obs. L. AYNES ; *Rev. sociétés* 2000, p. 535, obs. Y. GUYON ; *RTD com.* 2000, p. 666, obs. C. CHAMPAUD et D. DANET ; *Bull. Joly* 2000, p. 501, note A. COURET ; *JCP* 2000, I, n° 257, obs. P. SIMLER ; *Petites affiches* 2000, n° 162, p. 13, note M. KEITA.

⁵⁷⁷ Cass. com., 18 mars 2003, *D.* 2003, AJ p. 975, obs. A. LIENHARD ; *D.* 2004, Somm. p. 271, obs. J.-Cl. HALLOUIN ; *Rev. sociétés* 2003, p. 500, obs. Y. GUYON ; *Bull. Joly* 2003, p. 643, note J.-F. BARBIERI ; *Dr. sociétés* 2003, n° 110, note J. MONNET ; *JCP éd. E.*, 2003, p. 688, obs. P. BOUTEILLER.

⁵⁷⁸ Civ. 3^e, 12 sept. 2012, FS-P+B, n° 11-17.948, *S^{te} ADC c/ Caisse de crédit mutuel Porte du Sundgau*, *Rev. sociétés* 2013, p. 16, note A. VIANDIER.

⁵⁷⁹ Com. 3 juin 2008, n° 07-11.785, *SCI Domaine d'Archilet c/ CRCAM Sud Rhône Alpes*, *Rev. sociétés* 2009, p. 383, note D. RANDOUX ; *JCP E* 2008, 2545, n°4, obs. Fl. DEBOISSY et G. WICKER ; – Com. 8 nov. 2011, n° 10-24.438, *D.* 2012. 415, obs. A. LIENHARD, note E. SCHLUMBERGER ; *Rev. sociétés* 2012, p. 38, note A. VIANDIER ; *RTD com.* 2012. 358, obs. M.-H. MONSERIE-BON.

225. Cette exigence d'unanimité des associés est requise aussi en droit OHADA lorsque l'acte dépasse les pouvoirs du gérant⁵⁸⁰. L'autorisation du gérant par les associés est ponctuelle et permet au dirigeant d'engager la société par des actes dépassant son objet social. Le dirigeant ne dispose pas de pouvoirs propres, car en l'absence de cette habilitation, l'octroi d'une garantie n'engage pas la société. Dans le même ordre d'idée, un auteur relève que « *le gérant redevient le mandataire des associés. Il ne tient pas ici son pouvoir de la loi mais des associés qui lui donnent pouvoir d'agir. La précision est importante car elle signifie que l'habilitation est ponctuelle et qu'il ne résulte pas de la décision unanime des associés une modification des statuts. Si, par la suite, le gérant décide de son propre chef d'accorder un autre cautionnement sans habilitation des associés, cet acte sera nul faute d'être conforme à l'objet social* »⁵⁸¹. Finalement, pour valider les garanties consenties par les sociétés à risques illimités aux tiers, l'opération doit obtenir non l'assentiment unanime de la majorité des associés présents lors de la prise de décision à cet effet, mais de l'ensemble des associés composant la société sans qu'il y ait une atteinte à l'intérêt social. Cet accord est une habilitation expresse des dirigeants à accomplir des actes au regard desquels ils étaient impuissants. Au même titre que le consentement unanime des associés, l'existence de communauté d'intérêts entre la société et la personne cautionnée valide le cautionnement consenti par le dirigeant au nom de la société.

B. Des octrois dépassant l'objet social validés par la communauté d'intérêts

226. La communauté d'intérêts peut être définie comme « *le groupe de personnes dont les membres sont liés en raison d'un ou plusieurs intérêts* »⁵⁸². La validation d'un acte par l'existence de communauté d'intérêts n'est pas envisagée par les législateurs de l'OHADA et français. Elle est d'origine purement prétorienne. C'est les juges qui en font usage, tout en l'appréciant souverainement, en vue de valider les cautionnements consentis par les gérants des sociétés civiles aux tiers. Plusieurs décisions ont relevé la validité du cautionnement donné par la société à risques illimités à aux tiers, bien que l'opération demeure en dehors de l'objet social.

227. En effet, dans un arrêt du 15 mars 1988⁵⁸³, la Cour de cassation française a apporté une intéressante contribution à la définition des pouvoirs des dirigeants de sociétés à risques illimités, lorsqu'ils fournissent la caution de cette société pour l'engagement d'un tiers alors même qu'un tel acte n'entraîne pas l'objet social. Elle a approuvé la décision de la cour d'appel en estimant que le cautionnement ne pouvait voir sa validité contestée car il s'agissait d'un acte se rattachant indirectement à l'objet social de la société civile en raison de communauté d'intérêts unissant cette société à la société anonyme. Cette communauté d'intérêts se fonde sur la communauté de dirigeants et le contrat de bail qui liait les deux sociétés. Dans un arrêt du 1^{er} février 2000, la Cour de

⁵⁸⁰ V. *supra* n° 219.

⁵⁸¹ F.-X. LUCAS, *Contrat n'entrant pas dans l'objet social, note sous Cass. com., 18 mars 2003, RDC, 2003 n° 1, p. 162.*

⁵⁸² J. THERON, *De la communauté d'intérêts, RTD civ. 2009, p. 22* ; V. aussi Q. URBAN, *La "communauté d'intérêts", un outil de régulation du fonctionnement du groupe des sociétés, RTD com. 2001, 1.*

⁵⁸³ Civ. 1^{re}, 15 mars 1988, *D. 1988, Somm. 273*, obs. L. AYNÈS ; *RTD com. 1988, 459*, obs. E. ALFANDARI et M. JEANTIN ; *Bull. civ. I, n° 75* ; *JCP G 1988, IV, n° 190* ; *Rev. sociétés 1988, 415*, note Y. GUYON ; Paris, 2^e ch. B, 3 janv. 1991, *RTD om. 1991, 405*, obs. M. JEANTIN.

cassation a réaffirmé le même principe de la validité du cautionnement donné par les dirigeants des sociétés à risques illimités au nom de la société au bénéfice des associés ou des tiers⁵⁸⁴. La Cour de cassation avait précisé que *le cautionnement donné par une société n'entre pas directement dans son objet social, ce cautionnement est néanmoins valable lorsqu'il existe une communauté d'intérêts entre cette société et la société cautionnée*. Aussi, un arrêt du 8 novembre 2007⁵⁸⁵ de la première chambre civile de la Cour de cassation a rappelé les conditions de validité du cautionnement que le dirigeant consent au nom de la société au bénéfice des associés ou des tiers, bien qu'il n'entre pas dans l'objet social.

228. Par contre, dans un arrêt du 13 nov. 2007⁵⁸⁶, la Cour de cassation a refusé de reconnaître l'existence d'une communauté d'intérêts que réclamait pourtant le pourvoi. En effet, une banque avait accordé un prêt pour permettre à une société d'en acquérir une autre. En garantie, la banque avait obtenu le cautionnement hypothécaire de la société dont les parts avaient été acquises grâce au prêt. A la question de savoir s'il existait une communauté d'intérêts justifiant le cautionnement, la Cour de cassation, après la Cour d'appel, répond par la négative en ayant relevé que la sûreté litigieuse avait pour effet de priver la société garante, sans aucune contrepartie, de ressources éventuelles, en grevant lourdement son patrimoine immobilier. La souscription de la sûreté était en conséquence contraire à l'intérêt social, ce qui justifiait la nullité du cautionnement de l'une des sociétés du groupe au profit de l'autre.

229. Ainsi, la jurisprudence demeure-t-elle constante quant à la validation du cautionnement consenti par les sociétés civiles à l'égard des associés, dirigeants ou tiers lorsqu'il existe une communauté d'intérêts entre la société et la personne cautionnée. Elle est à plusieurs reprises réaffirmée dans le cadre de la SNC⁵⁸⁷. A la vérité, l'exigence de la communauté d'intérêts permet de protéger l'intérêt social. Cette communauté d'intérêts est néanmoins sujette à quatre autres conditions qui sont souvent prises en compte par les juges : le cautionnement

⁵⁸⁴ Civ. 1^{er} févr. 2000, *Rev. sociétés* 2000, p. 301, obs. Y. GUYON ; *D.* 2000, 147, note J. FADDOUL ; *D.* 2000, Somm. 479, obs. J.-C. HALLOUIN ; *D.* 2001, Somm. 692, obs. L. AYNÈS ; *Dr. sociétés* 2000, comm. 50, note Th. BONNEAU ; *Bull. Joly* 2000, 502, note A. COURET. Selon les faits de l'espèce, par acte du 23 février 1993, la Caisse régionale de Crédit agricole mutuel du Nord-est a consenti un prêt à la société de Serrureries fermetures aluminium métallique dite SFAM, dont le gérant est M. Millet, un prêt à court terme de 300 000 F ; le même jour, la SCI Soclan, représentée par sa gérante, Mme Millet s'est rendue caution solidaire des obligations ainsi contractées. Le 30 mars 1993, la société SFAM a été placée en redressement judiciaire. Après mise en demeure du 19 avril 1993 adressée à la société SFAM, la Caisse a assigné la SCI Soclan pour obtenir sa condamnation au paiement de la somme de 305 738, 58 F. La SCI a opposé à la Caisse la nullité de son engagement au regard de son objet social sur le fondement des articles 1326 et 2015 du Code civil et de la faute de la banque. Par arrêt du 4 juin 1997, la Cour d'appel de Reims a écarté chacune de ces prétentions et condamné la SCI au paiement de la somme réclamée.

⁵⁸⁵ Civ. 1^{er}, 8 nov. 2007, *RTD com.* 2008, p. 141, obs. M.-H. MONSERIE-BON ; *D.* 2007, 2881 ; *Dr. sociétés* 2008, comm. 26, obs. R. MORTIER ; *JCP G* 2008, I, 152, n° 3, obs. P. SIMLER et P. DELEBECQUE. Les faits de l'espèce sont les suivants. Le gérant de la SCI ayant recours à un emprunt pour son activité commerciale personnelle, la société souscrit en faveur du prêteur un cautionnement hypothécaire. Ce dernier ayant engagé une procédure de saisie immobilière, un contentieux s'élève sur la validité du cautionnement souscrit par le gérant de la SCI qui la représente. La Cour au visa des articles 1852 et 1854 du code civil précise « *qu'en se déterminant ainsi alors que le cautionnement donné par une société n'est valable que ... s'il existe une communauté d'intérêts entre cette société et la personne cautionnée...* ».

⁵⁸⁶ Com. 13 nov. 2007, *RTD com.* 2008, p. 167, obs. D. LEGEAIS.

⁵⁸⁷ Com. 6 juin 2001, n° 98-19.040, *RJDA* 12/2001, n° 1219 ; *Dr. sociétés* oct. 2001, n° 150, obs. F.-X. LUCAS ; Com. 13 déc. 2011, F-D, n° 10-26.968, *Rev. sociétés* 2012, p. 109, note S. PREVOST. V. également D. GIRIBILA, *Rép. sociétés*, v° *Sociétés en nom collectif*, n° 137 s.

doit révéler une identité d'intérêts entre le débiteur principal et la caution, comporter une contrepartie immédiate pour cette dernière et ménager la protection du patrimoine de la société caution⁵⁸⁸. C'est pourquoi, la jurisprudence française admet la nullité du cautionnement octroyé en présence de communauté d'intérêts mais contraire à l'intérêt social⁵⁸⁹. En outre, le cautionnement ne doit pas camoufler une fraude aux droits des créanciers de la société⁵⁹⁰. Ces conditions permettent de protéger, contre les dangers du cautionnement, les intérêts dont la société est le nœud. L'existence de communauté d'intérêts permet d'étendre les pouvoirs des dirigeants des sociétés à risques illimités à l'octroi de sûretés au profit des tiers.

230. Ce principe de la validation du cautionnement en présence de communauté d'intérêts est transposable en droit OHADA des sociétés commerciales à risques illimités. L'existence de communauté d'intérêts vient ponctuellement rompre les limites fixées statutairement aux pouvoirs des gérants qui peuvent agir à la régulière au-delà des limites de l'objet social. Son absence cantonnerait les gérants à leurs prérogatives primaires dépendant de l'objet social.

231. La modération des pouvoirs des dirigeants pour l'octroi des garanties est donc démentie dans les sociétés de personnes. Car, soit le consentement unanime de tous les associés signataire du pacte social, soit l'existence d'une communauté d'intérêts entre la société et la personne garantie, permettent aux dirigeants des sociétés à risques illimités d'octroyer valablement des sûretés dépassant l'objet social. Au même titre, mais sur un fondement différent, les gérants de SARL conservent alors toute leur souveraineté dans la fourniture des sûretés aux tiers⁵⁹¹

⁵⁸⁸ G. PIETTE, *Cautionnement et intérêt social, les implications réciproques*, JCP éd. G 2004, n° 25, I, 142, n° 11-16 ; V. aussi Cass. com., 3 juin 2008, *Rev. sociétés* 2009, p. 383, D. RANDOUX.

⁵⁸⁹ Cass. com., 13 nov. 2007, *Rev. sociétés* 2008, p. 113, note M. PARIENTE. – sur la notion de l'intérêt social, V. not., J.-P. BERTREL, *La position de la doctrine sur l'intérêt social, Dr. et patrimoine*, 1997, p. 42 ; A. PIROVANO, *La boussole de la société. Intérêt commun, intérêt social, intérêt de l'entreprise ? D.* 1997 chron. p. 189 et s. ; C. BAILLY-MASSON, *L'intérêt social, une notion fondamentale, Petites affiches* 9 nov. 2000, p. 6 ; B. FIELD et C. NEUVILLE, *La position des acteurs de la vie économique sur l'intérêt social, Dr. et patr.*, 1997, p. 48.

⁵⁹⁰ Civ. 1^{re}, 19 mai 1987, JCP 1976, II, 18346, obs. D. RANDOUX. Pour le professeur GUYON, « cette condition est assez imprécise. Néanmoins, la fraude est difficilement concevable si au moment où il est consenti, le cautionnement est déjà prévu par les statuts de la société » (Y. GUYON, note sous Civ. 1^{re}, 1^{er} février 2000, *Rev. sociétés* 2000, p. 303). Particulièrement, lorsqu'il est consenti en faveur d'un associé ou dirigeant, le cautionnement ne doit pas être constitutif d'un abus de majorité. Cela implique selon le professeur GUYON, « que tous les associés aient vocation à bénéficier d'un tel cautionnement, puisque toute société doit être constituée dans un intérêt commun ».

⁵⁹¹ Cass. com., 15 janv. 2002, *Bulletin Joly Sociétés*, 1^{er} mai 2002 n° 5, p. 602, note A. CONSTANTIN. Selon les faits de l'espèce, par acte notarié du 31 juillet 1991, le Crédit Lyonnais (la banque) a consenti à la société civile immobilière Condé 2000 (la SCI) un prêt en garantie du remboursement duquel la société à responsabilité limitée Delta développement (la société) se portait caution hypothécaire, pour un montant en principal et accessoires de 690 000 F ; que, par acte sous seing privé du 1^{er} août 1991, la société, représentée par son gérant, s'est portée caution personnelle et solidaire du remboursement du même prêt. Le prêt n'ayant pas été remboursé, la banque a assigné la société en exécution de son engagement. De sa part, la société a invoqué la nullité du cautionnement souscrit le 1^{er} août 1991, soutenant que le gérant n'avait reçu pouvoir d'engager la société que pour une caution hypothécaire et que la banque ne pouvait ignorer qu'il n'entrait pas dans son objet social de cautionner une autre société. La Cour de cassation a approuvé les juges du fond en motivant sa décision comme suit : « mais attendu qu'aux termes de l'article 49 de la loi du 24 juillet 1966, devenu l'article L. 223-18 du Code de commerce, le gérant d'une société à responsabilité limitée est, dans ses rapports avec les tiers, investi des pouvoirs les plus étendus pour agir au nom de la société et que celle-ci est engagée même par les actes du gérant qui ne relèvent pas de l'objet social, à moins qu'elle ne prouve que le tiers savait que l'acte dépassait cet objet ou qu'il ne pouvait l'ignorer compte tenu des circonstances ; Attendu que l'arrêt retient que le seul fait que le gérant ait été autorisé par l'assemblée des associés à inscrire une hypothèque sur un terrain pour un montant maximum de 1 MF au profit de la banque pour garantir le prêt consenti à la SCI et que le gérant n'ait donné à l'associé, signataire de l'acte authentique, délégation qu'à l'effet

au nom de la société, étant donné que le législateur ne les contraint pas à obtenir une autorisation préalable. Un auteur avait affirmé à cet effet que le régime de la fourniture des sûretés par les dirigeants autres que ceux de la SA gérants fait l'objet d'une construction jurisprudentielle fondée sur le droit commun et notamment sur l'objet social⁵⁹². Cet avis mérite d'être relativisé. Il faut relever que la jurisprudence n'intervient que dans le cadre de l'octroi par les gérants de SNC. La validité de l'acte se fonde sur sa conformité à l'intérêt de la société. Au niveau des gérants de SARL, leurs pouvoirs ne tiennent pas à la jurisprudence mais à la loi qui leur permet d'agir au-delà de l'objet social. Quant aux dirigeants de SA, même s'ils sont théoriquement contraints à obtenir une délégation de pouvoirs avant toute fourniture de garanties aux tiers, l'aménagement de ces contraintes leur permet d'octroyer de leur chef des garanties. A la fin du compte, les contre-pouvoirs des dirigeants dans la fourniture des garanties aux tiers connaissent un déclin sans précédent favorisant un accroissement des pouvoirs des dirigeants. Ce déclin s'est étendu au cadre des actes à conflit d'intérêts.

SECTION II. LE DÉCLIN DANS LE CADRE DES ACTES À CONFLIT D'INTÉRÊTS

232. Les pouvoirs des dirigeants connaissent exceptionnellement une restriction notable dès lors que l'acte à accomplir fait l'objet d'un conflit d'intérêts. Dans une situation de conflit d'intérêts, le dirigeant est tenu de sacrifier ses intérêts personnels au profit de ses devoirs⁵⁹³. Les conflits d'intérêts se développent dans les relations dans lesquelles une personne, chargée de défendre, de représenter ou de protéger les intérêts d'autrui, pourrait les trahir au profit d'un intérêt autre, le sien ou celui d'un tiers⁵⁹⁴. Ils visent la situation dans laquelle un intérêt à protéger en vertu d'une mission issue d'une compétence et d'un pouvoir, intérêt objectivement apprécié, est sacrifié au profit d'un intérêt opposé⁵⁹⁵. Ces conflits sont légions en droit des sociétés⁵⁹⁶. L'intérêt de la société s'oppose à celui des dirigeants lorsque ceux-ci entendent se faire octroyer des crédits de la société ou lorsqu'ils

d'engager la société comme caution hypothécaire, ne pouvait à lui seul restreindre les pouvoirs du gérant de consentir en outre une autre sûreté s'ajoutant à la caution hypothécaire ; qu'il retient encore que compte tenu de l'objet social des deux sociétés et des liens existant entre elles, il n'est pas établi que le cautionnement litigieux, qui avait le même but que la caution hypothécaire qui n'est pas contestée, ne relevait pas de l'objet social ou ait dépassé cet objet ; qu'en l'état de ces appréciations et énonciations, la cour d'appel, qui ne s'est pas prononcée par un motif hypothétique, a pu statuer comme elle a fait et a légalement justifié sa décision ».

⁵⁹² R. BESNARD GOUDET, *Les cautions, avals et garanties donnés par une société en faveur d'un tiers*, JCP éd. E, 2004, 1149.

⁵⁹³ P.-F. CUIF, *Le conflit d'intérêts, Essai sur la détermination d'un principe juridique en droit privé*, RTD com. 2005 p. 1 ; V. aussi D. SCHMIDT, *Les conflits d'intérêts dans la société anonyme*, Joly éd., Paris, 2004, n° 18, p. 27 ; Ch. GOYET, *Les conflits d'intérêts dans la société anonyme, version nouvelle*, par D. Schmidt, Joly éditions, coll. Pratique des affaires, mars 2004, 504 p, RTD com. 2004, p. 348.

⁵⁹⁴ J. MORET-BAILLY, *Définir les conflits d'intérêts*, D. 2011 p. 1100. Dans le même sens, D. SCHMIDT, *Les conflits d'intérêts dans la société anonyme : prolégomènes*, Bull. Joly Sociétés 2000, n° 1, § 2, p. 9, n° 9 ; G. HELLERINGER, *Le dirigeant à l'épreuve des opportunités d'affaires*, D. 2012, p. 1560. V. aussi, J.-Y. MARTIN, *Le détournement d'une chance économique par un dirigeant de société*, thèse dactylographiée, Paris I, 1981 ; M. CORRADI, *Les opportunités d'affaires saisies par les administrateurs de la société en violation du devoir de loyauté*, Bull. Joly Sociétés 2011, § 54 ; B. OPPETIT, *Ethique et vie des affaires, Mélanges COLOMER*, 1993, p. 319. Il faut relever que le conflit d'intérêts n'est pas spécifique au droit des sociétés. Il est « ...incontournable dans toutes les branches du droit : droit public et droit privé, droit civil et droit des affaires, droit patrimonial et droit extrapatrimonial, déontologie des professions et droit pénal » : B. DONDERO, *Le traitement juridique des conflits d'intérêts : entre droit commun et dispositifs spéciaux*, D. 2012, p. 1686.

⁵⁹⁵ C. OGIER, *Le conflit d'intérêts*, thèse, Saint-Etienne, 2008, p. 278.

⁵⁹⁶ V. S. ROUSSEAU, *L'encadrement des conflits d'intérêts dans le droit nord-américain des sociétés : le rôle des règles et des normes de conduite*, RTD com. 2013, p. 611 ; B. DONDERO, *Le traitement juridique des conflits d'intérêts : entre droit commun et dispositifs spéciaux*, préc., p. 1686 ; V. MAGNIER, *Mouvements et inerties en matière de conflits d'intérêts dans le cadre du droit des sociétés*, JCP 2012, supp. au n° 52, 34.

procèdent à la conclusion d'un contrat avec la société. Étant donné que les dirigeants disposent des pleins pouvoirs, ces pouvoirs peuvent être utilisés au détriment des intérêts de la société pour servir les leurs⁵⁹⁷.

233. Pour éviter cette situation défavorable à la société⁵⁹⁸, des mécanismes légaux sont mis en place pour contrer l'omnipotence des dirigeants de sociétés à risques limités au cas l'opportunité de l'affaire présente un conflit d'intérêts⁵⁹⁹. Ces dirigeants sont frappés d'une incapacité de jouissance⁶⁰⁰ pour des actes qui leur sont interdits et d'une incapacité d'exercice pour des actes auxquels ils sont intéressés. Mais ces incapacités sont inéquitable dans leur application. Certains dirigeants y échappent alors que d'autres les subissent. Il en ressort un déclin tant de l'incapacité de jouissance des dirigeants (§ 1) que de leur incapacité d'exercice (§ 2).

§ 1. Le déclin de l'incapacité de jouissance des dirigeants tirée des actes interdits

234. L'incapacité de jouissance est généralement connue en droit civil⁶⁰¹. Mais elle connaît aussi des applications en droit des sociétés⁶⁰². Elle consiste à « *priver quelqu'un de l'aptitude à être titulaire de certains droits – donc le frapper d'une incapacité de jouissance, laquelle ne peut être que spéciale, sous peine de nier l'existence même de la personne* »⁶⁰³. Les dirigeants se retrouvent dans cette situation dans le cadre des actes interdits. Les dirigeants des sociétés à risques limités sont privés du droit de bénéficier des crédits de la société. Cette privation relève de l'article 450 alinéa 1 de l'AUSCGIE selon lequel, « *à peine de nullité de la convention, il est interdit aux (...) directeurs généraux et aux directeurs généraux adjoints, de contracter, sous quelque forme que ce soit, des emprunts auprès de la société, de se faire consentir par elle un découvert en compte courant ou autrement, ainsi que de se faire cautionner ou avaliser par elle leurs engagements envers les tiers* ». De même, l'article 356 alinéa 1 de l'AUSCGIE prévoit la même privation à l'égard des gérants de SARL. Il apparaît que l'interdiction ne frappe expressément que les dirigeants des sociétés à risques limités. La loi est muette pour les sociétés à risques illimités, en ce qui concerne le régime des prêts consentis par la société à ses dirigeants. Or, étant donné que ce qui n'est pas défendu est permis⁶⁰⁴, nous relevons que ces conventions interdites aux dirigeants dans les sociétés à risques limités, sont permises aux dirigeants des sociétés à risques illimités, si l'objet social les prévoit ou, à défaut, en cas d'accord unanime des associés à l'acte

⁵⁹⁷ D. SCHMIDT, *Les conflits d'intérêts dans la société anonyme*, op. cit., n° 440.

⁵⁹⁸ V. C. MALECKI, *Prévenir ou guérir ?*, Remarques sur les propositions des rapports AFEP/ANSA/MEDEF et CCIP relatives à la prévention des conflits d'intérêts, D. 2004, p. 43.

⁵⁹⁹ V. G. HELLERINGER, *Le dirigeant à l'épreuve des opportunités d'affaires*, préc., p. 1560 ; B. DONDERO, *La captation des opportunités d'affaires : regards vers l'Étranger*, Gaz. Pal. 2012 n° 42, p. 13.

⁶⁰⁰ Cet encadrement des conflits d'intérêts ne concerne généralement que les sociétés à risques limités. Dans le cadre des sociétés à risques illimités, aucune disposition légale ne régleme les conventions réglementées. Mais lorsque ces conventions ne sont pas envisagées par l'objet social, les dirigeants ne peuvent les conclure que lorsqu'il y a, soit une communauté d'intérêts entre la société et le dirigeant cocontractant, soit une approbation unanime de la convention par tous les associés. V. *infra* n° 218 s.

⁶⁰¹ V. par ex., B. TEYSSIE, *Droit civil, Les personnes*, Litec, 2011, p. 247, n° 418.

⁶⁰² V. C. BOULOGNE-YANG-TING, *Les incapacités et le droit des sociétés*, thèse Antilles et Guyanes, préf. G. VIRASSAMY, Bibl. dr. pr., t. 470, LGDJ, 2007.

⁶⁰³ B. TEYSSIE, *Droit civil, Les personnes*, Litec, 2011, p. 247, n° 418.

⁶⁰⁴ F. TERRE, in *Préface à la thèse du Professeur S. Schiller « Les limites de la liberté contractuelle en droit des sociétés, Les connections radicales »*, op. cit., p. III.

ou de communauté d'intérêts entre la société et le dirigeant⁶⁰⁵. Il apparaît donc que l'application de l'incapacité de jouir du crédit de la société est déséquilibrée (A). Ce déséquilibre entraîne une réduction de l'efficacité de l'incapacité (B).

A. Le déséquilibre de l'incapacité de jouissance

235. L'application de l'incapacité de jouissance est déséquilibrée, car la loi y soumet les dirigeants personnes physiques (1) mais affranchit les dirigeants d'établissements de crédit et les dirigeants personnes morales (2).

1. La soumission des dirigeants personnes physiques

236. Tous les dirigeants personnes physiques des sociétés à risques limités sont par principe soumises au régime d'interdiction. L'octroi de crédits de la société est interdit en raison des dangers qu'elles présentent pour la société⁶⁰⁶. Quatre variétés de crédits sont donc défendues aux dirigeants : le contrat d'emprunt, le découvert en compte courant ou autrement, le cautionnement et l'aval. L'interdiction se justifie, car chacune de ces conventions oppose l'intérêt du dirigeant à celui de la société et qu'il est risqué pour la société si l'arbitrage entre ces intérêts relève de la compétence des dirigeants.

237. D'abord, l'emprunt du dirigeant auprès de la société qu'il dirige met en opposition l'intérêt social et l'intérêt personnel du dirigeant. Son interdiction permet de prévenir le sacrifice de l'intérêt social au profit de l'intérêt du dirigeant. En effet, par définition, l'emprunt est une opération consistant à recevoir, à titre de prêt, une somme d'argent. L'emprunt peut être amortissable ou perpétuel. Il peut s'agir d'emprunts à long, moyen ou court terme, productifs d'intérêts ou non, assortis ou non de sûreté⁶⁰⁷. L'emprunt amortissable est un contrat de prêt dans lequel l'emprunteur promet au prêteur de lui rembourser le capital prêté⁶⁰⁸. L'emprunt perpétuel est un contrat de prêt dans lequel l'emprunteur promet de verser au prêteur un revenu, mais ne lui promet pas de lui rembourser le capital⁶⁰⁹. Au regard de l'omnipotence du dirigeant, il pourrait se faire consentir un emprunt dont il est le seul à déterminer le montant et le régime. Ce montant peut entraîner une diminution de l'actif de la société. En ce qui concerne la durée du remboursement, le dirigeant fixerait une durée à son profit au détriment la situation de la société. Toute durée fixée par le dirigeant engage la société, car il demeure son représentant légal. Étant entendu qu'il ne s'agit pas de société exploitant un établissement de crédit, aucun usage relatif à la durée ne saurait s'imposer au dirigeant. Il peut abuser de sa position en s'octroyant des emprunts non productifs d'intérêt et non assorti de sûreté pour une durée à long terme. Le problème peut aussi se poser au niveau du remboursement. La société court le risque d'être confronté à l'insolvabilité du dirigeant. La restitution des fonds empruntés est menacée lorsque le débiteur connaît des difficultés financières. Ce risque se constate en cas de défaut de paiement du capital ou des intérêts dus⁶¹⁰. Ainsi tout emprunt appauvrirait-il la société et constituerait un abus

⁶⁰⁵ V. *supra* n° 218 s.

⁶⁰⁶ Ch.-H. CHENUT, *Les garanties ascendantes dans les groupes de sociétés, où les sûretés consenties par les sociétés-filles à leurs sociétés-mères*, préc., p. 71, n° 16.

⁶⁰⁷ J. MESTRE et D. VELARDOCCIO, *Lamy sociétés commerciales*, éd. Lamy, 2006, p. 1558, n° 3587.

⁶⁰⁸ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, op. cit., p. 331.

⁶⁰⁹ *Ibid.*

⁶¹⁰ Th. BONNEAU, *Droit bancaire*, 3^e éd., Montchrestien 1999, p. 300, n° 492.

des biens sociaux par le dirigeant et dont les conséquences sont dommageables pour la société. En interdisant ainsi la prise en charge par la société du passif personnel des dirigeants sociaux, le législateur entend assurer la primauté de l'intérêt social et le respect de l'affectation des pouvoirs sociaux au respect de cet intérêt⁶¹¹.

238. En outre comme le relève le professeur LANGLADE, « *il est évident que l'interdiction des emprunts directs devrait entraîner celle des cautionnements pour éviter qu'un administrateur ne puisse par le biais d'un acte de cette nature emprunter en son nom propre tout en laissant la charge du remboursement à la société garante* »⁶¹². L'interdiction des cautionnements, aval – celui-ci étant un cautionnement cambiaire – se justifie vu leur corrélation avec les emprunts et les dangers qu'ils puissent présenter pour la société. La solvabilité du dirigeant personne physique n'est pas toujours faible. Le dirigeant cautionné ou avalisé peut sciemment aggraver son insolvabilité afin de faire payer ses dettes par la société. Seul maître à bord de la direction sociale, le dirigeant est un intendant du patrimoine de la société. Sa mauvaise foi peut le conduire à abuser des biens sociaux⁶¹³ en s'abritant derrière le mécanisme de l'aval ou de la caution. L'usage des biens sociaux pour couvrir le passif du dirigeant est préjudiciable à la société qui s'appauvrit à la suite de chaque opération étant donné que la société ne dispose pas d'un fonds spécifique affecté à couvrir ces sûretés. Dans le même ordre d'idée, le professeur LANGLADE trouve que cette méfiance à l'égard des dirigeants est fondée. Selon cet auteur, « *la facilité avec laquelle les dirigeants se donnent cautionnement et avals, le caractère anodin de l'engagement de la caution auraient sans doute entraîné dirigeants et conseils à obliger la société inconsidérément. Non que l'usage du crédit de la société dans l'intérêt personnel d'un de ses membres puisse, dans leur esprit, nécessairement constituer une malhonnêteté (...). L'interdiction fait ainsi barrage aux "petits services" que les administrateurs ont l'habitude de se rendre les uns aux autres sans véritable intention frauduleuse parce que la solidarité que tisse entre eux la fréquentation continue des mêmes conseils les fait considérer comme des services d'amis, et vis-à-vis des groupements qu'ils gèrent comme des espèces de droits* »⁶¹⁴.

239. Enfin, figure sur la liste des conventions interdites en raison du conflit d'intérêts qu'il présente et de leurs dangers pour la société le découvert en compte courant. Le compte courant d'associé est un prêt consenti par l'associé à la société⁶¹⁵ ou vice versa. En principe, la conclusion d'une convention de compte d'associé entre la société et le dirigeant n'est pas interdite par le législateur. Mais, « *les comptes d'associés ne devront jamais présenter une position débitrice lorsque le titulaire du compte est un dirigeant personne physique, ou bien le conjoint, un ascendant ou un descendant du dirigeant. La jurisprudence fiscale révèle cependant, qu'en fait, cette*

⁶¹¹ J.-P. LANGLADE, *Le pouvoir de fournir des sûretés dans les sociétés anonymes*, préc., p. 367, n° 19.

⁶¹² J.-P. LANGLADE, *Le pouvoir de fournir des sûretés dans les sociétés anonymes*, préc., p. 367, n° 19.

⁶¹³ Cf. M. DAGOT et C. MOULY, *L'usage personnel du crédit social et son abus (repenser la fonction de personnes morales)*, *Rev. sociétés*, 1988, p. 1, n° 4.

⁶¹⁴ J.-P. LANGLADE, *Le pouvoir de fournir des sûretés dans les sociétés anonymes*, préc., p. 368, n° 20.

⁶¹⁵ Cf. CHAMPAUD et D. DANET, note sous Cass. com., 14 nov. 2006, *RTD com.* 2007, p. 140 ; D. DANET, *Comptes courants d'associés : pour en finir avec un apartheid juridique*, *RTD com.* 1993, p. 56 et s. Par ailleurs, les comptes courants d'associés se distinguent des comptes courants bancaires. Les premiers sont des sources de financements extra-bancaires existant entre la société et les associés ou dirigeants, alors que les seconds sont domiciliés nécessairement au niveau d'un établissement bancaire (V. J.-P. CORIAT, *La reconnaissance d'un compte bancaire : le compte courant*, *RTD com.* 1989, p. 597 ; R. DESGORCES, *Relecture de la théorie du compte courant*, *RTD com.* 1997, 383).

prohibition est très fréquemment transgressée »⁶¹⁶. Les découverts en compte courant d'associés sont interdits pour éviter que les dirigeants, de par leur indécatesse, puisent voire épuisent les crédits de la société pour leur enrichissement personnel. A ce sujet, le professeur URBAIN-PARLEANI relève que « *les comptes courants d'associés peuvent constituer un instrument de "pillage social". D'aucuns ne voient-ils pas du reste dans cette forme de financement une source traditionnelle de fraude ? Certains dirigeants (...) personnes physiques n'hésitent pas à se faire consentir des découverts en compte et à détourner ainsi, dans un but personnel, une partie de l'actif social. La jurisprudence offre du reste de nombreux exemples d'abus de biens sociaux commis par l'intermédiaire de comptes d'associés* »⁶¹⁷. Ainsi l'interdiction au dirigeant de rendre le compte courant débiteur met-elle la société à l'abri de tels risques financiers. Ces interdictions sont exceptionnellement levées à l'égard de certains dirigeants.

2. L'affranchissement de certains dirigeants

240. Sont affranchis de l'incapacité de jouissance, les dirigeants personnes morales (a) et les dirigeants personnes des établissements de crédit (b).

a. Les dirigeants personnes morales

241. Les dirigeants personnes morales⁶¹⁸ ne sont pas interdites d'accomplir les actes interdits à leurs homologues personnes physiques. A leur égard, ces opérations sont valables. Ce régime de faveur ainsi organisé au profit des personnes morales s'explique, selon un auteur, « *par la volonté de ne pas paralyser les relations financières entre sociétés groupées. Aucun autre des arguments invoqués pour justifier cette dérogation ne résiste à l'analyse. Sans doute pourrait-on penser que les prêts consentis à des associés dirigeants personnes morales sont moins dangereux, pour le patrimoine social de l'entreprise prêteuse, que les prêts consentis à des dirigeants personnes physiques : ils seraient, dans la première hypothèse, nécessairement justifiés par une activité commerciale, alors que dans la seconde hypothèse, ils seraient sollicités pour des besoins personnels plus ou moins avouables* »⁶¹⁹. Mais comme le relève à juste titre le même auteur, « *à la vérité, les prêts consentis par à des dirigeants personnes morales, notamment sous forme de découverts en compte, présentent pour la société prêteuse de graves dangers : l'on a vu ainsi dans le cadre de groupe de sociétés, des sociétés contrôlaires détourner à leur profit, par le biais de telles conventions, l'actif de la société contrôlée et ce, nonobstant le contrôle duquel ces conventions étaient soumises* »⁶²⁰. De même ces opérations sont aussi sources de confusion de patrimoines des sociétés groupées et ce, souvent au détriment des sociétés contrôlées⁶²¹.

⁶¹⁶ I. URBAIN-PARLEANI, *Les comptes courants d'associés*, thèse Paris I, LGDJ, 1986, p. 164, n° 257.

⁶¹⁷ *Ibidem*, p. 20, n° 21.

⁶¹⁸ Mais les représentants permanents des personnes morales sont soumis au régime d'interdiction. Cette exception est clairement affirmée s'agissant dans le cadre de la société anonyme (art. 450 al. 2 de l'AUSCGIE). Mais elle est implicite dans la société à responsabilité limitée, car la loi n'a visé exclusivement que les dirigeants personnes physiques sans inclure les dirigeants ou même associés personnes morales (art. 356 de l'AUSCGIE).

⁶¹⁹ I. URBAIN-PARLEANI, *Les comptes courants d'associés*, *op. cit.*, p. 183, n° 296 ; V. aussi J. MICHEL, *La loi du 4 mars 1943 relative aux sociétés par actions*, *Gaz. Pal.* 1943, 2, doc. p. 39, 51 et 52.

⁶²⁰ *Ibid.*

⁶²¹ V. *supra* n° 170 s.

242. Ce régime de faveur dont bénéficient les dirigeants personnes morales leur permet, sans crainte d'une sanction de contracter, sous quelque forme que ce soit, des emprunts auprès de la société, de se faire consentir par elle un découvert en compte courant ou autrement, ainsi que de faire cautionner ou avaliser par elle leurs engagements envers les tiers. Il est aussi étendu aux dirigeants des établissements de crédit.

b. Les dirigeants d'établissements de crédit

243. L'interdiction est levée à l'égard des dirigeants personnes physiques des sociétés exploitant un établissement de crédit. Cette levée est prévue par l'article 450 alinéa 2 de l'AUSCGIE. Selon ce texte, « *lorsque la société exploite un établissement de crédit bancaire ou financier, cette interdiction ne s'applique pas aux opérations courantes conclues à des conditions normales* ». Les dirigeants personnes physiques peuvent alors se faire consentir des sûretés ou des découverts bancaires par la société. Cette levée est, par ricochet, étendue à leurs conjoint, ascendants et descendants et toutes autres personnes interposées. Il se justifie par le fait que ces opérations entrent dans le cadre de l'objet social de la société, par la volonté du législateur d'assimiler les dirigeants aux clients de la société et enfin par le fait que ces opérations entrent dans l'objet social et procurent des intérêts pécuniaires à la société.

244. L'assouplissement du régime d'interdiction à l'égard des dirigeants d'établissement de crédit se justifie par le fait que l'octroi des sûretés et des découverts bancaires sont conformes à l'objet social des établissements de crédit. Dans le cadre des activités de ces établissements⁶²², ces opérations sont courantes et sont susceptibles d'être conclues à des conditions normales. L'objet social de ces entreprises est le commerce de l'argent, et l'octroi d'un cautionnement⁶²³ de garantie des avances obtenues par les clients est l'un des moyens importants de ce commerce. L'absence d'une telle règle aurait mis les établissements de crédit dans l'impossibilité d'accomplir convenablement leur mission sociale⁶²⁴. Mais qu'est-ce qu'un établissement de crédit ? Sont considérées comme établissement de crédit, les personnes morales qui effectuent, à titre de profession habituelle, des opérations de banque⁶²⁵. Constituent des opérations de banque, la réception de fonds du public, les opérations de crédit, ainsi que la mise à disposition de la clientèle et la gestion de moyens de paiement⁶²⁶. Les établissements de crédit sont agréés en qualité de banque ou d'établissement financier à caractère bancaire⁶²⁷. Les banques sont habilitées à effectuer toutes les opérations sus relevées⁶²⁸. Les établissements financiers à caractère bancaire sont habilités à effectuer les opérations de banque pour lesquelles ils sont agréés⁶²⁹. En somme, on distingue deux types d'établissements bancaires : les sociétés bancaires et les établissements financiers à caractère bancaire.

⁶²² Cf. L. ROEGES, *L'exercice de l'activité bancaire par la voie d'une succursale après la deuxième directive bancaire, RD bancaire et fin.* 1994, n° 41, p. 17.

⁶²³ Cf. H. HOVASSE, *Les cautionnements donnés par les sociétés et l'objet social, Droit et patrimoine*, 2001, p. 76.

⁶²⁴ J.-P. Langlade, *Le pouvoir de fournir des sûretés dans les sociétés anonymes*, préc., p. 366, n° 17.

⁶²⁵ Art. 2 al. 1 de la loi togolaise portant réglementation bancaire.

⁶²⁶ Art. 2 al. 2 de la loi togolaise portant réglementation bancaire.

⁶²⁷ Art. 2 al. 3 de la loi togolaise portant réglementation bancaire.

⁶²⁸ Art. 3 de la loi togolaise portant réglementation bancaire.

⁶²⁹ Art. 4 al. 1 de la loi togolaise portant réglementation bancaire.

245. Ces établissements ont une forme juridique précise. Les banques sont constituées sous la forme de société anonyme. Le législateur de l'OHADA n'a expressément envisagé la levée de l'interdiction qu'à l'égard des dirigeants des sociétés anonymes comme le précise l'alinéa 3 de l'article 450 de l'Acte uniforme⁶³⁰. Il est muet par rapport aux dirigeants des SARL. On en déduit que, selon le législateur de l'OHADA, les établissements de crédit ne peuvent avoir que la forme de SA. Il ne reconnaît pas la forme de SARL à un établissement de crédit. Ainsi, seuls les dirigeants des SA exploitant un établissement de crédit sont susceptibles de bénéficier du régime assoupli. Ils ne sont pas soumis à l'interdiction de bénéficier des crédits de la société. Étant donné que l'octroi de crédit est conforme à l'objet social de la société qu'ils dirigent, les dirigeants en ont la liberté d'initiative. Non seulement, ces dirigeants peuvent être eux-mêmes les bénéficiaires de ces opérations, mais aussi ils ont le pouvoir de les accomplir au bénéfice de leurs conjoint, ascendants, descendants et toutes autres interposées.

246. Également, l'affranchissement se justifie par le fait que le législateur assimile implicitement les dirigeants aux clients de la société et que ces opérations ne présentent pas de dangers pour les établissements de crédit. En effet, les établissements de crédit sont constitués pour recevoir des fonds du public et de mettre à leur disposition des crédits. Tout ce dont les clients peuvent bénéficier auprès de l'établissement de crédit, les dirigeants aussi peuvent y accéder, s'ils en font la demande. A cet effet, le professeur GUYON relève à ce sujet qu' « *il aurait été injustifié de traiter les dirigeants plus mal que les tiers. Ils peuvent donc obtenir du crédit dans les mêmes conditions que le public ou peut-être même que le personnel de la banque* »⁶³¹. Cette assimilation fonde l'assouplissement du régime d'interdiction à l'égard des dirigeants, de leur conjoint, ascendants, descendants et de toutes personnes assimilées. Mais contrairement à certains clients, les dirigeants ne sont pas des profanes à l'endroit duquel le banquier a une obligation de conseil et mise en garde⁶³². C'est un professionnel averti⁶³³ étant que donné que ces opérations s'accomplissent dans le cadre de sa fonction.

247. En outre, l'octroi des sûretés et découverts en compte courant d'associés et bancaires aux dirigeants des établissements de crédit ne souffrent d'aucune interdiction, car ils présentent des intérêts pour la société⁶³⁴. Celle-ci, dispose d'un fonds de garantie spécifique destiné à soutenir ses opérations de crédit et d'une réserve spéciale pouvant servir à l'apurement des pertes, à condition que toutes les autres réserves disponibles soient préalablement utilisées. Également le capital social dont le montant est souvent considérable est aussi mis au service de l'exploitation. En somme, les établissements de crédit disposent de ressources financières affectées à l'accomplissement des opérations de crédit qui les prémunissent contre un quelconque danger pouvant résulter

⁶³⁰ Selon l'art. 450 alinéa 3 de l'AUSCGIE, « *lorsque la société exploite un établissement bancaire ou financier, cette interdiction ne s'applique pas aux opérations courantes conclues à des conditions normales* ».

⁶³¹ Y. GUYON, *Droit des affaires, t. 1, Droit commercial général et sociétés, op. cit.*, p. 456, n° 422.

⁶³² Cf. J. DJOUDJI et F. BOUCARD, *La protection de l'emprunteur profane*, D. 2008, p. 500 ; J.-F. CLEMENT, *Le banquier, vecteur d'informations*, RTD com. 1997, 203.

⁶³³ La distinction entre emprunteurs avertis et profanes est introduite par trois arrêts (n° 03-10.770 ; n° 02-13.155 et n° 03-10.92) de la Cour de cassation : Cass. com., 12 juill. 2005, D. 2005, AJ p. 2276, obs. X. DELPECH ; RTD com. 2005, p. 820, obs. D. LEGAIS ; JCP 2005, II, 10140, note A. GOURIO ; JCP éd. E 2005, p. 1359, note D. LEGAIS.

⁶³⁴ V. L. FINEL, *Les règles relatives à la détermination du prix et le contrat de prêts bancaire*, JCP G 1996, II, 3957.

de ces opérations. En outre, ils cherchent à offrir de bonnes conditions de vie à leurs dirigeants en leur facilitant les conditions d'accès au crédit. Le remboursement de ces crédits s'échelonne sur une longue durée à telle enseigne que le dirigeant ne peut délibérément quitter sa fonction sans avoir honoré son engagement. Les dirigeants bénéficient des conditions favorables de remboursement. Le remboursement peut être imputé directement sur la rémunération du dirigeant. Celui-ci peut aussi opter pour un remboursement anticipé⁶³⁵ avec d'autres revenus. Les dirigeants deviennent des débiteurs de la société en perdant leur liberté de renoncer à leur mandat dont le sort ne dépend que de la volonté de la société⁶³⁶.

248. Hormis les dirigeants personnes morales et les dirigeants des établissements de crédit dont les pouvoirs échappent au régime des conventions interdites, la violation de l'interdiction par les autres dirigeants auxquels elle s'applique, est légalement sanctionnée.

B. La réduction de l'efficacité de l'incapacité de jouissance

249. L'efficacité de l'incapacité de jouissance est réduite, car les dirigeants soumis à cette incapacité sont les seuls à voir leur crédit acquis s'exposer à la nullité (1) et s'exposer eux-mêmes à des sanctions civiles et pénales (2).

1. L'application exclusive de la nullité au crédit affecté aux dirigeants soumis

250. Une opération accomplie en violation de l'interdiction encourt la nullité. Cette nullité d'ordre public ne vise que le crédit affecté aux dirigeants soumis. C'est incontestablement cette nullité qui résulte du caractère impératif de l'article 450, alinéa 1 et 356 alinéa 1 de l'AUSCGIE. Ces deux dispositions se rejoignent par l'expression d'attaque selon laquelle « *à peine de nullité de la convention ou du contrat* », il est interdit aux dirigeants soumis de se fournir des crédits de la société. Lorsque cette prohibition est transgressée, la nullité de l'acte litigieux est obligatoire et ne suppose pas la preuve que la convention litigieuse a entraîné un dommage pour la société⁶³⁷. Le juge du fond même ne dispose d'aucun pouvoir d'appréciation et peut relever d'office cette nullité⁶³⁸. Mais « *s'il ne le faisait pas, le moyen serait recevable pour la première fois devant la Cour de cassation et pourrait même être soulevé d'office par elle* »⁶³⁹.

251. Ce type de nullité a été déjà affirmé par un arrêt du 10 juillet 1981 de la Cour de cassation française rendu par une Chambre mixte qui précise que « *la nullité résultant de la violation de l'interdiction... est d'ordre public et sanctionnée par une nullité absolue* »⁶⁴⁰. Cette solution a été récemment réaffirmée dans un arrêt du 25

⁶³⁵ Cf. J.-R. MIRBEAU-GAUVIN, *Le remboursement anticipé du prêt en droit français*, D. 1995, chron. 46 ; J. HUET, *Un bienfait de l'histoire : la subrogation opérée par le débiteur pour le remboursement anticipé d'un prêt d'argent en cas de baisse des taux d'intérêt (art. 1250, 2°, C. civ.)*, D. 1999, chron. 303 ; L. HABIRE-VERGNIERES, *Les clauses de remboursement anticipé*, RD. bancaire et bourse n° 57, septembre/octobre 1996, 184.

⁶³⁶ V. *infra* n° 799-802.

⁶³⁷ Y. GUYON, *Droit des affaires, t. 1, Droit commercial général et sociétés*, op. cit., p. 457, n° 422.

⁶³⁸ I. URBAIN-PARLEANI, *Les comptes courants d'associés*, op. cit., p. 166, n° 263 ; V. aussi CA Aix-en-Provence 2° ch. civ., 7 févr. 1992, *Bulletin Joly Sociétés*, 1^{er} novembre 1992 n° 11, p. 1217, note, P. LE CANNU.

⁶³⁹ M. P. KAYSER, *Les nullités d'ordre public*, RTD civ. 1933, p. 1130.

⁶⁴⁰ Cass. Ch. Mixte, 10 juillet 1981, D. 1981, 637, concl., Avocat Général Cabannes ; *Rev. sociétés* 1982, p. 84, note Ch. MOULY ; V. aussi, CA Montpellier, 7 janv. 1980, *Gaz. Pal.*, 1980, 1, p. 362, note P. de FONTBRESSIN ; *Rev. sociétés*, 1980, p. 737, note Ch. MOULY ; CA Paris, 5 déc. 1983, D., 1984, IR, p. 60 ; CA Versailles, 2 déc. 1987, D., 1988, IR, p. 16 ; CA Aix-en-Provence, 7 févr. 1992, *Bull. Joly Sociétés*, 1992, p. 1217, § 395, note P. LE CANNU ; *Dr. sociétés*, 1993, comm. n° 15, obs. H. LE NABASQUE.

avril 2006⁶⁴¹ où il avait été relevé que « *la nullité fondée sur les dispositions de l'article 51 de la loi du 24 juillet 1966, devenu l'article L. 223-21 du Code de commerce, est une nullité absolue qui, soulevée par voie d'exception pendant le délai de la prescription trentenaire, est recevable nonobstant l'exécution du contrat de prêt* ». L'action en nullité peut être exercée par tous ceux qui y ont un intérêt notamment les associés, les codirigeants et même le ministère public, car cet acte constitue en soi une infraction pénale⁶⁴². La tendance d'une partie de la doctrine pour une nullité relative sous prétexte qu'elle ne protège que l'intérêt de la société⁶⁴³ est contestable, car l'expression législative « *à peine de nullité* » prescrit une nullité permanente qui ne peut être couverte par une approbation de l'acte irrégulier par une délibération de l'assemblée générale ou même du conseil d'administration – s'agissant de la SA –. Étant donné que l'irrégularité qui affecte l'acte a un caractère continu, l'annulation semble recevable continuellement. Cette nullité est imprescriptible, car le vice est permanent. A ce sujet, KAYSER fait observer que « *ce qui fait obstacle à la confirmation des actes nuls d'une nullité d'ordre public, ce n'est pas le caractère de la nullité, mais le caractère généralement permanent du vice, qui entacherait de la même nullité la confirmation de l'acte* »⁶⁴⁴. En plus de la sanction encourue par l'acte, son auteur aussi s'expose à des sanctions personnelles.

2. L'application exclusive des sanctions aux dirigeants soumis

252. Toute violation de l'incapacité par un dirigeant soumis l'expose à des sanctions au plan civil et au plan pénal. Sur le plan civil, l'acte illégal du dirigeant soumis est une faute commise susceptible de fonder sa responsabilité civile. En effet, cet acte irrégulier peut fonder l'exercice d'une action sociale qui peut être exercée *ut universi*⁶⁴⁵ ou *ut singuli*⁶⁴⁶. Il peut aussi fonder la condamnation du dirigeant soumis au comblement du passif et à la faillite personnelle, lorsque cette faute du dirigeant a contribué à la faillite de la société. Mais la jurisprudence française écarte la révocation

⁶⁴¹ Cass. com., 25 avr. 2006, *Droit des sociétés* n° 7, Juillet 2006, 109, comm. J. MONNET.

⁶⁴² V. *infra* n° 253.

⁶⁴³ TSAKADI (A.), *Réflexions sur les pouvoirs de l'associé unique*, in *Recueil d'Etudes sur l'OHADA et l'UEMOA, Coll. Horizons Juridiques Africains*, Vol. 1, PUAM, 2010, p. 122.

⁶⁴⁴ M. P. KAYSER, *Les nullités d'ordre public*, préc., p. 1127. Cf. aussi C. HANNOUN, *Remarques sur la prescription de l'action en nullité en droit des sociétés*, *Rev. sociétés* 1991, p. 45. V. aussi CA Chambéry, 22 nov. 1976, *Rev. sociétés* 1977, p. 259, note M. GUILBERTEAU ; *RTD com.* 1977, p. 545, obs. R. HOUIN ; *JCP G* 1979, II, 19067, note Bernard et pour rejet du pourvoi : Cass. ch. mixte, 10 juill. 1981 : *Rev. sociétés* 1982, p. 84, note Ch. MOULY. - V. aussi CA Montpellier, 7 janv. 1980, *Gaz. Pal.* 1980, 1, p. 362, note de FONTBRESSIN ; *Rev. sociétés* 1980, p. 737, note Ch. MOULY. - CA Aix-en-Provence, 7 févr. 199, *Bull Joly* 1992, § 395, p. 1217, note P. LE CANNU.

⁶⁴⁵ Cette action est celle qui est exercée par la société contre ses dirigeants fautifs. Généralement, c'est les co-dirigeants (art. 166 al. 2 de l'AUSCGIE) qui l'engagent contre un autre gérant qui, dans le cas concerné, a violé les interdictions légales et causé un préjudice à la société.

⁶⁴⁶ L'action sociale *ut singuli* est prévue par l'art. 167 de l'AUSCGIE. Selon cet art., « *un ou plusieurs associés peuvent intenter l'action sociale après une mise en demeure des organes compétents non suivi d'effet dans le délai de trente jours. Les demandeurs sont habilités à poursuivre la réparation du préjudice subi par la société. en cas de condamnation, les dommages et intérêts sont alloués à la société* ». La reconnaissance à l'associé du pouvoir d'agir à la place des organes sociaux, permet de protéger le patrimoine de la société (G. CHESNE, *L'exercice "Ut singuli" de l'action sociales de la société anonyme*, *RTD com.* 1915, p. 348, n° 2 ; B. PETIT et Y. REINHARD, *Responsabilité civile des dirigeants*, *RTD com.* 1997, 282). Aussi, selon un principe posé par un arrêt de la Cour de cassation française, « *l'actionnaire - [par extension l'associé] - trouve dans les pouvoirs qui lui sont attribués par ce texte en vue de poursuivre la réparation de l'entier préjudice subi par la société, qualité pour demander au juge de l'exécution, pour le compte de la personne morale, d'assortir d'une astreinte une décision exécutoire ayant accueilli l'action sociale en responsabilité exercé ut singuli* » (Cass. com., 7 juill. 2009, *Rev. sociétés* 2009, p. 832, note V. THOMAS).

du dirigeant lorsque celui-ci a transgressé la prohibition en rendant son compte courant d'associés débiteur⁶⁴⁷. En revanche, il n'est pas exclu qu'un tel acte puisse favoriser la révocation du dirigeant auteur par l'organe compétent.

253. Au plan pénal, cette violation est constitutive d'une infraction : l'abus de biens sociaux. L'article 891 de l'AUSCGIE révisé a envisagé en substance cette infraction même si la détermination des peines relève de la loi pénale de chaque État Partie au Traité de l'OHADA. Ce texte soumet à la sanction les gérants de SARL, le P-DG, le DG, le DGA, l'administrateur général ou l'administrateur général adjoint et le président de la SAS auxquels s'ajoutent les gérants de SNC qui s'exposent à une poursuite pour abus de confiance. Il est incontestable que le dirigeant soumis qui s'octroie au nom de la société une sûreté ou un découvert bancaire, agit contre l'intérêt de la société en abusant des biens sociaux à des fins personnelles⁶⁴⁸. Il est donc passible de peines d'abus du crédit de la société⁶⁴⁹. Aussi, le dirigeant soumis est-il privé du pouvoir d'octroyer les sûretés ou les découverts en compte courant à certaines personnes non dirigeantes qui lui sont assimilées notamment ses conjoints, ascendants et descendants et toutes autres personnes interposées. La transgression de cette prohibition par le dirigeant est sanctionnée de la même manière que dans le cas où le dirigeant soumis est le bénéficiaire desdites opérations interdites. Mais les dirigeants des établissements de crédit et les dirigeants personnes morales sont affranchis de cette sanction même s'ils se font octroyer le crédit de la société. L'efficacité de l'incapacité de l'incapacité brille par l'apartheid qu'elle entretient au sein des dirigeants. Ce déclin de la modération des pouvoirs des dirigeants ne se limite pas aux conventions interdites. Elle se ressent aussi sur le terrain des conventions réglementées.

§ 2. Le déclin de l'incapacité d'exercice des dirigeants tirée des conventions réglementées

254. En raison du conflit d'intérêts qu'elle présente, la conclusion d'une convention entre une société et son dirigeant est strictement réglementée⁶⁵⁰. Cette précaution ne concerne généralement que les sociétés à risques limités. En dehors des dirigeants sociaux, l'intervention d'autres organes sociaux est nécessaire pour l'aval et la régularité de ces conventions. Ce qui constitue de réels contre-pouvoirs à ceux des dirigeants et vient par

⁶⁴⁷ Cass. com., 10 juill. 2007, n° 06-13.520, F-D, Monbrun c/ Monbrun, *Juris-Data* n° 2007-042068, *Droit des sociétés* n° 3, mars 2008, comm. 56, par J. MONNET. Selon les faits de l'espèce, M. Henri Monbrun, associé avec son frère, M. Pierre Monbrun au sein de la société à responsabilité limitée Etablissements Monbrun (la société) et de la société Saveurs océanes, a assigné la société et son frère aux fins d'obtenir la révocation de celui-ci de ses fonctions de gérant de la société pour cause légitime, et la nomination d'un administrateur provisoire, alléguant à son encontre divers détournements sur les comptes d'associés et au détriment de la société. La Cour de cassation a approuvé les juges du fond en décidant que « ... attendu, en premier lieu, que l'arrêt retient que les opérations sur les comptes courants concernent plus les rapports entre les deux frères que la gestion des sociétés et l'intérêt social, qu'ils n'ont jamais affecté de manière significative la situation des sociétés concernées et ne peuvent donc fonder la mesure de révocation sollicitée ; qu'en l'état de ces appréciations souveraines, la cour d'appel, abstraction faite des motifs surabondants critiqués par les deuxième et troisième branches, a pu statuer comme elle a fait ; et attendu, en second lieu, qu'ayant, par motifs adoptés, procédé, sur chacune des allégations de M. Henri Monbrun, à l'analyse des éléments de preuves soumis par les parties pour en déduire, dans l'exercice de son pouvoir souverain, à l'absence de cause légitime de révocation du gérant, la cour d'appel, abstraction faite des motifs surabondants visés à la première branche, a légalement justifié sa décision et a satisfait aux exigences du texte cité à la cinquième branche ».

⁶⁴⁸ Ch. PINOTEAU, *Délict d'abus des biens et du crédit de la société*, *Gaz. Pal.* 1969, 1, doc. 169-170 ; H. MATSOPOULOU, *Le retour en grâce de l'intérêt personnel dans l'abus de biens sociaux*, *D.* 2005, chron. 2075.

⁶⁴⁹ Cf. HERZOG, *Les responsabilités pénales encourues par les administrateurs de sociétés anonymes pour abus de biens sociaux et du crédit de la société*, *JCP* 1966, I, 2032 ; G. SOUSI, *Un délit inadapté : l'abus de biens sociaux et du crédit de la société*, *RTD com.* 1972, p. 297 et s. ; J. LASSERRE CAPDEVILLE, *Le risque pénal du compte courant d'associé*, *Bull. Joly Sociétés* 2010, p. 610, § 126.

⁶⁵⁰ Sauf le cas des conventions conclues libres.

conséquent modérer leurs pouvoirs. Mais le dispositif d'intervention ou de contrôle d'autres organes sociaux prévu à cet effet diffère selon qu'il s'agit des sociétés pluripersonnelles ou unipersonnelles. Dans les sociétés pluripersonnelles à risques limités, la pluralité des associés permet aux autres organes sociaux de contrôler véritablement les dirigeants dans la conclusion de ces conventions. Cette évidence ne saurait camoufler la dégradation de l'incapacité d'exercice dans les sociétés concernées. Dans le cadre de la SA avec conseil d'administration, l'incapacité résulte d'un double degré de contrôle en pleine dégradation en raison de la possibilité pour les dirigeants de passer les conventions en l'absence d'autorisation du conseil d'administration quitte à l'assemblée générale ordinaire d'approuver plus tard la convention. Dans la SARL, l'incapacité est réduite à un contrôle unique postérieur à la convention. Au contraire, dans les sociétés unipersonnelles, la confusion de l'unique organe de contrôle, l'assemblée générale, à la personne de l'associé unique provoque un relâchement du contrôle sur lesdites conventions des dirigeants. Il en résulte que le déclin de l'incapacité d'exercice des dirigeants provient de sa dégradation dans les sociétés pluripersonnelles (§ 1) et de sa disparition des sociétés unipersonnelles (§ 2).

A. La dégradation de l'incapacité d'exercice dans les sociétés pluripersonnelles

254. Le régime de l'incapacité d'exercice n'est pas identique selon qu'il s'agisse de SA ou de SARL. Au niveau de la société anonyme pluripersonnelle, il faudra distinguer la société anonyme avec administrateur général de celle avec conseil d'administration. Tandis que la société anonyme avec administrateur peut être constituée par un seul actionnaire, la société anonyme avec conseil d'administration ne peut être constituée que si le nombre d'actionnaires est supérieur ou égal à trois. Pour cela, l'étude des pouvoirs des dirigeants dans le cadre des conventions réglementées dans la société anonyme avec administrateur sera envisagée au niveau des sociétés unipersonnelles⁶⁵¹. Ainsi, aborderons-nous, l'incapacité au niveau des sociétés pluripersonnelles où elle est en pleine dégradation. Dans la société anonyme avec conseil d'administration, l'incapacité d'exercice connaît une dégradation au niveau du double degré de contrôle existant (1), contrairement à la société pluripersonnelle à responsabilité limitée où l'incapacité est dégradée à un contrôle unique (2).

1. La dégradation de l'incapacité d'exercice dans la société anonyme à conseil d'administration

255. En application de l'article 438 alinéa de l'AUSCGIE révisé, « *Doivent être soumises à l'autorisation préalable du conseil d'administration toute convention entre une société anonyme et l'un de ses administrateurs, directeurs généraux ou directeurs généraux adjoints...* ». Aussi, selon, l'article 440 alinéa 2 de l'AUSCGIE, « *le président du conseil d'administration ou le président directeur général avise le commissaire aux comptes, dans un délai d'un mois à compter de leur conclusion, de toute convention autorisée par le conseil d'administration et la soumet à l'approbation de l'assemblée générale ordinaire statuant sur les comptes de l'exercice écoulé* ». Il résulte de ces dispositions que la conclusion des conventions réglementées est soumise à un double degré de contrôle provenant d'abord du conseil d'administration puis de l'assemblée générale. Le défaut de ces contrôles fait encourir à la

⁶⁵¹ V. *supra* n° 288 s.

convention la nullité s'il y a fraude selon l'article 443 de l'AUSCGIE, ou lorsque l'acte cause un préjudice à la société selon l'article 444 de l'AUSCGIE. Mais la nullité peut être couverte selon l'article 447 de l'AUSCGIE révisé « ...*par un vote spécial de l'assemblée générale intervenant sur rapport spécial du commissaire aux comptes exposant les circonstances en raison desquelles la procédure d'autorisation n'a pas été suivie* ». En fin de compte, le contrôle *a priori* des conventions réglementées par le conseil d'administration n'est pas nécessairement obligatoire. C'est une dégradation du caractère obligatoire de l'autorisation. Le dirigeant n'ayant pas observé l'autorisation peut espérer néanmoins l'approbation de l'assemblée générale. De plus, la nullité de ces conventions n'est encourue qu'en présence de fraude ou de préjudice causé à la société par la convention. Ces causes sont, à la limite, indépendantes du défaut d'autorisation. Si la nullité n'a pu s'exercer après l'expiration du délai requis, elle est relayée par une exception de nullité après l'expiration du délai. L'efficacité de l'incapacité d'exercice s'observe dès lors à deux niveaux, mais ils n'échappent pas à la dégradation puisque la nullité ne se fonde sur le défaut d'autorisation et l'exception de nullité perd tout intérêt en présence de convention irrégulière exécutée. La dégradation de l'incapacité atteint non seulement le double degré du contrôle (a) mais aussi le double degré d'efficacité (b).

a. La dégradation du double degré de l'incapacité d'exercice

256. L'incapacité d'exercice résulte de la soumission de la conclusion des conventions réglementées à un double degré de contrôle. Le premier degré se situe avant la conclusion de la convention : il s'agit pour le dirigeant d'obtenir l'autorisation préalable du conseil d'administration. Le second degré se situe après la conclusion de la convention : il s'agit pour le dirigeant de soumettre la convention à l'approbation de l'assemblée générale. Ce double degré de l'incapacité d'exercice est en pleine dégradation, car le dirigeant peut passer une convention réglementée en l'absence de l'autorisation préalable du conseil d'administration (i) quitte à l'assemblée générale ordinaire de l'approuver plus tard (ii).

i. La dégradation de l'autorisation *a priori* du conseil d'administration à une faculté

257. L'autorisation préalable du conseil d'administration suit un processus décisionnel bien précis. Mais elle est en pleine dégradation, car le dirigeant peut se passer de ce processus dans la conclusion des conventions réglementées (α). En conséquence, la liste des conventions échappant au contrôle connaît une extension (β).

α. L'exploitation de la faculté par les dirigeants

258. En principe, l'autorisation du conseil d'administration est nécessaire avant la conclusion des conventions réglementées. La procédure s'applique, peu importe la forme écrite ou orale de la convention⁶⁵². Comme les garanties consenties aux tiers, la régularité des conventions réglementées dépend de la nature de la délibération prise par le conseil d'administration. Lorsque la délibération est défavorable, ces conventions ne peuvent être valablement conclues. Ce n'est qu'à l'issue d'une délibération favorable que les dirigeants peuvent passer ces

⁶⁵² Cf. Cass. com., 27 févr. 2001, *Bull. Joly Sociétés* 2002, p. 614, note J.-J. DAIGRE.

conventions. La simple connaissance par les administrateurs de l'existence de la convention ne peut pas être considérée comme valant autorisation de leur part⁶⁵³. L'autorisation suppose une véritable délibération du conseil, et ne saurait donc résulter de l'accord fourni individuellement par chaque administrateur⁶⁵⁴ et il a été jugé que l'autorisation du conseil doit être précédée d'une discussion contradictoire, suivie d'un vote exprès, le tout mentionné formellement dans le procès-verbal de la réunion⁶⁵⁵. Le conseil d'administration apparaît en principe comme l'organe dépositaire des pouvoirs en matière de conventions réglementées.

Lorsque le dirigeant est membre du conseil d'administration ou intéressé par ces conventions, ne peut participer au vote devant décider de leur approbation, en raison du conflit d'intérêts que portent ces conventions. Aussi, l'autorisation pour un paquet de conventions et pour une durée maximale de douze mois n'est-elle pas envisagée par le législateur. Une autorisation donnée pour une convention à durée indéterminée vaut pour les exercices ultérieurs pendant lesquels les effets de la convention sont prolongés⁶⁵⁶. Elle doit être sollicitée par le dirigeant pour chaque cas de convention. C'est ce que relève l'article 440 de l'AUSCGIE qui dispose que le dirigeant intéressé est tenu d'informer le conseil d'administration dès qu'il a connaissance d'une convention devant être soumise à autorisation. De plus, ce pouvoir dont dispose le conseil lui est propre et ne peut se dessaisir ni en faveur du dirigeant, ni de tout autre administrateur. Ainsi, l'autorisation ne peut-elle être considérée comme accordée, lorsque le conseil s'est contenté de déléguer trois de ses membres pour conclure avec son président une convention dont le contenu ne lui a pas été révélé avec précision⁶⁵⁷ ou encore lorsqu'il a statué incomplet⁶⁵⁸.

259. Mais, ces dispositions peuvent être balayées par le dirigeant, car il peut passer des conventions sans autorisation préalable. A ce niveau, le dirigeant peut être confronté, soit à une absence d'autorisation, soit à un refus d'autorisation. L'absence d'autorisation peut, d'une part, résulter de la volonté du dirigeant de ne pas saisir le conseil d'administration avant de passer l'acte. Parfois, il peut en avoir la volonté mais le conseil d'administration peut se retrouver dans l'impossibilité de délibérer lorsque tous ses membres sont intéressés directement ou indirectement à l'acte. En application de l'exclusion du vote des membres intéressés, le vote devient impossible. D'autre part, le dirigeant peut décider de passer l'acte en dépit du refus d'autorisation du conseil d'administration. Ce cas est évident lorsque non seulement les membres du conseil d'administration ne sont pas intéressés à la convention mais aussi ils sont opposés à sa conclusion. Dans cette hypothèse, le vote défavorable est inévitable. Le vote au sein du conseil d'administration étant émis par principe par tête, le dirigeant n'est pas toujours à même de fédérer en sa faveur toutes les opinions. Mais lorsque le dirigeant dispose d'une majorité à l'assemblée générale, il

⁶⁵³ Cass. soc., 8 déc. 1976, n° 75-12.486, *Rev. sociétés* 1977, p. 251, note BALENSI ; Cass. soc., 12 févr. 1987, n° 85-10.169, *Bull. civ. V*, n° 73, p. 46, *Bull. Joly Sociétés* 1987, p. 384, note P. LE CANNU.

⁶⁵⁴ CA Paris, 13 juin 1964, *D.* 1965, p. 398.

⁶⁵⁵ CA Paris, 23 oct. 1965, *JCP éd. G* 1966, II, n° 14491, note P. L., *D.* 1966, *jur.*, p. 199, note P. DIDIER.

⁶⁵⁶ Cass. com., 27 févr. 2001, n° 98-14.206, *BRDA* 2001, n° 6, p. 3, *Bull. Joly* 2001, p. 614, note J.-J. DAIGRE; *D.* 2001, p. 1103, obs. A. LIENHARD, *RTD com.* 2001, n° 2, p. 467, obs. J.-P. CHAZAL et Y. REINHARD, *Dr. et patr.* 2001, n° 95, p. 114, obs. D. PORACCHIA.

⁶⁵⁷ Cass. com., 10 juill. 1978, n° 77-10.240, *Bull. civ. IV*, n° 195, p. 164, *Rev. sociétés* 1979, p. 848, note BALENSI.

⁶⁵⁸ CA Paris, 4^e ch. B., 22 oct. 1987, *Bull. Joly* 1987, p. 861.

peut passer outre le refus d'autorisation pour passer l'acte quitte à informer le commissaire aux comptes qui soumettra l'acte à l'assemblée générale dont le vote peut être favorable au dirigeant.

Cette réduction de l'autorisation préalable de l'autorisation du conseil d'administration à une simple faculté entraîne une dégradation de l'incapacité d'exercice des dirigeants. L'omnipotence des dirigeants s'accroît au détriment du conseil d'administration. Cette possibilité pour le dirigeant de s'affranchir de l'autorisation préalable favorise une extension des actes pouvant à cette autorisation.

β. L'extension des actes échappant à l'autorisation préalable

260. Le pouvoir du dirigeant de passer des conventions réglementées sans autorisation préalable entraîne une extension des actes échappant à cette autorisation. Aux actes y échappant par nature, viendront s'ajouter ceux qui devaient en principe s'y soumettre puisqu'ils peuvent être passés sans autorisation.

261. La liste des actes échappant par nature. Certaines conventions échappent à l'autorisation préalable du conseil : il s'agit des conventions qui portent sur des actes courantes⁶⁵⁹ conclues à des conditions normales⁶⁶⁰. De même, généralement, les rémunérations versées aux dirigeants échappent en principe à la procédure des conventions réglementées. Ce principe trop vague a été régulé par la jurisprudence pour éviter que les dirigeants n'exploitent cette largesse de la loi pour s'octroyer des rémunérations excessives. Elle conditionne donc l'exclusion des rémunérations à trois conditions. D'abord, les avantages ou rémunérations versés au dirigeant doivent avoir pour contrepartie des services rendus à la société par le dirigeant pendant l'exercice de ses fonctions. Ensuite, ils doivent être proportionnés à ces services. Enfin ils ne doivent constituer une charge excessive pour la société. Lorsque ces critères cumulatifs sont réunis, la procédure des conventions réglementées ne s'applique pas⁶⁶¹. Le conseil d'administration a une compétence exclusive pour déterminer la rémunération du président, mais ne peut ratifier la décision du président qui, sans obtenir préalablement une décision du conseil, s'est alloué une rémunération⁶⁶². Aussi, lorsque des rémunérations sont versées au dirigeant en raison des services rendus dans le cadre d'un contrat de travail conclu avec la société avant son entrée en fonction, elles ne sont pas soumises à la procédure⁶⁶³.

⁶⁵⁹ *Supra* n° 50.

⁶⁶⁰ Selon l'article 439 al. 3 de l'AUSCIE révisé, « *Les conditions normales sont celles qui sont appliquées, pour des conventions semblables, non seulement pour la société en cause, mais également pour les autres sociétés du même secteur d'activité* ».

⁶⁶¹ P. LE CANNU, « *Package* » du mandataire social et conventions réglementées, note sous Soc. 8 juill. 2009, pourvoi n° 08-41.589, arrêt n° 1607 FS-D, *RTD com.* 2009 p. 762 ; *JCP éd. E* 2009. 2034, note Y. PACLOT ; V. par aussi par ex. Com. 24 oct. 2000, *Bull. civ. IV*, n° 166 ; *RTD com.* 2001. 161, obs. J.-P. CHAZAL et Y. REINHARD ; D. 2000. AJ. 434, obs. M. BOIZARD ; *Rev. sociétés* 2001. 95, note P. LE CANNU ; *JCP éd. E* 2001, n° 1, p. 37, note Y. Guyon ; *Bull. Joly* 2001. 54, note M. STORCK ; LPA 25 janv. 2001. 16, note S. MESSAÏ ; LPA 28 févr. 2001. 12, note F.-X. LUCAS ; Paris, 14 mai 1993, *RTD com.* 1993. 535, obs. Y. REINHARD ; *Dr. sociétés* 1993. comm. n° 168, note H. LE NABASQUE ; Y. PACLOT, *L'application contestable de la procédure des conventions réglementées à toutes les rémunérations versées en cas de cumul d'un contrat de travail et d'un mandat social*, comm. sous Cass. soc., 8 juill. 2009, n° 08-41.589, FS D, *JCP éd. E* 2009, 2034.

⁶⁶² Com. 30 nov. 2004, *Simonin c/ Sté du garage Simonin*, arrêt n° 1740 F-D, *Rev. sociétés* 2005, p. 631, note J.-F. BARBIERI ; *RTD com.* 2005, p. 119, P. LE CANNU.

⁶⁶³ Cass. soc., 21 janv. 1981, *Bull. civ., V*, n° 44 ; Cass. Soc., 10 avril 2013, *Rev. sociétés* 2013, p. 684, note R. VATINET. Toutefois, après son entrée en fonction, les modifications apportées au contrat de travail conclu antérieurement à son entrée en fonction, ne peuvent au contraire échapper au régime des conventions réglementées (Cass. soc., 8 déc. 1976, *Rev.*

Cependant, en droit OHADA, les choses ont changé à l'issue de la révision de l'AUSCGIE. Aux termes de l'article 467 alinéa 4 et 5 de l'AUSCGIE révisé, « *Le président ne prend pas part au vote sur sa rémunération et sa voix n'est pas prise en compte pour le calcul du quorum et de la majorité. Toute décision prise en violation du présent article est nulle* ». Les articles 474 alinéa 2 et 3 et 490 alinéa 3 et 5 prévoient successivement le même dispositif au sujet de la rémunération du directeur général adjoint et du directeur général. L'exclusion du vote du dirigeant intéressé à la rémunération et le risque d'annulation de la délibération pour non respect de ce principe sont des caractéristiques d'une convention réglementée. Certes toute la procédure des conventions réglementées n'est appliquée dans ce contexte puisque aucun rôle n'y est confié au commissaire aux comptes. Mais les rémunérations déterminées dans ces conditions accèdent à la nature de convention réglementée même si la procédure est allégée. Cette démarche du législateur tranche néanmoins avec ce qu'il prévoit dans les SA avec administrateur général où les textes n'excluent pas la participation du dirigeant au vote devant déterminer sa rémunération⁶⁶⁴.

De même, l'autorisation n'est-elle pas nécessaire pour les conventions qui ne sont pas conclues par la société elle-même. C'est le cas de la cession par le président à une banque de sa créance sur la société, celle-ci, débiteur cédé, n'étant pas partie à l'opération⁶⁶⁵. Il en est de même du cautionnement d'une société par une autre société ayant avec elle des dirigeants communs, la société cautionnée n'étant pas partie au contrat de cautionnement qui lie la société caution et le créancier⁶⁶⁶. L'autorisation n'est pas aussi requise pour les actes unilatéraux⁶⁶⁷. L'engagement unilatéral étant, par essence, suffisant à produire les effets juridiques souhaités, ne peuvent être soumis à la procédure d'autorisation, laquelle suppose une interconnexion de deux volontés, celle de la société d'une part et celle du dirigeant d'autre part⁶⁶⁸. La doctrine majoritaire est favorable à l'exclusion des actes unilatéraux des conventions réglementées⁶⁶⁹ tout comme la Cour de cassation qui s'y est prononcé dans un arrêt⁶⁷⁰. De plus, les opérations de fusion, de scission ou d'apport partiel d'actifs, même présentant un conflit d'intérêts entre l'intérêt du dirigeant et celui de la société, échappent à l'autorisation préalable, car elles relèvent de la compétence exclusive de l'assemblée générale extraordinaire, étant donné qu'elle est décidée dans les conditions requises pour la modification des statuts⁶⁷¹. Aussi, la convention par laquelle un dirigeant cède à la société ses droits sur des brevets constitue-t-elle une opération courante et non une convention réglementée dès lors que l'objet social de la

sociétés. 1997, p. 251, note Y. BALENSI ; Cass. soc., 29 nov. 2006, pourvoi n° 04-48.219, *Sté Papmétal c/ Denieau*, D. 2007. AJ. 381, *RTD com.* 2007 p. 144, obs. Cl. CHAMPAUD et D. DANET).

⁶⁶⁴ Selon l'art. 501 de l'AUSCGIE révisé, « *Les modalités et le montant de la rémunération de l'administrateur général sont fixés par l'assemblée générale ordinaire ainsi que, le cas échéant, les avantages en nature qui lui sont accordés. Toute décision prise en violation du présent article est nulle* ».

⁶⁶⁵ Cass. com., 11 janv. 1966, n° 63-13.601, *Bull. civ. III*, n° 19, p. 17.

⁶⁶⁶ Cass. com., 9 avri. 1996, n° 93-17.370, *Bull. civ. IV*, n° 116, p. 99, *Bull. Joly* 1996, p. 674, note LE CANNU.

⁶⁶⁷ Cass. com., 17 avr. 1980, n° 78-11.413, *Rev. sociétés* 1981, p. 316, note BALENSI.

⁶⁶⁸ D. LOUKAKOU, *Les conventions réglementées dans les sociétés commerciales de l'espace OHADA*, *Rev. Penant* 2004, n° 848, p. 333.

⁶⁶⁹ Cf. J.-F. BULLE, M. GERMAIN, *Pratique de la société anonyme*, Dalloz, 1991, p. 83, n° 205 ; G. MARYAM, *Les contours de l'autorisation préalable du conseil d'administration dans le cadre de l'article 101 de la loi du 24 juillet 1966 (C. com., art. L. 225-38)*, *Bull. Joly Sociétés* 2000, n° 11, p. 1017.

⁶⁷⁰ Cass. com., 17 avril 1980, *Rev. sociétés*, 1981, p. 361, note I. BALENSI.

⁶⁷¹ Art. 197 de l'AUSCGIE.

société porte sur l'exploitation de tous brevets, cession et concession de licences, marques, procédés. En conséquence, elle est parfaitement valable et opposable aux tiers sans autorisation préalable du conseil d'administration⁶⁷². Il n'en demeure pas moins que la liste de ces conventions qui échappent par nature à l'autorisation préalable connaît une extension à d'autres conventions pour lesquelles l'autorisation préalable est nécessaire du moment que leur autorisation peut être écartée.

262. L'adjonction des actes n'échappant pas par principe. Puisque les dirigeants peuvent écarter l'autorisation préalable, les actes qui devaient s'y soumettre deviennent libres. Ces conventions théoriquement réglementées deviennent dans la pratique libres.

En ce qui concerne les types de conventions réglementées, le législateur n'a fait aucune énumération. Il s'est contenté d'indiquer les éléments de ces conventions devant être pris en compte par le rapport du commissaire aux comptes : selon l'article 440 alinéa 4 de l'AUSCGIE, le rapport contient l'énumération des conventions soumises, leur nature et leur objet, leurs modalités essentielles notamment l'indication du prix ou des tarifs pratiqués, des ristournes ou des commissions consenties et, le cas échéant, toutes autres indications permettant aux actionnaires d'apprécier l'intérêt qui s'attachait à la conclusion desdites conventions. Mais il n'a soumis expressément que la conclusion de contrat de travail par le dirigeant avec la société au régime des conventions réglementées selon l'article 426 de l'Acte uniforme⁶⁷³. Pour le reste, c'est la doctrine et la jurisprudence qui sont plus prolixes sur ces types de conventions. Dans cette œuvre, la jurisprudence n'hésite pas à exiger le respect de la procédure des conventions réglementées pour certaines rémunérations allouées aux dirigeants alors même que la loi les exclut de façon générale⁶⁷⁴.

263. Les conventions réglementées ne sont pas limitatives et concernent le plus souvent la vente, les prestations de service, le bail intervenus entre la société et son dirigeant. Dès lors, constituent notamment des conventions soumises à autorisation : le contrat d'approvisionnement exclusif accompagné d'un transfert du personnel et de l'activité d'une société, conclu par le président directeur général au profit de l'activité d'une société qu'il a créée⁶⁷⁵ ; la souscription d'un contrat d'assurance-vie au profit d'un administrateur⁶⁷⁶ ; l'attribution à un administrateur d'un avantage en nature, tel que la jouissance d'un véhicule de la société ou l'utilisation d'un

⁶⁷² CA Paris 1^{re} ch. sect. G, 4 juin 2003, n° 2002/04255, *Tagnon c/ M^e Haucourt-Vannier ès-qual*, *Bulletin Joly Sociétés*, 2003, n° 12, p. 1315, L. GODON. Cependant, dans un autre arrêt du 22 octobre 1987, la Cour d'appel de Paris a considéré que la convention passée entre une société et son directeur général au sujet des inventions éventuellement réalisées par le directeur général est une convention réglementée : CA Paris, 22 octobre 1987, *Bull. Joly Sociétés*, 1987, p. 861, § 355. Aussi, dans un arrêt du 9 mai 1961, cette même Cour avait affirmé que du la demande de brevet déposée par le président d'une société anonyme tant en son nom personnel qu'au nom de la société est une convention réglementée : CA Paris, 9 mai 1961, *D.*, 1962, somm., p. 26.

⁶⁷³ Selon l'article 426 de l'Acte uniforme, sauf stipulation contraire des statuts, un administrateur peut conclure un contrat de travail avec la société si ce contrat correspond à un emploi effectif. Dans ce cas, le contrat est soumis aux dispositions des articles 438 et suivants de l'Acte uniforme, c'est-à-dire le régime des conventions réglementées.

⁶⁷⁴ V. *supra* n° 33.

⁶⁷⁵ CA Nîmes, 15 févr. 1989, *Dr. sociétés* 1989, n° 257.

⁶⁷⁶ Cass. soc., 5 nov. 1982, n° 81-14.886, *Bull. civ. V*, n° 602, p. 444 ; CA Paris, 1^{er} juin 1982, *Bull. Joly* 1982, p. 973.

logement appartenant à la société⁶⁷⁷ ; la promesse de vente d'un immeuble d'une société anonyme consentie par celle-ci au profit de l'épouse du président-directeur général⁶⁷⁸ ; la convention d'assurance collective constituant un complément de retraite bénéficiant à des dirigeants en leur qualité de cadre salariés⁶⁷⁹ ainsi que les indemnités de départ⁶⁸⁰. Ce régime est applicable de même aux actions gratuites distribuées aux dirigeants au moment de la cession de leur fonction⁶⁸¹, car les conditions de détermination des actions gratuites relève de la compétence du conseil d'administration⁶⁸². En outre, étant entendu que l'article 438 de l'Acte uniforme n'impose aucune forme pour les conventions réglementées, la convention verbale d'assistance et de conseil conclue entre deux sociétés, nécessite, comme en droit français, l'autorisation préalable du conseil d'administration⁶⁸³.

264. Également, nécessitent l'autorisation préalable, la conclusion d'un compte courant d'associés⁶⁸⁴ ainsi que l'emprunt par une holding des actions à sa filiale⁶⁸⁵. Lorsque la convention ne lie pas une société mère à sa filiale, mais porte sur un cautionnement octroyé par la société mère en faveur de la filiale, une telle convention n'est soumise qu'à la procédure d'autorisation exigée pour l'octroi des sûretés aux tiers⁶⁸⁶. Mais lorsqu'il s'agit d'une opération courante mais devant lier une société mère à sa filiale, cette opération serait soumise au régime des conventions réglementées. Cette identité d'associés ou de dirigeants contraint à un respect de la procédure de ces genres de convention⁶⁸⁷. Par exemple, pour rejeter le pourvoi reprochant à un arrêt d'avoir soumis à autorisation une convention d'exclusivité conclue entre une société anonyme et une société à responsabilité limitée dont les deux seuls associés étaient les fils du président de la société anonyme, la chambre commerciale s'est bornée à rappeler les termes de l'article 101, alinéa 2, sans préciser si cette convention présentait pour le président un intérêt indirect ou si elle devait être considérée comme conclue avec lui-même par personne

⁶⁷⁷ Rép. min. à QE n° 30539, *JO Sénat* Q. 24 août 1979, p. 2737 ; Rép. min. à QE n° 37140, *JO AN* Q. 9 mars 1981, p. 1028.

⁶⁷⁸ Cass. com., 23 janv. 1968, n° 65-11.571, *Bull. civ. IV*, n° 38, p. 28.

⁶⁷⁹ Soc. 14 janv. 1999, *Dalloz affaires* 1999. 426, note M. B., *Rev. sociétés* 1999, p. 616, note B. SAINTOURENS ; *RTD com.* 1999 p. 447, B. PETIT ; CA Paris, 1^{er} ch. A, 28 mai 2001, *BRDA* 2002, n° 10, p. 3 ; *RJDA* 2002, n° 8-9, n° 903, p. 767 ; *JCP éd. E* 2002, n° 12, p. 501.

⁶⁸⁰ Cl. CHAMPAUD et D. DANET, *Contrôle de la rémunération des dirigeants. Loi pour la confiance et la modernisation de l'économie. Information sur les rémunérations des administrateurs*, *RTD com.* 2005 p. 749 ; G. BORDIER, *Rémunérations des dirigeants, Petites affiches*, 17 nov. 2005, n° 229, p. 55 ; F. DANNENBERGER, *Régime spécial de conventions réglementées pour les «parachutes dorés»*, *Petites affiches*, 11 décembre 2007 n° 247, p. 6. Mais, s'agissant des compléments de retraite, ils ne font pas l'objet d'une convention réglementée si elles satisfont aux trois conditions jurisprudentiellement définies : existence de services particuliers rendus par l'intéressé, proportionnalité de la récompense, charge raisonnable pour la société (Com. 3 mars 1987, *Sté Union des banques de Paris c/ Lebon*, *Rev. sociétés* 1987. 266, note GUYON, *Bull. Joly Sociétés*, § 103, p. 218 ; *RTD com.* 1987, p. 393, note Y. REINHARD ; *JCP éd. E.*, I, 15846, obs. A. VIANDIER et J.-J. CAUSSAIN ; *Gaz. Pal.* 1987, p. 264, note B. HATOUX. Dans le même sens : Cass., 22 janv. 1991, *Sté Fred Carlin international c/ Carlin*, *Bull. Joly* 1991, § 131, p. 404 ; *Rev. sociétés* 1992, p. 61, note J.-P. LEGROS).

⁶⁸¹ G. OLIVIER, *Attribution gratuite d'actions : focus sur quelques difficultés d'application*, *Gaz. Pal.* 2008, p. 2, spéc. n° 30.

⁶⁸² *V. infra* n° 730.

⁶⁸³ CA Paris, 5^e ch. C, 6 févr. 1998, *RJDA* 1998, n° 876, p. 638, *Bull. Joly* 1998, p. 333, note A. COURET ; Cass. com., 27 févr. 2001, *Bull. Joly* 2001, p. 614, note J.-J. DAIGRE ; D. 2001, p. 1103, obs. A. LIENHARD ; *RTD com.* 2001, n° 2, p. 467, obs. J.-P. CHAZAL et Y. REINHARD ; *Dr. et patr.* 2001, n° 95, p. 114, obs. D. PORACCHIA.

⁶⁸⁴ F. PASQUALINI, *Les conventions extra-statutaires, outils de modulation de la rémunération des associés*, *Rev. sociétés* 2010, p. 79 et s., n° 14.

⁶⁸⁵ *Ibid.*, n° 20.

⁶⁸⁶ *V. supra* n° 189 s.

⁶⁸⁷ G. RIPERT et R. ROBLOT, par M. GERMAIN et V. MAGNIER, *Traité de droit des affaires, Les sociétés commerciales, op. cit.*, n° 2023.

interposée⁶⁸⁸. Cette mesure permet la transparence dans la conclusion des conventions et vise à éclairer à ce sujet les associés minoritaires⁶⁸⁹ en vue de prévenir les conflits d'intérêts.

265. Toute cette liste de conventions réglementées susceptible de s'allonger chaque fois que la jurisprudence détecte un conflit d'intérêts passe sous la souveraineté des dirigeants dans la mesure où ils peuvent défier les prescriptions pour passer directement ces conventions en vertu de la loi qui leur permet de s'affranchir de l'autorisation préalable quitte pour eux de les faire enregistrer par l'AG après leur conclusion.

ii. La dégradation de l'approbation *a posteriori* de l'AGO à une formalité d'enregistrement

266. L'approbation de l'assemblée générale est nécessaire pour toutes les conventions réglementées après leur conclusion. Tandis que l'autorisation peut être donnée à l'issue des réunions du conseil d'administration qui peuvent se tenir à tout moment au cours d'un exercice et autant de fois qu'il est nécessaire⁶⁹⁰, l'approbation de l'assemblée générale ne peut s'effectuer qu'au cours de sa réunion ordinaire. Cette réunion ordinaire se tient au moins une fois par an⁶⁹¹ et généralement six mois⁶⁹² après l'écoulement d'un exercice. C'est dire que le contrôle de l'assemblée générale sera exercé sur l'ensemble des conventions conclues au cours de l'exercice écoulée. L'assemblée générale peut approuver ou désapprouver une convention. Le sens de la délibération n'a, en principe, aucune incidence sur la convention déjà formée.

Ce second degré de contrôle des conventions est en principe destiné à affaiblir davantage le pouvoir des dirigeants qui sont contraints à faire éprouver leur convention par la collectivité des actionnaires en vue d'échapper à des poursuites personnelles lorsque ces conventions causeraient des dommages à la société. L'approbation de l'assemblée générale constitue une renonciation des actionnaires à toute action contre le dirigeant lorsqu'il résulte de ces conventions des préjudices pour la société. C'est un quitus que donnent implicitement les actionnaires à la gestion des dirigeants. La désapprobation est l'expression d'une méfiance et d'insatisfaction des actionnaires à l'égard de la gestion des dirigeants. Elle jette un discrédit sur la gestion du dirigeant et peut présager sa révocation.

Mais l'approbation de l'assemblée générale n'est en réalité qu'une formalité généralement attendue par les dirigeants qui ont fait usage de leur faculté de se passer de l'autorisation du conseil d'administration pour faire enregistrer leur convention. L'échec de cette formalité n'a aucune incidence sur la validité de la convention. Cette

⁶⁸⁸ Com. 23 oct. 1990, *Rev. sociétés* 1991. 92, note Y. GUYON.

⁶⁸⁹ Ph. MERLE, *Les conventions au sein des groupes, Petites affiches*, 04 mai 2001 n° 89, p. 49 ; B. DONDERO, *La captation des opportunités d'affaires : regards vers l'Étranger*, préc., n° 20. Pour le professeur DONDERO, la réglementation de la captation des opportunités d'affaires soumet le dirigeant à une « obligation d'informer la société, préalablement ou non à la captation de l'opportunité d'affaires, sur l'existence de cette dernière et sur l'intention du dirigeant. En informant la société de ce qu'il compte appréhender tel marché, telle offre, tel bien, le dirigeant s'assurera de ce que cette appréhension n'est pas vue par la société comme contraire à ses intérêts, ou du moins que la société ne considère pas que le dirigeant manque à ses devoirs. Sans que le dirigeant sollicite expressément une autorisation de la société, l'information devra être suivie d'un délai que l'on pourrait dire d'exclusivité, pendant lequel le dirigeant s'abstiendra d'appréhender l'opportunité d'affaires pour son compte de manière irrévocable ».

⁶⁹⁰ Art. 453 alinéa 2 et 3 de l'AUSCGIE.

⁶⁹¹ Art. 548 al. 1 de l'AUSCGIE.

⁶⁹² Art. 548 al. 1 de l'AUSCGIE.

formalité ne participe pas de la validité des conventions réglementées mais de leur divulgation à l'endroit des membres de la société. Car, même si l'approbation n'est pas obtenue, la convention survit jusqu'à sa probable annulation. La probabilité de l'annulation apparaît mince en raison du recours à des causes d'annulation non exclusivement fondée sur le défaut d'autorisation. Cette situation affaiblit davantage l'efficacité de l'incapacité d'exercice des dirigeants au profit de la souveraineté croissante des dirigeants.

b. La dégradation du double degré de l'efficacité de l'incapacité d'exercice

267. La dégradation de l'incapacité d'exercice affecte son efficacité. D'une part, une convention violant l'incapacité encourt la nullité pour des causes indépendantes du défaut d'autorisation, lorsque l'action est exercée dans les délais (i). D'autre part, sa confrontation à l'exception de nullité après l'expiration des délais d'action en nullité est paralysée par l'exécution de ladite convention (ii).

i. L'indifférence de la nullité au défaut d'autorisation avant l'expiration du délai

268. Les conventions dont l'autorisation par le conseil d'administration et l'approbation de l'assemblée générale sont requises, encourent la nullité lorsque cette procédure n'a pas été respectée et que le délai de l'action n'a pas encore expiré. Cette nullité repose pas directement sur le défaut d'autorisation : la nullité est encourue pour fraude ou lorsque les conventions ont eu des conséquences dommageables pour la société.

269. D'un côté, les conventions réglementées encourent exceptionnellement la nullité en présence de fraude. Cette cause de nullité est envisagée par l'article 443 de l'Acte uniforme. En général, comme le dit une maxime « *fraus omnia corrumpit* », la fraude corrompt tout. Lorsque la fraude est usée par le dirigeant lors de la conclusion de la convention, celle-ci devient compromise et n'a pu être valablement formée. Comme le dit la maxime, « *fraus signicat eventum et consilium* », la fraude suppose le résultat et l'intention. Elle implique malignité et non simple habileté. Elle consiste, comme le relève un auteur, « *...à se placer artificiellement en dehors de la loi impérative, à l'éluider (...) et se manifeste chaque fois que le sujet de droit parvient à se soustraire à l'exécution d'une règle obligatoire par l'emploi de moyen efficace qui rend ce résultat inattaquable sur le terrain du droit positif* »⁶⁹³. L'examen de l'acte incriminé permet le plus souvent un diagnostic : soit la rationalité économique, juridique, fiscale, managériale de l'opération est indiscutable et la décision ne peut être frauduleuse, soit la décision est anormale, avec souvent pour cause première la volonté de nuire à un coassocié ou à un tiers⁶⁹⁴. Ainsi, n'a-t-il pas été considérée comme frauduleuse la vente de bureaux par une société compte tenu des motifs et conditions de l'opération : la société n'avait pas besoin desdits bureaux, la vente avait été exigée par un tiers en relation d'affaires avec elle, le prix était sous-évalué mais compensé par d'autres avantages⁶⁹⁵. Plus concrètement, la fraude peut se rencontrer lorsque le dirigeant en cause a usé d'artifices et de moyens fallacieux pour tromper le conseil d'administration et, le cas échéant, l'assemblée générale elle-même sur la nature et l'importance des avantages qu'il

⁶⁹³ R. NJEUFACK TEMGWA, *L'acte social irrégulier en droit des sociétés commerciales OHADA, Recueil d'Études sur l'OHADA et l'UEMOA*, Vol. 1, PUAM, p. 197, n° 37.

⁶⁹⁴ J. MESTRE et D. VELARDOCCIO, *Lamy sociétés commerciales*, éd. Lamy, 2006, n° 3623.

⁶⁹⁵ CA Paris, 3^e ch. A, 2 juin 1993, *JCP éd. E* 1933, I, n° 288, p. 486 obs. VIANDIER et CAUSSAIN.

retire de la convention passée avec la société et a, grâce à ses manœuvres et à ses réticences, surpris la bonne foi des membres du conseil d'administration et de l'assemblée générale, pour extorquer un vote d'autorisation puis d'approbation. Mais une fraude qui a été commise lors du vote d'approbation, ne peut rejaillir sur la convention elle-même⁶⁹⁶. La fraude dont il s'agit dans cet arrêt concerne les modalités du vote, en particulier la méconnaissance par société interposée de l'interdiction de vote édictée par la loi concernant le dirigeant intéressé par la convention.

270. En revanche, la fraude intervenant au stade de la conclusion est à même de rejaillir au stade de l'approbation. La fraude est assimilable au dol provenant d'une partie et qui a décidé le contractant à conclure le contrat. Le dol vicie le consentement du cocontractant⁶⁹⁷. C'est le cas aussi en matière de convention réglementée. Étant donné que la volonté de la société qui veut s'engager dans une convention réglementée s'exprime à travers la délibération favorable du conseil d'administration et que le dirigeant est le cocontractant, la fraude de ce dernier vient vicier le consentement de la société. En cela, il faut que la société ait eu à se prononcer à travers l'autorisation du conseil d'administration ou l'approbation de l'assemblée générale. Mais la fraude du dirigeant résulte de sa volonté de dissimuler les termes de la convention à la société. En présence de vice, le contrat conclu n'a pu être valablement formé et encourt par conséquent la nullité.

271. Sous un autre angle, les conventions réglementées encourent exceptionnellement la nullité lorsqu'elles ont eu des conséquences dommageables pour la société alors même qu'elles n'ont pas été autorisées par le conseil d'administration. Cette cause de nullité est prévue par l'article 444 de l'AUSCGIE. La nullité peut être prononcée dès lors que la convention a eu des conséquences dommageables pour la société, sans que soient pris en considération les mobiles de ses acteurs. Ainsi la Cour de cassation française avait censuré la décision d'une cour d'appel ayant refusé de prononcer la nullité au motif que l'engagement illégal du patrimoine de la société n'était pas le but principal de la convention⁶⁹⁸. Dans une autre espèce, des conventions intervenues pendant trois ans entre le président du conseil d'administration d'une société anonyme, la société elle-même et le directeur général ont été annulées pour n'avoir pas reçu l'autorisation préalable du conseil d'administration. Celui-ci avait demandé à ce que les actionnaires soient informés des conventions litigieuses mais il avait été constaté que l'assemblée générale n'avait pas reçu les précisions suffisantes sur les conventions en cause et, qu'en outre, ces conventions constituaient des libéralités importantes qui étaient dommageables pour la société justifiant également de prononcer la nullité. La faute du président directeur général et du directeur général ayant été

⁶⁹⁶ CA Paris, 3e ch., 13 janv. 1976, *Dr. sociétés* 1976, comm. 42.

⁶⁹⁷ Cf. E. MAZUYER, *Dol du créancier : réticence dolosive et manquement à l'obligation d'information*, *D.* 2004, p. 262 ; *Dol d'une commune qui achète à bas prix un terrain qu'elle va classer en zone constructible*, *RTD civ.* 1992, p. 81 ; *D'une réticence dolosive d'informations sur la prestation de son cocontractant*, *RTD civ.* 1994, p. 852 ; *Erreur, réticence dolosive et responsabilité civile*, *RTD civ.* 1992, p. 83 ; *Le dol de l'acquéreur de parts sociales*, *RTD civ.* 1997, p. 114 ; C. CARON et O. TOURNAFOND, *La bêtise du contractant ne chasse pas le dol par réticence*, *D.* 2002, p. 927 ; *Les difficultés d'appréciation du dol émanant de l'acheteur*, *D.* 2002, p. 928 ; P. CHAUVEL, *Réticence, obligation d'information et volonté de tromper*, *D.* 2006, p. 2774 ; D. MAZEAUD, *La bonne foi : en arrière toute ?*, *D.* 2006, p. 761 ; M. BANDRAC, *Cautionnement. La réticence dolosive à l'égard de la caution suppose l'intention de la tromper afin de déterminer son consentement*, *RTD civ.* 1996, p. 430.

⁶⁹⁸ Cass. com., 24 janv. 1995, n° 93-11.954, *Bull. civ. IV*, n° 26, p. 22, *RJDA* 1995, n° 449, p. 362 ; *Dr. Sociétés* 1995, comm. 59, *Bull. Joly* 1995, p. 329 ; *RTD com.* 1995, p. 622 ; *Rev. sociétés* 1996, p. 93.

retenue, ce dernier a été condamné, en sa qualité de coauteur du dommage, à le réparer en son entier, compte tenu de la somme à lui versée par le président-directeur général⁶⁹⁹. La nullité est encourue chaque fois que les juges sont convaincus des conséquences dommageables de ces conventions pour la société⁷⁰⁰. Néanmoins, les conventions conclues sans autorisation préalable du conseil d'administration, ne sont pas nulles de plein droit et demeurent valables tant que la nullité n'en est pas poursuivie et prononcée⁷⁰¹.

272. Cette réglementation destinée à l'annulation des conventions irrégulières et ayant causé des dommages à la société, a pour finalité la protection du patrimoine social. La nullité est donc une nullité relative qui peut être exercée par la société elle-même à travers ses dirigeants ou ses associés, selon l'article 446 de l'AUSCGIE, à l'exclusion d'autres personnes⁷⁰². L'action en nullité se prescrit, selon l'article 445 de l'AUSCGIE, par trois ans à compter de la date de la convention. Toutefois, si la convention a été dissimulée⁷⁰³, le point de départ du délai de la prescription est réputé fixé au jour où elle a été révélée.

A ce sujet dans un arrêt du 8 février 2011, la Cour de cassation française apporte une précision en relevant que « l'action en nullité d'une convention (...) conclue sans autorisation du conseil d'administration se prescrit par trois ans à compter de la date de la convention ; toutefois, si elle a été dissimulée, le point de départ du délai de la prescription est reporté au jour où elle a été révélée ; s'il y a eu volonté de dissimulation, la révélation de la convention s'apprécie à l'égard de la personne qui exerce l'action »⁷⁰⁴. L'apport de la formule nouvelle de la Cour de cassation se résume dans le fait que la révélation doit désormais s'apprécier dans la personne qui agit, là où

⁶⁹⁹ Cass. com., 10 mai 1989, n° 87-19.264, *JCP éd. G* 1989, IV, p. 259 ; *Dr. sociétés* 1989, n° 221 ; V. aussi Cass. com., 7 juill. 2004, *Bulletin Joly Sociétés* 2004, n° 12, § 300, p. 1510.

⁷⁰⁰ Cass. com., 19 mai 1998, *Rev. Lamy dr. Aff.* 1998, n° 8, n° 478 ; BRDA 1998, n° 11, p. 5 ; *Bull. Joly* 1998, p. 918, note P. LE CANNU ; *RJDA* 1998, n° 996, p. 729 ; CA Nancy, 10 févr. 1988, *BRDA* 1989, n° 19, p. 13. Par contre, dans une autre espèce, une augmentation modérée n'est pas considérée comme dommageable, d'autant que le renouvellement du bail a pour conséquence de prémunir le bailleur contre une éventuelle demande de déplaçonnement de la part u bailleur, recevable, à partir du moment où, par l'effet de la tacite reconduction, la durée du bail aurait excédée douze année : CA Versailles, 19 déc. 2002, 12^e ch., 2^e sect., *Sté Uffo c/ SCI 32, rue de Seine, Colombes, RJDA* 2003, n° 4, n° 399, p. 399.

⁷⁰¹ Cass. com., 3 mai 2000, n° 958 D, *Sté Arco Plast c/ SA Eurobarket et autre (cons. rapp. Métivet)*, *Bulletin Joly Sociétés* 2000 n° 10, P. 947, note P. SCHOLER.

⁷⁰² Cass. com., 15 mars 1994, *Dr sociétés* 1994, comm. 98, obs. H. LE NABASQUE ; *RJDA* 05/1994, n° 541, p. 426. - La même solution prévalait avant la réforme de 1966 en France : Cass. com., 23 mai 1967, *D.* 1968, p. 173, note A. DALSACE. - CA Amiens, 1er déc. 1966, *D.* 1967, p. 234, note A. DALSACE.

⁷⁰³ En considération de la dissimulation ignorée par les juges du fond, la Cour de cassation dans un arrêt du 24 février 1976 (Cass. com., 24 févr. 1976, n° 74-13185, *Bull. civ.* 1976, IV, n° 69 ; *Rev. sociétés* 1977, p. 88, note Y. CHARTIER ; *JCP* 1976,II, 18506, note C. LUCAS de LEYSSAC) puis du 8 février 2010 (Cass. com., 8 févr. 2011, n° 10-11896, *Bulletin Joly Sociétés*, 01 avril 2011 n° 4, note Cl.-N. OHL et D. SCHMIDT) avait censuré leur décision. Cependant, le tribunal de Paris a annulé une convention dissimulée (T. com. Paris 1^{re} ch., 21 sept. 2010, n° 2008016119, *Sté Altran Technologies c/ M. Bonan, Bulletin Joly Sociétés*, 01 déc. 2010 n° 12, p. 972, B. DONDERO). De sa part, dans un arrêt du 7 juillet 2004, la Cour de cassation française a procédé à l'annulation partielle d'une convention dissimulée au motif qu'« en raison de l'absence d'autorisation du conseil d'administration de la convention d'assurance du 12 février 1990, préalablement à sa conclusion, laquelle concernait pour partie les dirigeants des sociétés et dès lors que la preuve n'était pas rapportée de ce que le conseil d'administration de la SDBO et les assemblées générales des sociétés aient été informées du contenu exact de cette convention avant sa signature, la cour d'appel qui a répondu aux conclusions prétendument délaissées, a justement déduit sa dissimulation de l'absence de révélation de son contenu et de l'absence de délibération de son objet et de ses modalités quant à son application aux dirigeants des sociétés, peu important que le conseil d'administration de la SDBO, les dirigeants sociaux, les sociétés, l'actionnaire principal de la SDBO, les commissaires aux comptes aient eu connaissance de l'existence de cette convention postérieurement à sa signature et que celle-ci ait reçu application » : Cass. com., 7 juill. 2004, *Bull. Joly Sociétés* 2004 n° 12, p. 1510, J.-Ph. DOM ; *RTD com.* 2004 p. 765, obs. P. LE CANNU.

⁷⁰⁴ Cass. com., 8 février 2011, *D.* 2011, p. 1321, obs. F. MARMOZ ; *D.* 2011, p. 1314, note N. MOLFESSIS.

antérieurement elle supposait l'information des organes dont l'autorisation est nécessaire⁷⁰⁵. Ce revirement de la Cour de cassation française est justifiable. En effet, la Cour considérait que la dissimulation d'une convention, au sens de l'article L. 225-42 et 225-20 du Code de commerce, procédait de la seule absence de communication de la convention au conseil d'administration ou de surveillance, circonstance qui suffisait donc à emporter le report du point de départ du délai de prescription. En adoptant par là même une conception purement objective de la dissimulation, dépourvue de toute prise en compte d'un quelconque élément intentionnel, cette position était critiquable à un double titre. Elle méconnaissait d'abord les termes des dispositions légales applicables, en tendant de confondre une condition de l'action en nullité – l'absence d'autorisation préalable consécutive au défaut d'information – et l'élément justifiant le report du point de départ de la prescription d'une telle action, si bien que le défaut d'autorisation et la dissimulation ne faisaient en pratique qu'un. Elle témoignait ensuite d'une certaine incohérence dans la jurisprudence de la Cour, dans la mesure où, s'agissant de l'action en responsabilité des dirigeants sociaux, la dissimulation du fait dommageable, de nature à permettre le report du point de départ de la prescription, s'apprécie à l'aune de la volonté effective de l'auteur du fait dommageable d'en cacher l'existence⁷⁰⁶. Si malgré le report du point de départ de la prescription, l'action en nullité est prescrite, il subsiste l'exception de nullité contre la convention irrégulière sauf si elle n'est pas encore exécutée.

ii. La paralysie éventuelle de l'exception de nullité après l'expiration du délai

273. Les délais d'action en droit des sociétés sont par principe abrégés⁷⁰⁷. Si l'action en nullité d'une convention conclue sans autorisation préalable du conseil d'administration est soumise à la prescription triennale, l'exception de nullité pour inexécution est perpétuelle⁷⁰⁸. L'exception de nullité d'une convention réglementée ne peut être invoquée, si la convention a été exécutée⁷⁰⁹. La jurisprudence l'a admise dans d'autres espèces⁷¹⁰. Mais, comme l'a

⁷⁰⁵ V. Com., 2 mai 2007, *Bull. Joly Sociétés* 2007, n° 267, p. 941, note M. SÉNÉCHAL ; *Dr. sociétés* 2008, comm. 29, note P. LEGROS.

⁷⁰⁶ E. SCHLUMBERGER, *Prescription de l'action en nullité d'une convention réglementées, première mise en œuvre du revirement de jurisprudence*, note sous Com., 24 sept. 2013, *Dr. sociétés*, Janvier 2014, n° 1, p. 35.

⁷⁰⁷ H. RUMEAU-MAILLOT, *Les délais de prescription en droit des sociétés*, *Rev. sociétés* 2012, p. 203, n° 16 et s.

⁷⁰⁸ Cass. soc., 29 nov. 2006, n° 04-48219 FSP, *Sté Papmétal*, *Bull. Joly Sociétés*, 01 avril 2007 n° 4, p. 496, note B. SAINTOURENS ; Cass. com., 10 juill. 1978, *Rev. sociétés* 1979, p. 848, note BALENSI ; 28 nov. 1995 *Bull. Joly* 1996, p.

204, note LE CANNU ; Cass. 3^e civ., 2 déc. 1998, *Rev. sociétés* 1999, p. 359, note Y. CHARTIER.

⁷⁰⁹ Com. 10 nov. 2009, F-D, n° 08-19.583, *Sté Bouleaux France c/ Rosier ép. Kielbasa*, *Rev. sociétés* 2010 p. 99, note R. LIBCHABER ; Cass. civ. 1^{re}, 17 juin 2010, n° 09-14.470, P+B+I, *Société Polyclinique La Pergola c/ Dejardin et Crosmay* : *JurisData* n° 2010-009360, *Droit des sociétés* n° 10, oct. 2010, 181, comm. M. ROUSSILLE ; *D.* 2010. Actu. 1623 ; *Rev. sociétés* 2010. 509, note J.-F. BARBIERI ; *Gaz. Pal.* 4-5 août 2010, p. 20, note D. HOUTCIEFF ; *RTD com.* 2010 p. 744, obs. P. LE CANNU ; Cass. 1^{re} civ., 14 mars 1979, *Bull. civ.* 1979, I, n° 93 ; *Gaz. Pal.* 1980, p. 310, note APS ; Cass. 1^{re} civ., 1^{er} déc. 1998, n° 96-17761, *Maggiani c/ Crédit Lyonnais*, *Juris Data* n° 1998-004599 ; *Bull. civ.* 1998, I, n° 338 ; *RTD civ.* 1999, p. 621, obs. J. MESTRE ; *Deffrénois* 1999, art. 36953, n° 11, p. 364, obs. J.-L. AUBERT ; *JCP E* 1999, pan. p. 56, obs. P. MORVAN ; *JCP G* 1999, I, 171, n° 5, obs. M. FABRE-MAGNAN ; *RTD civ.* 1999, n° 7, p. 621, obs. J. MESTRE ; Cass. 1^{re} civ., 20 mai 2009, n° 08-13.018, F P+B, *Sté Epargne actuelle c/ Sté Santé équilibre performance*, *JurisData* n° 2009-048224 ; *JCP E* 2009, 1683 ; Cass. 2^e civ., 4 déc. 2008, n° 07-20.717, FP+B, *SARL Ben's garage du stade c/ Axa France IARD*, *JurisData* n° 2008-046083 ; *JCP E* 2009, 1080 ; *JCP G* 2009, IV, 1051.

⁷¹⁰ Cass. com., 10 juill. 1978, *Rev. sociétés* 1979, p. 848, note I. BALENSI. D'autres décisions l'ont admis par la suite : Cass. 3^e civ., 2 déc. 1998, n° 97-10.590, P, *SA Godin c/ SCI de la Croix de Mission*, *Juris Data* n° 1998-004621 ; *Rev. sociétés* 1999, p. 359, note Y. CHARTIER ; *Bull. Joly Sociétés* 1999, p. 565, note P. LE CANNU ; *D. Aff.* 1999, 221. - CA Versailles, 12^e ch. civ., 24 sept. 1992, *SA Compagnie financière de l'Ouest c/ Josenhans*, *JurisData* n° 1992-047756 ; *Bull. Joly Sociétés* 1992, 1294, note LE CANNU ; Cass. com., 28 nov. 1995, n° 93-21.242, F-D, *CEIDA c/ Buch*, *JurisData* n° 1995-003608 ; *RJDA* 2/1996, n° 240 ; *Bull. Joly Sociétés* 1996, p. 204, note P. LE CANNU.

relevé à juste titre le professeur ROUSSILLE, « *l'exception de nullité ne permet jamais d'obtenir l'annulation de la convention, son anéantissement. C'est juste un moyen de défense qui permet, telle l'exception d'inexécution, à celui qui l'invoque de ne pas exécuter les obligations qu'il a souscrites dans la convention nulle. Voici pourquoi elle ne peut être invoquée que comme un moyen de défense à une action tendant à l'exécution de la convention* »⁷¹¹.

274. L'exécution de la convention fait perdre à l'exception de nullité tout son intérêt. Cette paralysie de l'exception de nullité traduit une dégradation de l'efficacité de l'incapacité d'exercice des dirigeants des SA comme dans le cadre de la nullité des conventions visées. Cette dégradation de l'incapacité d'exercice des dirigeants est connue au sein des SARL sous la forme de dégradation à un contrôle unique.

2. La dégradation de l'incapacité d'exercice dans les SARL pluripersonnelles

275. L'incapacité d'exercice des dirigeants des sociétés pluripersonnelles à responsabilité limitée est dégradée à un contrôle postérieur à la conclusion de la convention (a). Cette dégradation de l'incapacité affecte son efficacité étant donné que l'influence du vote de l'incapacité est inopérante sur le sort de la convention conclue (b).

a. La dégradation de l'incapacité d'exercice à un contrôle *a posteriori*

276. Contrairement au cadre des SA avec conseil d'administration ou les conventions réglementées sont soumises à un double degré de contrôle, le contrôle n'est prévu qu'après la conclusion dans le cadre des sociétés pluripersonnelles à responsabilité limitée. Les types de conventions réglementées dans le cadre de la SA sont transposables au contexte des SARL. Mais si les rémunérations versées au gérant de SARL échappaient au contrôle sous l'empire de la première version de l'AUSCGIE⁷¹² et continuent de l'être en droit français⁷¹³, il n'en est plus de même avec l'AUSCGIE révisé qui les soumet au contrôle en excluant le gérant intéressé du vote⁷¹⁴. Néanmoins, à la différence des dirigeants de la SA dont les pouvoirs sont modérés par ceux du conseil d'administration d'une part, et ceux de l'assemblée générale d'autre part dans le cadre des conventions réglementées, le gérant est libre de conclure ces conventions au nom de la société sans un contrôle préalable.

277. Dans la phase précédant la conclusion de la convention, le gérant dispose d'une liberté totale. Il n'est soumis à aucune obligation d'information préalable et de contrôle. Cette situation est due à l'absence d'un conseil d'administration dans le cadre des sociétés à responsabilité limitée. Le rôle de contrôle *a priori* ne peut être implicitement joué que par gérant. En effet, en présence d'une pluralité de gérants, un cogérant peut user de son

⁷¹¹ M. ROUSSILLE, comm. sous Cass. civ. 1^{re}, 17 juin 2010, n° 09-14.470, P+B+I, *Société Polyclinique La Pergola c/ Dejardin et Crosmary*, *Juris Data* n° 2010-009360, *Dr. sociétés* n° 10, octobre 2010, 181.

⁷¹² Selon l'article 325 alinéa 2 de la première version de l'AUSCGIE, la fixation de la rémunération du gérant de la SARL n'est pas soumise au régime des conventions réglementées. La règle est la même en droit français.

⁷¹³ Dans un arrêt du 4 mai 2010, la position de la Cour de cassation française est plus affirmée et épouse dans son esprit et dans sa lettre les dispositions relatives au régime de la rémunération des gérants de SARL. Elle relève que la détermination de la rémunération du gérant d'une société à responsabilité limitée par l'assemblée des associés ne procédant pas d'une convention, le gérant peut, s'il est associé, prendre part au vote : Cass. com., 4 mai 2010, n° 09-13205, *Bulletin Joly Sociétés* 2010, n° 7, p. 647, note B. DONDERO ; *D.* 2010, p. 1206, obs. A. LIENHARD ; *Rev. sociétés* 2010, p. 222, note A. COURET.

⁷¹⁴ Selon l'article 325 al. 2 de l'AUSCGIE révisé, « *Le gérant, lorsqu'il est associé, ne prend pas part au vote de la délibération relative à sa rémunération et ses voix ne sont pas prises en compte pour le calcul de la majorité. Toute délibération prise en violation du présent alinéa est nulle...* ».

droit d'opposition pour s'opposer à la conclusion de la convention intéressant son collègue, s'il estime qu'elle est préjudiciable à la société. Dans un autre cas, lorsque la convention intéresse un associé, son appréciation relève de la souveraineté du gérant. Lorsque celui-ci estime que la convention sera préjudiciable à la société, il peut refuser d'y engager la société. Dans ce cas, il serait moins réticent à signer la convention. Par-là, le gérant joue implicitement le rôle assimilable à celui dévolu au conseil d'administration dans le cadre de ces conventions. Il s'agit de sa part d'une contribution à la préservation de l'intérêt social. Cette préservation n'est impartiale que si les personnes intéressées par la convention sont autres que le gérant. Mais, s'il est lui-même le cocontractant, il est incontestable qu'il ignorera les conséquences préjudiciables de la convention à la société. Il sera porté davantage vers le sacrifice des intérêts de la société au profit des siens. C'est pourquoi, la prévision d'un contrôle après la conclusion de la convention par le législateur vient restreindre cette liberté du dirigeant au bénéfice de la société.

278. Après la conclusion de la convention, le gérant est tenu de la soumettre au contrôle de l'assemblée générale. Selon, l'article 350 de l'AUSCGIE, l'assemblée générale ordinaire se prononce sur les conventions intervenues directement ou par personne interposée entre la société et l'un de ses gérants ou associés. A l'instar du droit de l'OHADA, le Code de commerce ne prévoit qu'un contrôle *a posteriori* des conventions passées par une SARL avec l'un de ses gérants ou associés comme l'a aussi relevé la Cour de Cassation dans un arrêt du 7 juillet 2009⁷¹⁵. A cet effet, le ou les gérants ou le commissaire aux comptes, s'il en existe un, présentent à l'assemblée générale ordinaire ou joignent aux documents communiqués aux associés, un rapport spécial sur les conventions intervenues directement ou par personne interposée entre la société et l'un de ses gérants ou associés.

La procédure devant être suivie dépend de la présence ou non d'un commissaire aux comptes. Selon l'article 351 de l'Acte uniforme, le gérant avise le commissaire aux comptes, s'il en existe un, des conventions conclues, dans un délai d'un mois à compter de leur conclusion. En l'absence de commissaire aux comptes, le gérant présente directement la convention à l'assemblée générale ordinaire. Dans les sociétés à responsabilité limitée comme dans la société anonyme, le législateur attribue le même rôle à l'assemblée générale, celui du contrôle *a posteriori*. La forme sociale est indifférente au rôle de l'assemblée générale dans le cadre des conventions réglementées.

279. Cependant, en dégradant l'incapacité à un contrôle unique, le législateur de l'OHADA n'a pas fait de distinction entre la situation de gérant soit qu'il est associé ou non. Il a soumis les conventions conclues par le gérant associé ou non au même régime. Or ces deux catégories de gérants ne disposent pas d'un même lien avec la société : le lien du gérant associé est plus renforcé avec la société, car il est lié à la société sur deux bases juridiques à savoir son statut de gérant et celui d'associé, alors que le lien du gérant non associé est moins renforcé et ne tient qu'à son statut de mandataire social. Ainsi, la procédure de contrôle auquel doivent être soumises les conventions intéressant les gérants doivent diverger selon la catégorie à laquelle ils appartiennent comme l'a relevé

⁷¹⁵ Cass. com., 7 juill. 2009, n° 08-16790 (n° 704 FSPB), SARL Eurydice, *Bull. Joly Sociétés* 2010, n° 2, p. 126, note B. DONDERO.

M. GAUTHIER. Cet auteur a fait une distinction des règles applicables selon que le dirigeant est associé ou non et qu'il la société dispose d'un commissaire aux comptes ou non. Lorsque la société ne dispose pas d'un commissaire aux comptes et que le gérant n'est pas associé, l'autorisation préalable des conventions conclues entre la société et le gérant est requise auprès de l'assemblée générale. Cette observation est aussi faite par le professeur SAINTOURENS qui relève que « *ce n'est que pour des hypothèses répondant à la double condition d'absence de commissaire aux comptes et de conclusion de la convention au nom de la SARL par son gérant non associé que la modalité de contrôle par autorisation préalable doit être mise en œuvre* »⁷¹⁶. Ces observations se fondent sur les dispositions 2 de l'article 50 de la loi française du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales. Lorsque la société ne dispose pas de commissaire aux comptes alors que le gérant est associé, celui-ci établit et présente aux associés un rapport comportant l'énumération des conventions entre la société et lui-même. En revanche lorsque la société dispose d'un commissaire aux comptes, la qualité de l'associé du gérant importe peu⁷¹⁷. Ainsi, lorsqu'il n'existe pas de commissaire aux comptes et que le gérant n'est pas associé, le contrôle de l'assemblée générale doit intervenir avant la conclusion de la convention. C'est un régime dérogatoire à celui du droit commun applicable au cas où le gérant est aussi associé et que par conséquent, le contrôle ne peut intervenir qu'après la conclusion de la convention.

280. Mais, s'agissant du gérant associé, il peut se retrouver dans l'un des cas suivants : le gérant associé minoritaire d'une part et de l'autre le gérant associé majoritaire. Si le premier a moins d'influence sur les décisions prises en assemblée générale, le second dispose d'une influence capable de faire passer ses projets en assemblée générale. Le gérant minoritaire est donc proche du gérant non associé et peut difficilement obtenir l'approbation de l'assemblée générale, si la convention à laquelle il est intéressé est peu favorable à la société. S'agissant du gérant associé majoritaire, il peut facilement obtenir l'approbation d'une convention réglementée même si elle est susceptible de causer des préjudices à la société, en usant de son influence en dépit de son exclusion du vote.

281. En réalité, le vote des associés en assemblée ne peut véritablement sanctionner la convention qu'avant sa conclusion. Ce contrôle *a priori* peut être institué par les statuts de la société. Pour l'envisager, les statuts seront amenés à créer un conseil d'administration⁷¹⁸ qui aurait pour rôle de contrôler les conventions intéressant les gérants qu'ils soient associés ou non avant leur conclusion. Ce qui viendra mettre tous les gérants sur le même pied d'égalité. Aucune discrimination ne sera faite sur la base du cumul du statut d'associé avec le statut de gérant ou non. Les pouvoirs de conseil d'administration implicitement exercé par le gérant seront expressément dévolus à un conseil d'administration institué par les statuts, ce qui viendrait restreindre davantage les pouvoirs des gérants.

⁷¹⁶ B. SAINTOURENS, *Le régime de l'autorisation préalable des conventions réglementées dans la SARL*, note sous Cass. com., 13 févr. 1996, *Bull. Joly Sociétés* 1996 n° 6, § 178, p. 523.

⁷¹⁷ T. GAUTHIER, *Les dirigeants et les groupes de sociétés*, *op. cit.*, p. 121, n° 169.

⁷¹⁸ Cf. Y. GUYON, *Traité des contrats, Les sociétés, Aménagements statutaires et conventions entre associés*, LGDJ, 2002, n° 153. L'auteur relève que la gérance un îlot de liberté relative au sein de la réglementation contraignante applicable à la société à responsabilité limitée et qu'ainsi, les statuts prévoient parfois soit l'existence d'un conseil d'administration soit d'un conseil de surveillance. En droit de l'OHADA, les réalités sont identiques. Le législateur n'a pas prohibé la prévision statutaire d'un conseil d'administration dans le cadre des sociétés à responsabilité limitée.

282. En définitive, en attendant que le législateur de l'OHADA réforme l'incapacité d'exercice des dirigeants de SARL en prévoyant un contrôle *a priori* lorsque le dirigeant intéressé n'est associé et que la société ne compte pas de commissaire aux comptes, la dégradation de l'incapacité peut être aménagée. Le système de contrôle des conventions des dirigeants, en présence ou non d'un commissaire aux comptes, s'exercerait préalablement à la conclusion de la convention par le conseil d'administration statutaire, puis postérieurement à la convention par l'assemblée générale. L'assemblée générale dispose toujours de la prérogative de désapprouver les conventions. Sa désapprobation a une influence sur les effets de la convention.

b. La dégradation de l'efficacité de l'incapacité d'exercice à une influence inopérante

283. Les conventions conclues peuvent être désapprouvées par l'assemblée générale lorsqu'elle se prononce sur elles. Le législateur n'a pas envisagé la possibilité d'annulation des conventions désapprouvées, car « *s'agissant des conventions réglementées, l'assemblée générale n'intervient qu'a posteriori, et n'infère pas sur la validité de l'acte, mais sur ces effets* »⁷¹⁹. Cela étant, la validité de la convention est maintenue malgré sa désapprobation par l'assemblée générale. Les facteurs qui participent de l'infléchissement de la souveraineté des gérants sont indépendants du vote de l'incapacité. Il s'agit de la menace des gérants par la responsabilité pour les préjudices résultant de la convention et de la nullité de la convention spécialement encourue pour cause d'illicéité d'objet.

284. Par principe, la convention conclue par le gérant demeure valable même si elle est désapprouvée par l'assemblée générale. Contrairement aux dirigeants de la SA avec conseil d'administration qui recueille dans le cadre des conventions réglementées des pouvoirs préalablement du conseil d'administration avant d'agir valablement au nom de la société, le gérant de la SARL apparaît comme l'organe qui exprime directement la volonté de la société. Le principe de maintien de la convention est affirmé par l'article 355 de l'AUSCGIE selon lequel les conventions non approuvées par l'assemblée générale produisent leurs effets. Il est aussi consacré en droit français et confortée par la jurisprudence⁷²⁰. Mais la désapprobation est une expression de méfiance des associés à l'égard de la convention conclue par le dirigeant. Cette méfiance pour les actes du dirigeant peut entraîner la perte de confiance des associés pour le dirigeant. La méfiance et la perte de confiance des sociétés à l'égard du dirigeant sont davantage alimentées par les conséquences préjudiciables de la convention pour la société. Dans ce cas, les associés peuvent, selon l'article 355 alinéa 1^{er} de l'AUSCGIE, engager la responsabilité du dirigeant. L'action en responsabilité se prescrit par trois ans à compter de la conclusion de la convention ou, si elle a été dissimulée, de sa révélation.

285. En réalité, la menace du gérant par la responsabilité pour les préjudices résultant de la convention ne constitue pas une cause affirmée de modération des pouvoirs des dirigeants mais permet de dissuader le dirigeant de cause préjudice à la société. La sanction consistant à faire supporter par l'associé intéressé le

⁷¹⁹ N. PROD'HOMME, *Promotion de lege lata d'un organe de régulation : l'expert de gestion*, RTD com. 2003 p. 642, n° 14.

⁷²⁰ V. Cass. com., 28 juin 1988, *Bull. Joly Sociétés*, 1988, p. 687, § 227.

préjudice subi par la société peut produire un résultat proche de celui qu'entraîne une annulation⁷²¹. Il en va ainsi lorsque celui qui est intéressé par la convention est condamné à restituer à la société l'intégralité des sommes qu'il a perçues au titre du contrat non régulièrement approuvé⁷²². De là, la responsabilité constituerait une menace certaine pour le dirigeant d'engager la société dans des actes qui ne lui profitent guère. Dans un arrêt du 22 juin 2010, la Cour de cassation a approuvé un arrêt d'appel qui a retenu que le défaut d'approbation de la convention de remboursement par l'assemblée générale ne pouvait pas être sanctionné par la nullité, mais par une mise en cause de la responsabilité du gérant ou de l'associé gérant⁷²³. Cette sanction logique permet de contraindre le dirigeant à préserver l'intérêt social au détriment de ses intérêts personnels.

286. Par ailleurs, le non-respect de la procédure de contrôle des conventions réglementées n'entraîne pas l'annulation du contrat litigieux, mais cela n'interdit nullement d'invoquer sa nullité pour un autre motif. La convention pourra ainsi être annulée pour un motif tiré du non-respect des conditions de validité des contrats (consentement vicié, incapacité, illicéité de la cause ou de l'objet) ou du droit des sociétés (un abus de majorité par exemple)⁷²⁴ dans les cas exceptionnels⁷²⁵ où la convention est soumise préalablement à l'assemblée générale avant sa conclusion par le gérant. A cet effet, dans une espèce⁷²⁶, la Cour de cassation française avait relevé que « *les conséquences du défaut d'approbation par l'assemblée des associés des conventions intervenues entre la société et un de ses gérants ou associés ne font pas obstacle à la poursuite de la nullité pour illicéité de la cause d'un contrat conclu par la société* ». Ainsi, lorsque le contrat est fondé sur une cause illicite, l'acte ne peut valablement engager la société. Aussi, même si le législateur est muet en ce qui concerne la fraude dans le cadre des conventions réglementées en droit des sociétés à responsabilité limitée, il n'est pas exclu que les gérants usent de fraude pour obtenir l'approbation de l'assemblée générale pour une convention en usant d'artifices pour camoufler ses réels inconvénients pour la société. Dans ce cas, la fraude peut être évoquée par les associés au soutien d'une demande en annulation de la convention⁷²⁷.

287. En somme, l'infléchissement des pouvoirs des gérants des SARL dans la conclusion des conventions réglementées est considérablement dégradé. Mais comme leurs homologues de la SA, les dirigeants de la SARL demeurent sous la menace de perdre le bénéfice tiré d'une convention préjudiciable à la société. S'il est évident que la modération des pouvoirs des dirigeants des sociétés pluripersonnelles à risques limités semble certaine, celle des pouvoirs des dirigeants des sociétés unipersonnelles à risques limités est au contraire incertaine.

⁷²¹ F.-X. LUCAS, note sous Cass. com., 22 mai 2001, n° 978 F-D, *Sté Galileo Oregal c/ Mega Optic Design et autre*, Bull. Joly Sociétés 2001, n° 10, p. 988, n° 3.

⁷²² Cass. com., 10 déc. 1996, *SARL Typo-Rapid et autres c/ Kayaer*, Bull. Joly Sociétés, 1997, p. 311, § 124, note J.-J. DAIGRE.

⁷²³ Cass. com., 22 juin 2010, n° 09-13.901, F-D, *SARL Label affaire c/ Larran*, JurisData n° 2010-010251, *Droit des sociétés* n° 10, Oct. 2010, comm. 184, note D. GALLOIS-COCHET.

⁷²⁴ F.-X. LUCAS, note préc., n° 5.

⁷²⁵ V. *supra* n° 279.

⁷²⁶ Cass. com., 22 mai 2001, n° 978 F-D, *Sté Galileo Oregal c/ Mega Optic Design et autre*, Bull. Joly Sociétés 2001, n° 10, p. 988, note F.-X. LUCAS.

⁷²⁷ V. *supra* n° 269-270.

B. La disparition de l'incapacité d'exercice dans les sociétés unipersonnelles

288. L'incapacité d'exercice des dirigeants tirée des conventions réglementées disparaît dans le cadre des sociétés unipersonnelles⁷²⁸. Cette disparition s'observe dans deux situations : soit la direction de la société est assurée par un tiers, soit par l'associé lui-même. Dans le second cas, la personne du dirigeant est confondue à celle de l'associé alors qu'il n'y a pas de possibilité de confusion dans le premier cas. Ces situations ont des incidences différentes sur les pouvoirs du dirigeant en matière de conventions réglementées. S'agissant du cas où la direction est assurée par un tiers, la disparition de l'incapacité est maîtrisée par l'associé unique (1). Mais, s'agissant du second cas où la direction est assurée par l'associé unique, l'incapacité disparaît complètement, car l'exclusion de l'associé unique du vote empêche l'assemblée générale de se prononcer sur la convention (2).

1. La disparition maîtrisée de l'incapacité d'exercice du dirigeant non associé

289. Lorsque la direction est assurée par un tiers, l'incapacité d'exercice est maîtrisée par l'associé unique, car le vote (a) et l'efficacité (b) de cette incapacité dépend de sa volonté.

a. La maîtrise du vote de l'incapacité d'exercice

290. Dans le cadre des sociétés à risques limités, l'incapacité est limitée à un contrôle *a posteriori*. Cette incapacité est effective, lorsque l'associé unique n'assume pas personnellement la direction. Selon l'article 558 de l'Acte uniforme, lorsque la société ne comprend qu'un actionnaire, les décisions qui doivent être prises en assemblée générale sont prises par l'actionnaire unique. Cette disposition est transposable dans le cadre de la société unipersonnelle à responsabilité limitée. Les résolutions sont donc votées par l'associé unique. Il dispose de la prérogative d'approuver ou non les conventions. L'incapacité d'exercice dépend donc de l'associé unique.

291. La particularité de la société unipersonnelle peut permettre au dirigeant de se mettre à l'abri des désapprobations, étant donné que les associés ne sont pas nombreux et qu'il est plus facile au dirigeant de consulter préalablement l'associé unique avant de conclure la convention. Dans le cadre des sociétés pluripersonnelles, il sera difficile au dirigeant d'unir toutes les opinions autour de son projet de convention. La menace du vote défavorable des minoritaires est sous-jacente. Mais dans la société unipersonnelle, le dirigeant pourra connaître l'avis de l'associé unique sur la convention avant sa conclusion. Dans le cas où, l'associé ne serait pas favorable à la convention, deux situations peuvent se présenter : soit l'associé unique est résolument contre la convention, soit il conditionne son agrément à l'intégration ou à la suppression de certaines clauses de la convention. Dans le premier cas, aucun rapprochement des positions entre celles du dirigeant et celles de l'associé n'est envisageable, surtout le dirigeant maintient le projet de convention. Ce n'est que dans le second cas, qu'un

⁷²⁸ L'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique permet, à son article 5, la création de sociétés à risques limités par la volonté d'une seule personne : il s'agit de la société unipersonnelle à responsabilité limitée, la société anonyme unipersonnelle ou de la SAS unipersonnelle. Cet Acte uniforme exclut toute création de sociétés à risques illimités – notamment la société en nom collectif – sous la forme unipersonnelle. Aux termes de l'article 60 de l'Acte uniforme, il y est précisé que dans le cas des sociétés dont la forme unipersonnelle n'est pas autorisée, la détention par un seul associé de tous les titres sociaux peut entraîner la dissolution de la société sauf si elle est transformée en la forme de l'une des sociétés à risques limités.

consensus⁷²⁹ est possible si le dirigeant prend en compte les reproches de l'associé relatifs au contenu de la convention. En revanche, lorsque le dirigeant méprise les avis de l'associé unique avant de conclure la convention, celle-ci ne pourra échapper à la désapprobation de l'associé unique en assemblée générale.

292. Également, la décision de l'associé unique peut être orientée en considération de la relation du dirigeant avec l'associé ou de l'impact de sa politique managériale sur la santé financière de la société. Lorsque le dirigeant a des relations de parenté, de filiation ou d'alliance avec l'associé, ces relations peuvent avoir une influence sur la décision de l'associé qui s'orientera moins vers une désapprobation. Les décisions de l'associé tendront davantage vers un vote positif lorsque le dirigeant est l'un de ses descendants ou ascendants ou même son conjoint. La situation du dirigeant conjoint de l'associé peut être analogue à celle du salarié conjoint du chef d'entreprise. Dans ce cas, en raison du lien de mariage, le lien de subordination peut s'affaiblir voire disparaître. Par analogie, le contrôle des conventions conclues par un dirigeant conjoint de l'associé peut de même s'affaiblir ou se réduire à néant en raison du lien d'alliance. Sous un autre angle, la décision de l'associé sur la convention peut être orientée en considération des efforts notables du dirigeant pour rendre l'entreprise prospère et dont le résultat se traduit par la réalisation de bénéfices considérables. Si donc, grâce à la politique du dirigeant, la société connaît une santé financière prospère, l'approbation d'une convention conclue par le dirigeant avec la société peut paraître comme une récompense pour son travail. En revanche, si la politique du dirigeant a entraîné une dégradation de la santé financière de la société, l'associé peut user de la désapprobation comme une sanction de la politique managériale suivie. Lorsqu'à la suite de la désapprobation, la convention a causé des dommages à la société, une action en responsabilité peut être engagée par l'associé unique contre le dirigeant.

b. La maîtrise de l'efficacité de l'incapacité d'exercice

293. Le contrôle de l'assemblée générale n'a pas d'incidence sur la validité de la convention mais sur ses effets. En cela, les conséquences dommageables pour la société des conventions désapprouvées par l'assemblée générale peuvent être mises à la charge de l'administrateur général dans le cadre de la société anonyme unipersonnelle ou du gérant dans la société unipersonnelle à responsabilité limitée. En principe, l'action sociale appartient en principal aux dirigeants et de façon subsidiaire aux associés. Les associés ne peuvent l'intenter qu'après mise en demeure des dirigeants non suivie d'effet dans le délai de trente jours⁷³⁰. Mais lorsque le dirigeant est impliqué dans la survenance des dommages, il est exclu des titulaires de l'action. Dans le cas particulier de la société unipersonnelle, la mise en demeure préalable du dirigeant par l'associé avant l'exercice de l'action ne trouve plus d'intérêt si le dirigeant est unique. L'associé peut donc directement exercer l'action contre le dirigeant. Aussi, la société ne comportant qu'un seul associé et que l'intérêt protégé par cette action étant d'ordre privé et non général, l'associé unique devient-il le seul titulaire de l'action.

⁷²⁹ Cf. W. NAHUM, *Entreprises, évaluation et consensus, Petites affiches*, 08 janvier 2001 n° 5, p. 4.

⁷³⁰ Art. 167 de l'AUSCGIE.

294. Après être attrait devant le juge pour sa condamnation à la réparation du préjudice social, le dirigeant peut recourir à la conclusion d'une transaction avec l'associé pour mettre un terme au litige⁷³¹ afin d'échapper à une condamnation judiciaire. A travers la transaction, les parties seront tenues de faire des concessions réciproques⁷³². Mais les réalités ne sont pas identiques selon que la convention litigieuse est un contrat instantané ou un contrat à exécution successive. Si le dommage provient de l'exécution de la convention, le contrat à exécution instantané est censé être déjà exécuté avant la saisine des juges. A travers une transaction, le dirigeant peut s'engager à requérir l'accord préalable de l'associé pour les conventions futures ayant le même objet que le précédent. En revanche, s'il s'agit d'un contrat à exécution successive, la transaction peut prévoir l'interruption de l'exécution de la convention pour compter à partir de sa date de signature. Ainsi, le dirigeant pourra-t-il aussi échapper au versement des dommages et intérêts en contrepartie de l'arrêt de la poursuite de l'exécution de la convention qui lui est pourtant favorable au détriment de la société et s'engager à éviter de conclure de telles conventions sans l'aval préalable de l'associé unique. Ses pouvoirs connaissent à travers cette transaction des limitations de fait dont la violation peut aggraver sa responsabilité civile s'il conclut à nouveau les conventions qui lui sont défendues et que ces conventions causent des dommages à la société.

295. Une seconde voie d'action ouverte à l'associé unique est la possibilité d'exercer l'action individuelle. Selon l'article 162 de l'Acte uniforme, « *l'action individuelle est l'action en réparation du dommage subi par un tiers ou un associé, lorsque celui-ci subit un dommage distinct du dommage que pourrait subir la société, du fait de la faute commise individuellement ou collectivement par les dirigeants sociaux dans l'exercice de leurs fonctions* ». Les chances pour cette action d'aboutir sont souvent minces, car l'associé unique aura à prouver l'existence d'un préjudice personnel distinct de celui de la société. Même si l'associé est le seul membre de la société, son intérêt n'est pas forcément confondu avec celui de la société. Il faille alors faire une distinction entre la personne de la société et celle de ses membres comme s'il s'agissait d'une des parties et des tiers⁷³³. L'associé peut ainsi légitimement, comme un tiers⁷³⁴, revendiquer la réparation d'un préjudice économique

⁷³¹ V. sur ce sujet, L. POULET, *Transaction et protection des parties*, thèse Paris II, préf. Y. LEQUETTE, Biblio. dr. pr., t. 452, LGDJ, 2005.

⁷³² Sur la notion de transaction : cf. not., N. COLIN, *Transaction et action en comblement du passif*, *Petites affiches* 1999, n° 141, p. 4 ; J.-C. DUBARRY, *Du bon usage et de quelques difficultés de la transaction*, *RDC* 2003 n° 1, p. 255 ; X. LAGARDE, *La transaction et les tiers : tentative de clarification d'une question complexe*, *Revue des contrats* 2005, n° 2, p. 413 ; *Actualité de la transaction*, *RDC* 2006, n° 3, p. 806 ; Ph. MALAURIE, L. AYNES et P.-Y. GAUTIER, *La transaction*, *Deffrénois* 2010, n° 5, p. 543 ; P.-Y. GAUTIER, *Le contenu subjectif ou objectif du contrat : l'exemple de la transaction*, *RDC* 2005, n° 4, p. 1261 ; P. PUIG, *La transaction : atouts et risques*, *Petites affiches* 2009, n° 241, p. 29 ; N. ROZEN, *Le recours à la transaction dans les contrats publics, mode d'emploi*, *Droit des contrats* 2009, n° 10, p. 3 ; S. NOUREDINE, *Transaction : le juge et l'existence des concessions réciproques*, obs. sous Cass. soc. 7 nov. 2007, *Cahiers sociaux du Barreau de Paris* 2008 n° 198, p. 117 ; *Levée des stock-options, licenciement et objet de la transaction*, obs. sous Cass. soc., 8 déc. 2009, *Cahiers sociaux du Barreau de Paris* 2010, n° 218, p. 78.

⁷³³ D. CHOLET, *La distinction des parties et des tiers appliquée aux associés*, *D.* 2004 p. 1141.

⁷³⁴ Si les tiers peuvent exercer une action individuelle contre le dirigeant, ils ne peuvent, en revanche, exercer une action sociale réservée subsidiairement aux associés.

personnel⁷³⁵ distinct de celui subi par la société. Ce préjudice est proche du préjudice réfléchi ou par ricochet, mais la présence d'une personne morale introduit des particularités dans la distinction des dommages⁷³⁶. Mais les probabilités d'obtention d'une réparation sont très minces⁷³⁷. L'associé sera confronté à une difficulté de taille, celle de prouver une atteinte à un droit qui lui est propre. Cette difficulté ne semble tempérée par le fait que l'associé soit unique. Elle provient de la nécessité d'éviter une double réparation pour le même préjudice⁷³⁸. Cette menace qui pèse sur le dirigeant disparaît lorsqu'il cumule son statut avec celui d'associé unique.

2. La disparition complète de l'incapacité d'exercice du dirigeant associé unique

296. Un dirigeant associé unique est l'abri de toute incapacité d'exercice. Cette disparition de l'incapacité est due à l'application de la règle consistant à exclure tout associé intéressé par une convention réglementée du vote, lorsqu'elle cette convention est soumise au contrôle de l'assemblée générale. Cette règle paralyse le vote de contrôle (a). Ce défaut de contrôle emporte alors l'immunité de fait du dirigeant pour les conséquences dommageables que la convention aurait causées à la société. Cette immunité traduit la disparition de l'efficacité de l'incapacité (b).

a. La disparition du vote de l'incapacité d'exercice

297. L'obligation de ne pas voter en cas de conflit d'intérêts apparaît comme une obligation complémentaire à l'obligation de révéler le conflit⁷³⁹. Concernant les SA, ce principe est affirmée par les articles 440 alinéa 5 qui dispose que « *l'intéressé ne peut prendre part au vote et ses actions ne sont pas prises en compte pour le calcul du quorum et de la majorité* ». L'article 354 alinéa 2 de l'AUSCGIE reconduit le même principe concernant l'associé de la SARL. Ces règles sont d'ordre public et ont vocation à s'appliquer dans toutes les formes de sociétés qu'elles soient pluripersonnelles ou unipersonnelles. Le législateur a tenu compte de cette règle pour simplifier le régime des conventions réglementées dans le cadre des sociétés unipersonnelles à responsabilité limitée. L'article 355 alinéa 1^{er} de l'Acte uniforme prévoit que « *lorsque la société ne comprend qu'un seul associé et que cette convention est conclue avec lui, il en est seulement fait mention sur le registre des délibérations* ». A travers cette disposition, le vote de l'associé est implicitement exclu. Il y a seulement lieu de mentionner la convention sur le registre des délibérations⁷⁴⁰. Aussi, dans le cadre de la société anonyme unipersonnelle, les réalités sont-elles identiques. A ce sujet, l'article 505 de l'Acte uniforme dispose « *les dispositions des articles 502 et 503 du présent Acte uniforme ne s'appliquent pas lorsque l'administrateur général est l'actionnaire unique de la société anonyme* ». En clair, l'administrateur général est dispensé de soumettre les conventions qu'il a conclues avec la société à l'approbation de l'assemblée générale, s'il est le fondateur de la société. Aucun vote en assemblée générale n'est possible. C'est

⁷³⁵ Cf. F. BELOT, *Le préjudice économique de l'associé victime de la dépréciation de ses titres*, Petites affiches 2006, 26 avril 2006, n° 83, p. 6 ; G.-A. LIKILLIMBA, *Le préjudice individuel et/ou collectif en droit des groupements*, RTD com. 2009, p. 1.

⁷³⁶ G. VINEY, *La responsabilité : conditions*, LGDJ, 1^{re} éd., 1982, n° 290 s., p. 360 s.

⁷³⁷ V. *infra* n° 363 s.

⁷³⁸ V. *infra* n° 362.

⁷³⁹ K. GRÉVAIN-LEMERCIER, *Le devoir de loyauté des dirigeants sociaux : le retour*, préc., n° 19.

⁷⁴⁰ Mais étant donné qu'il n'y a pas eu de débat en assemblée générale dans le cadre des unipersonnelles, la notion de registre des délibérations utilisée par le législateur est inadaptée au contexte. Il y a de substituer cette notion par le registre des décisions, l'associé unique seule ne peut délibérer mais peut prendre des décisions unilatérales au nom de la société.

dire que le vote de l'actionnaire unique est exclu lorsqu'il a conclu une convention avec la société, il est privé du droit de voter à propos de cette même convention en assemblée générale.

298. L'application de ce principe d'exclusion du vote de l'associé intéressé à la convention réglementée dans le cadre des sociétés unipersonnelles fait disparaître le vote de l'assemblée générale à associé unique. La souveraineté du dirigeant est donc intégrale comme il en dispose dans le cadre de la conclusion des conventions courantes. Cette situation est-elle justifiable ? Cette question ne peut attirer qu'une réponse positive, car si le conflit d'intérêts existe en l'absence de cumul de statuts de dirigeant et d'associé sur la tête de l'associé unique, il semble inexistant lorsque ce cumul est réel. Au fait, bien qu'elle ait une personnalité juridique différente de celui de son fondateur, la société unipersonnelle demeure le prolongement du patrimoine de l'associé unique. Et, lorsque cet associé unique conclut en sa qualité de dirigeant une convention avec la société, aucun intérêt ne s'oppose à un autre⁷⁴¹. Les intérêts en présence n'ont qu'un seul titulaire, l'associé unique. Ainsi donc, l'exclusion du vote de l'associé en assemblée générale au sujet de la convention conclue avec la société ne peut trouver son fondement sur l'existence d'un conflit d'intérêts. Une autre raison pourrait justifier cette exclusion. En effet, même si le vote était permis à l'associé unique, il ne pourrait jamais désapprouver en assemblée générale une convention qu'il a conclue avec sa propre société en qualité de dirigeant. Il ne pourra qu'émettre un vote favorable. Un tel vote n'aurait d'ailleurs pas de sens selon un auteur⁷⁴². A cet effet, le vote de l'associé unique est déjà connu avant la décision de l'assemblée générale. Il est donc inutile qu'on envisage le même régime aux conventions réglementées tant pour le cas de cumul du statut d'associé avec celui de dirigeant que pour le cas de dissociation des deux statuts entre des personnes différentes dans le cadre d'une société unipersonnelle. Au cas où le régime serait identique, son application s'apparenterait à un simulacre dans l'hypothèse où l'associé unique assume aussi la direction de la société. C'est pourquoi, il est justifié que le législateur fasse abstraction du contrôle de l'assemblée générale de l'associé sur la convention et que celle-ci ne fasse l'objet que d'une mention sur le registre des décisions.

299. Au demeurant, c'est les pouvoirs du dirigeant qui sortent renforcés de fait au détriment de ceux de l'assemblée générale de l'associé unique, laquelle assemblée perd son pouvoir de contrôle sur les conventions réglementées. Ce défaut d'incapacité d'exercice du dirigeant associé unique emporte, par conséquent, l'immunité du dirigeant en dépit des dommages que la convention aurait causés à la société.

b. La disparition de l'efficacité de l'incapacité d'exercice

300. En principe, indifféremment de la forme unipersonnelle ou non de la société, le dirigeant est responsable des préjudices que la convention qu'il a conclue avec la société lui a causés. Ce principe est expressément envisagé par le législateur. Dans la société à responsabilité limitée, l'article 355 de l'Acte uniforme prévoit que les

⁷⁴¹ A. A. TSAKADI, *Réflexion sur les pouvoirs de l'associé unique*, Recueil d'Études sur l'OHADA et l'UEMOA, Vol. 1, PUAM, p. 108 ; A. SAYAG, *De nouvelles structures pour l'entreprise, la loi n° 85-697 du 11 juillet 1985*, JCP 1985, I, 3217 ; *Quelle organisation juridique pour l'entreprise individuelle ? Une remise en cause infructueuse*, JCP E 1990, suppl. n° 1, p. 22.

⁷⁴² P.-H. CONAC, *Quelques réflexions sur un avant-projet de loi créant une société par actions simplifiée unipersonnelle (SASU)*, Bull. Joly Sociétés 1999, n° 6, p. 607.

conventions non approuvées par l'assemblée produisent néanmoins leurs effets, à charge pour le gérant ou l'associé contractant de supporter individuellement ou solidairement les conséquences du contrat préjudiciables à la société. Dans la société anonyme avec conseil d'administration, l'article 443 alinéa 2 de l'Acte uniforme dispose que même en l'absence de fraude, les conséquences dommageables pour la société des conventions désapprouvées par l'assemblée peuvent être mises à la charge du dirigeant intéressé. Dans la société anonyme unipersonnelle, l'article 504 de l'Acte uniforme précise que les conséquences dommageables pour la société des conventions désapprouvées par l'assemblée générale peuvent être mises à la charge de l'administrateur général. De toutes ces dispositions, il ressort que deux conditions sont exigées pour engager de la responsabilité du dirigeant en raison d'une convention réglementée qu'il a conclue avec la société : la désapprobation de la convention par l'assemblée générale et la preuve des dommages causés à la société par ladite convention. Ces conditions ne sont pas alternatives mais cumulatives, c'est-à-dire que le défaut de l'une empêche de retenir la responsabilité du dirigeant.

301. Or, dans le cadre de la société unipersonnelle dont la direction est assumée par l'associé unique, l'assemblée générale perd toute prérogative de contrôle sur les conventions réglementées que cet associé conclut avec la société même en vertu de sa qualité de dirigeant. Ainsi, la convention, quand bien même conclue, ne peut-elle faire l'objet de contrôle de l'assemblée générale de l'associé unique. Elle ne peut, par conséquent, être approuvée, ni désapprouvée. La condition de la désapprobation ne peut être réunie. Le défaut de cette condition rend impossible toute action contre le dirigeant même si la deuxième condition devient remplie. Alors, en dépit des préjudices causés à la société par la convention réglementée, le défaut de désapprobation pourvoit une immunité au dirigeant. En d'autres termes, le défaut de contrôle garantit une irresponsabilité de fait au dirigeant en dépit des dommages que la convention a causée à la société. L'efficacité de l'incapacité d'exercice a donc disparu.

302. En conséquence, cette immunité de fait dont bénéficie le dirigeant condamne la société à subir seule les conséquences dommageables que lui aurait causées la convention et l'empêche d'évoquer sa responsabilité⁷⁴³. Les conséquences dommageables d'un contrat à exécution instantanée seront supportées par la société à son moment d'exécution, celles des contrats à exécution successives s'échelonnent sur toute la période de son exécution. L'irresponsabilité de fait du dirigeant lui permet de conclure à son gré toutes conventions réglementées sans redouter des préjudiciables éventuelles qu'elles pourraient causer à la société. Cette situation est heureuse pour le dirigeant dont les pouvoirs ne souffrent d'aucun contre-pouvoir, mais dangereuse pour la société dont la situation est abandonnée à la volonté du dirigeant.

En somme, le dirigeant associé unique bénéficie d'un régime dérogatoire favorable. Ce régime est favorable car, contrairement à ses homologues qui ne disposent pas de statut d'associé unique ou qui sont dirigeants associés dans le cadre d'une société pluripersonnelle, aucun de ses actes n'est soumis au contrôle, ni avant, ni après sa conclusion. Il est même impossible pour les statuts d'envisager un conseil d'administration pouvant exercer

⁷⁴³ A. TSAKADI, *Réflexions sur les pouvoirs de l'associé unique*, préc., p. 127.

un contrôle *a priori* sur les actes de ces dirigeants, puisqu'il n'existe aucun autre associé pouvant appartenir à ce conseil. La souveraineté du dirigeant associé unique est donc absolue et ne saurait souffrir d'un quelconque contre-pouvoir. Il s'agit d'un îlot de souveraineté absolue qui contrastent avec les réalités dans les autres sociétés où les pouvoirs des dirigeants sont considérablement modérés par le régime des conventions réglementées et par celui de l'octroi des sûretés personnelles.

Conclusion du chapitre 2.

303. Les contre-pouvoirs classiques des dirigeants sont en déclin. A la limite, ils semblent utopiques dans la pratique. Les dirigeants détiennent toujours leurs pouvoirs et peuvent même engager la société en dépit des restrictions légales. Les dirigeants des sociétés à risques illimités peuvent engager la société au-delà de l'objet social par des actes graves dès qu'il existe en principe une communauté d'intérêts entre le bénéficiaire et la société ou qu'il y a l'accord unanime des associés sans pour autant que l'objet social soit expressément modifié. L'autorité de l'objet social n'a pas disparu mais est sérieusement menacée. Après le déclin de l'objet social dans les sociétés à risques limités, nous sommes au crépuscule de l'objet social dans les sociétés à risques illimités⁷⁴⁴. Le déclin de l'objet social des sociétés à risques illimités est annoncé. Dans les sociétés à risques limités, l'incapacité de jouissance ne vise pas certains dirigeants. Dans une société unipersonnelle, l'efficacité de l'incapacité de jouissance ou d'exercice disparaît. Le dirigeant associé unique peut impunément méconnaître ses incapacités. La modération des pouvoirs des dirigeants est illusoire si l'on considère les mécanismes légaux destinés à en principe infléchir les pouvoirs. Dans la pratique donc, les pouvoirs des dirigeants ont une primauté sur ceux des autres organes au regard des actes même graves dans la représentation de la société. Les contre-pouvoirs ne subsistent sur le fil que grâce aux sanctions auxquels certains dirigeants peuvent être exposés pour avoir méprisé les intérêts protégés.

Conclusion du titre I.

304. Dans l'exercice de la direction sociale, les pouvoirs des dirigeants s'accroissent en gagnant du terrain sur la compétence des autres organes sociaux qui recule. Car non seulement l'intégrité des pouvoirs des dirigeants dans les actes courants sont sauvegardés mais aussi les dirigeants peuvent parfois valablement accomplir des actes graves au mépris des contre-pouvoirs classiques. Cet hégémonisme des dirigeants n'est pas toujours protecteur des intérêts notamment de la société. D'où la nécessité de garantir les intérêts qui nous entourent de l'activité sociale par des sanctions susceptibles de s'appliquer aux dirigeants qui y porteraient atteinte par leurs dérives.

⁷⁴⁴ En ce sens, F. PASQUALINI et V. PASQUALINI-SALERNO, *Le crépuscule de l'objet social*, note sous Com., 12 décembre 2006, *Société La Résidence*, *Rev. sociétés* 2007, p. 346.

TITRE II

L'ÉMERGENCE DES SANCTIONS EN VÉRITABLE CONTRE-POUVOIR DES DIRIGEANTS

305. Les sanctions émergent en véritable contre-pouvoir des dirigeants pour au moins quatre raisons majeures. D'abord, les contre-pouvoirs classiques étudiés plus haut ne sont limités qu'au cadre des actes graves qui finalement sont parfois conclus valablement par les dirigeants en méprisant ces contre-pouvoirs. Par contre, les sanctions ne s'intéressent pas à l'acte mais à l'auteur de l'acte pour le dissuader de l'accomplir indifféremment du clivage entre actes graves et actes courants. Elles s'appliquent aux dirigeants dès qu'ils méprisent un intérêt protégé. Ensuite, contrairement aux contre-pouvoirs classiques dont les formes dépendent de la forme des sociétés et qui sont parfois inapplicables à certains dirigeants, les sanctions ont vocation à s'appliquer à tous les dirigeants sans exception une fois qu'ils méprisent un intérêt protégé. De même, contrairement aux contre-pouvoirs classiques qui ne sont prévus que dans le cadre des sociétés *in bonis*, les sanctions ont vocation à s'appliquer tant dans les sociétés *in bonis* que les sociétés en difficulté. Enfin, contrairement aux contre-pouvoirs classiques qui ne peuvent s'activer qu'au sein d'une société pour défendre son intérêt, les sanctions peuvent être activées non seulement dans l'intérêt de la société mais aussi par les associés, les tiers et les créanciers pour préserver leurs intérêts personnels. Quant au dirigeant associé unique dont la situation lui permet d'échapper aux contre-pouvoirs classiques, il s'expose aux sanctions lorsqu'une procédure pénale est diligentée à son encontre par le ministère public informé de ses délits par le commissaire aux comptes. Lorsque ses fautes ainsi que celles d'un dirigeant dominant d'un groupe de sociétés ou d'un dirigeant de fait exposent la société à une procédure collective, elles les exposent tous à une batterie de sanctions. En fin de compte, les sanctions s'appliquent, que la société soit unipersonnelle ou non, qu'il s'agisse des dirigeants de droit ou de fait.

Ces raisons démontrent que les sanctions jouent à la fois une fonction normative et une fonction coercitive. Le spectre des sanctions suffit pour dissuader les dérives des dirigeants sans qu'il soit forcément actionné. La crainte d'un assujettissement de leur patrimoine au paiement des dommages-intérêts ou d'une élimination professionnelle ou encore d'un emprisonnement joue positivement sur la conscience des dirigeants. Cette batterie de mesures intensifent la pression des sanctions sur les dirigeants et garantit la prescription de comportements exemplaires aux dirigeants. Ces fonctions sont exercées par les sanctions si la société est généralement *in bonis*. Par contre, lorsque la société est en difficulté, son état commande des sanctions plutôt destinées à traiter la maladie de la direction qui a certainement affecté la santé de la société. Pour cela, les sanctions exercent une fonction thérapeutique pour réparer non seulement le dysfonctionnement de la direction ayant causé la cessation des paiements mais aussi le dysfonctionnement de la direction après la cessation des paiements.

Finalement, il se dégage deux fonctions exercées par les sanctions sur les dirigeants en fonction de l'état de santé de la société. Lorsque la société est *in bonis*, les sanctions exercent une fonction moralisatrice sur la fonction directoriale (CHAPITRE 1). En revanche, lorsque la société est en difficulté, les sanctions exercent une fonction thérapeutique sur la direction sociale malade (CHAPITRE 2).

CHAPITRE 1

LA FONCTION MORALISATRICE DES SANCTIONS DANS LES SOCIÉTÉ *IN BONIS*

306. Littéralement, une société *in bonis* est une société maître de ses biens. C'est une société prospère financièrement, une société viable. Par opposition aux sociétés en difficulté, cette société a un actif largement suffisant pour couvrir son passif exigible. La nécessité de préserver la prospérité d'une société *in bonis* passe nécessairement par la conformité des comportements des dirigeants à la morale ou à l'éthique. Un auteur soutient que la morale répond à la question « *Que dois-je faire* » alors que l'éthique répond à la question « *Comment vivre* »⁷⁴⁵. Cette distinction n'est pas partagée par un autre auteur qui estime qu'il n'y a pas de différence entre la morale et l'éthique⁷⁴⁶. Pour notre part, l'éthique varie d'un milieu à un autre mais la morale est invariable et impose le devoir de ne pas nuire à autrui. Appliquée aux affaires, la morale est « *...l'ensemble des règles de conduites et de valeur, agencées, pour l'essentiel, autour de la triptyque bonne foi, loyauté, confiance, et considérées comme indispensables dans les relations d'affaires* »⁷⁴⁷. La morale est sortie de son lit naturel qu'est le droit civil⁷⁴⁸ pour gagner le droit commercial dont l'objectif majeur était limité à la rapidité et à la simplification des transactions juridiques⁷⁴⁹. Le droit des sociétés se sert des sanctions pénales et civiles pour moraliser la fonction directoriale. Ces sanctions ne servent pas à empêcher les dirigeants de prendre des risques en vue d'une prospérité de la société mais à soumettre les dirigeants à une éthique professionnelle dans la prise de ces risques⁷⁵⁰. La moralisation est destinée à enfermer les dirigeants dans l'accomplissement des actes exclusivement exemplaires⁷⁵¹ en condamnant tant les fautes civiles que pénales⁷⁵².

307. La différence de nature des fautes et des sanctions qu'elles engendrent, donne lieu à une déférence de méthodes dans la moralisation. Les sanctions pénales sont théoriquement efficaces dans la protection pénale des intérêts noués autour de l'activité sociale eu égard à leur caractère répressif⁷⁵³ mais la question est de savoir si les résultats escomptés sont atteints sur le plan le pratique. Au sujet des sanctions civiles, le droit des sociétés devient pour elles un terrain nouveau auquel elles doivent s'adapter en tenant compte de ses spécificités inconnues du droit civil. Au regard des méthodes d'approche de la moralisation de la fonction directoriale, il apparaît que la fonction des sanctions civiles est en pleine définition (SECTION 1). Par contre, celle assurée par les sanctions est théoriquement efficace mais inefficace dans la pratique (SECTION 2).

⁷⁴⁵ A. COMTE-SPONVILLE, *Morale et éthique*, PUF, coll. « Valeur et vérité », 1994, p. 191.

⁷⁴⁶ M. CANTO-SPERBER, *L'éthique morale et la vie humaine*, PUF, 2001.

⁷⁴⁷ M. HASCHKE-DOURNAUX, *Réflexion critique sur la répression pénale en droit des sociétés*, th. Paris I, préf. P. LE CANNU, Bibl. dr. pr., t. 439, LGDJ, 2005, n° 6, p. 5.

⁷⁴⁸ V. G. RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, 4^e éd., L.G.D.J., 1949, n° 172.

⁷⁴⁹ V. B. LECOURT, *De l'utilité de l'action paulienne en droit des sociétés*, *Mélanges Y. GUYON, Aspects actuels du droit des affaires*, Dalloz, 2003, p. 615.

⁷⁵⁰ I. GROSSI, *La responsabilité des dirigeants*, *Dr. patr.* 2003, 118.

⁷⁵¹ V. Ph. DIDIER, *Les fonctions de la responsabilité civile des dirigeants sociaux*, *Rev. sociétés* 2003, p. 238.

⁷⁵² Sur la distinction des fautes civiles et pénales, V. not., J. VERHAEGEN, *Faute pénale et faute civile*, in *Archives de philosophie du droit*, t. 8, philosophie pénale, Sirey, 1983, p. 17 ; Cl. DUCOULOUX, *Les déviations de la gestion dans nos grandes entreprises*, préc., p. 190 ; A. D'HAUTEVILLE, *Brèves remarques sur le nouveau principe de la dualité des fautes civile et pénales d'imprudence*, *Mélanges en l'honneur de Reynald OTTENHOF, Le champ pénal*, Dalloz, 2006, 145.

⁷⁵³ V. L. EYRIGNAC, *La protection pénale du patrimoine de la société*, th. Paris I, préf. B. BOULOC, Fondation Varenne, LGDJ, 2007, n° 2 et s., p. 11 et s.

SECTION 1. LA DÉFINITION PROGRESSIVE DE LA FONCTION MORALISATRICE DES SANCTIONS CIVILES

308. Si la fonction des sanctions civiles a atteint une certaine maturité en droit civil comme l'a relevé RIPERT⁷⁵⁴, il est au contraire en pleine définition en droit des sociétés qui constitue pour lui un terrain d'adoption qui est en principe favorable à la rapidité des transactions. La fonction normative résulte de l'émergence d'une déontologie des dirigeants grâce à une multiplication de leurs interdits (§ 1). La fonction réparatrice des sanctions civiles est exercée contre les dirigeants à travers une adaptation des sanctions civiles contre le non-respect de leur déontologie (§ 2).

§ 1. L'émergence d'une déontologie des dirigeants à travers la multiplication des interdits

309. La déontologie fait l'objet de définitions contrastées. Certains l'assimilent à l'ensemble de normes gouvernant une profession⁷⁵⁵. D'autres le considèrent comme « *le nom barbare que l'on donne à la science dont l'objet est l'étude des règles morales et juridiques qui doivent régir une profession* »⁷⁵⁶. En inventant le terme « *déontologie* », Jeremy BENTHAM (philosophe utilitariste anglais, 1748-1882), lui fixe comme objectif la recherche du bonheur⁷⁵⁷. Selon lui, ce rôle est habituellement dévolu à la morale, science du bien et du mal, qui impose à l'homme des devoirs⁷⁵⁸. Le terme déontologie est dérivé de deux mots grecs, *deontos* (ce qui est concevable ou ce qu'on a le devoir de faire) et *logos* (connaissance ou discours) ; c'est la connaissance de ce qui est juste et concevable. Le Vocabulaire juridique Lalande définit la déontologie comme « *la théorie des devoirs* » tandis que selon le Vocabulaire juridique publié sous la direction de CORNU, elle est « *l'ensemble des devoirs inhérents à l'exercice d'une activité professionnelle libérale et le plus souvent définis par un ordre professionnel* ». Nous pouvons conclure que la déontologie est l'ensemble de ce qu'il faut faire et de ce qu'il ne faut pas faire dans une profession. Le rayonnement de la déontologie dépasse aujourd'hui le secteur des professions libérales qui était son terrain de prédilection⁷⁵⁹. La déontologie des dirigeants est forgée de règles épapillées assises généralement sur ce qu'il ne faut pas faire. L'article 161 de l'AUSCGIE prescrit la responsabilité des dirigeants pour les fautes qu'ils pourraient commettre. Les articles 330 alinéa 1^{er} et 740 alinéa 1^{er} de l'AUSCGIE déclinent ces fautes en infractions aux dispositions législatives ou réglementaires, violation des dispositions des statuts ou en fautes de gestion. Or, ces fautes constitutives d'interdits ne sont que la violation des devoirs. Il apparaît qu'à travers les interdits du statut des dirigeants, les devoirs de ceux-ci peuvent être appréhendés. Ces interdits nommés (A) sont complétés par des interdits inommés déterminés par la jurisprudence (B).

A. Les interdits nommés

310. Les interdits nommés sont des fautes des dirigeants prévues par le législateur. Il s'agit de la violation de la loi, des règlements et des statuts. Nous assimilerons à la loi les règlements étant donné qu'ils émanent tous

⁷⁵⁴ G. RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, op. cit., n° 112 s.

⁷⁵⁵ R. MARTIN, *Déontologie de l'avocat*, op. cit., n° 1.

⁷⁵⁶ H. ADER et A. DAMIEN, *Règles de la profession d'avocation*, op. cit., n° 06.11.

⁷⁵⁷ J. MORET-BAILLY, *Qu'est-ce la déontologie*, in *Droit et Déontologie de la profession d'avocat*, L.G.D.J., 2008, p. 49, n° 37.

⁷⁵⁸ *Ibid.*

⁷⁵⁹ D. BERT, *Essai sur le droit de l'activité professionnelle indépendante*, op. cit., p. 94 s., n° 155-159.

des autorités publiques par opposition aux statuts qui proviennent des volontés privées. Ainsi, les dirigeants sont-ils interdits de violer la loi (1) ainsi que les statuts (2).

1. La violation de la loi

311. L'acceptation par les dirigeants de conduire la destinée de la société les soumet au devoir de respecter la loi. Les dirigeants sont tenus d'observer les règles relatives à la constitution de la société s'ils font partie des fondateurs⁷⁶⁰, de se conformer aux règles relatives au fonctionnement de la société ainsi qu'aux règles relatives à la fin de leur fonction. Mais force est de constater des atteintes à la loi pendant ces diverses phases de la société.

a. La violation de la loi à la constitution de la société

312. Les dirigeants ont le devoir de respecter les formalités de constitution de la société. La violation de ce devoir ayant débouché sur le rejet de la demande d'immatriculation ou pire l'annulation de la société immatriculée engage leur responsabilité. S'agissant du non-respect des formalités, l'article 78 de l'AUSCGIE dispose que « *les fondateurs, ainsi que les premiers membres des organes de gestion, de direction ou d'administration, sont solidairement responsables du préjudice causé soit par le défaut d'une mention obligatoire dans les statuts, soit par l'omission ou l'accomplissement irrégulier d'une formalité prescrite pour la constitution de la société* ». Le fait générateur de la responsabilité des dirigeants est une irrégularité quelconque de forme comme de fond⁷⁶¹ qui leur est imputable. L'existence d'une irrégularité suffit sans qu'il soit nécessaire d'établir que celle-ci a eu pour origine une faute⁷⁶². S'agissant de l'annulation de la société immatriculée, l'article 256 de l'AUSCGIE précise que « *...les dirigeants sociaux auxquels la nullité est imputable peuvent être déclarés solidairement responsables du dommage résultant pour les tiers de l'annulation* ». La faute des dirigeants ayant entraîné la nullité diffère selon qu'on se trouve dans une société à risques limités ou à risques illimités. L'article 245 alinéa 1^{er} de l'AUSCGIE nous renseigne sur la faute dans une société à risques illimités. Cette disposition prévoit que « *dans les sociétés en commandite simple, ou en nom collectif, l'accomplissement des formalités de publicité est requis à peine de nullité de la société...* ». En d'autres termes, les sociétés à risques illimités encourent la nullité si leur constitution n'a pas été publiée. La réalisation de ces formalités incombe aux dirigeants qui sont des mandataires désignés dans les statuts ou par acte séparé avant même l'immatriculation de la société. Le défaut d'accomplissement de ces formalités constitue un manquement ayant entraîné la nullité.

313. Aussi, dans les sociétés anonymes, l'article 413 de l'AUSCGIE apporte-t-il une précision sur la faute des dirigeants ayant entraîné la nullité de la société en envisageant qu'elle peut résider dans le fait que l'assemblée générale constitutive n'a pas été convenablement convoquée ou que, comme l'ont souligné certains auteurs, les règles de quorum et de majorité n'ont pas été respectées lors de cette assemblée⁷⁶³. De plus, le cadre des sociétés anonymes il existe un cas de faute pouvant être imputé à leur dirigeant. A ce sujet, l'article 409 de l'AUSCGIE

⁷⁶⁰ V. Cass. civ., 1^{er} juill. 1930, DP 1931, I, p. 97.

⁷⁶¹ Lamy sociétés commerciales 2006, p. 1176, n° 2614.

⁷⁶² Y. GUYON, *Droit des affaires*, op. cit., p. 172, n° 162.

⁷⁶³ B. MARTOR et alii, *Le droit uniforme africain des affaires issu de l'OHADA*, Litec, Paris, 2004, p. 80, n° 343.

prévoit que lorsque l'administrateur a participé à la réduction de la valeur des apports ou des avantages particuliers d'un apporteur en deçà de la valeur retenue par le commissaire aux apports, il est responsable envers les tiers pendant cinq ans de la valeur attribuée. Cette disposition peut être étendue au directeur général, au directeur général adjoint, s'ils sont des administrateurs ou actionnaires de la société. Mais il faut remarquer que cette responsabilité est plus liée à la qualité d'associé qu'à la qualité de dirigeant, car les dirigeants non actionnaires ne sauraient participer au vote déterminant la valeur des apports. Une disposition similaire est envisagée dans le cadre des sociétés à responsabilité limitée à l'article 312 alinéa 5. Comme dans la SA, cette disposition fait abstraction des dirigeants. Pourtant, un ou certains associés ayant participé à l'évaluation peuvent être des gérants. Ce faisant, la responsabilité issue de l'évaluation des apports est liée à la qualité d'associé. Mais en raison de leur rapport fréquent avec les tiers, le dirigeant serait l'acteur de la société le plus connu et par voie de conséquence le plus exposé à cette responsabilité, sauf s'il n'a la qualité d'associé. Après la constitution de la société, le dirigeant demeure toujours sous la menace de sanction s'il enfreint aux règles de fonctionnement de la société.

b. La violation de la loi au cours du fonctionnement de la société

314. Au cours du fonctionnement de la société, des fautes peuvent être reprochées aux dirigeants pour méconnaissance des obligations légales qui leur incombent. Il peut s'agir notamment des irrégularités entachant les statuts suite à leur modification, du refus de convoquer l'assemblée générale, du manquement au devoir d'information et de la conclusion irrégulière d'une convention réglementée préjudiciable à la société. En ce qui concerne les fautes commises au cours de la modification des statuts, l'article 79 de l' AUSCGIE fait un renvoi à l'article 78 du même Acte uniforme en prescrivant que les dirigeants encourent les mêmes sanctions. Cette irrégularité consisterait pour le dirigeant de faire abstraction de l'une des mentions obligatoires dans les statuts avant leur enregistrement ou de s'abstenir à réaliser les formalités destinées à leurs enregistrement et publication. L'omission ou la suppression de mentions obligatoires au cours des modifications des statuts peut entraîner l'échec de l'enregistrement des modifications des statuts, si une procédure de régularisation n'a été entreprise⁷⁶⁴. Ce qui peut être reproché aux dirigeants qui auraient manqué à leur devoir de diligence.

315. Également, constitue une violation de la loi par les dirigeants le refus de convoquer l'assemblée générale. Dans les sociétés en nom collectif et à responsabilité limitée, la prérogative de convoquer l'assemblée générale appartient aux gérants⁷⁶⁵. Dans la société anonyme avec conseil d'administration, cette prérogative ne revient pas au directeur général mais au le conseil d'administration⁷⁶⁶ sous l'autorité de son président alors qu'elle revient à l'administrateur général⁷⁶⁷ dans la société anonyme avec administrateur général. Les dirigeants ont le devoir de convoquer au moins une fois dans l'année l'assemblée générale ordinaire et autant de fois qu'il est nécessaire les assemblées générales extraordinaires. L'assemblée générale ordinaire doit être convoquée dans

⁷⁶⁴ Cf. R. NJEUFACK TEMGWA, *L'Acte social irrégulier en droit des sociétés commerciales OHADA*, préc., p. 183 et s., n° 7- 9.

⁷⁶⁵ V. art. 286 al. 1^{er} de l'Acte uniforme pour les gérants de la SNC ; art. 337 al. 1^{er} pour les gérants de la SARL.

⁷⁶⁶ V. art. 516 de l'Acte uniforme.

⁷⁶⁷ V. art. 516 de l'Acte uniforme.

les six mois suivant l'exercice écoulé⁷⁶⁸. C'est elle qui examine le rapport de gestion, décide de l'affectation du résultat dans le respect des dispositions légales et statutaires⁷⁶⁹. De son côté, l'assemblée générale extraordinaire se réunit chaque fois qu'un besoin de modifier les statuts apparaît. Cette obligation de convoquer les assemblées générales est parfois méprisée par les dirigeants⁷⁷⁰. Le refus peut être utilisé par les dirigeants pour échapper à leur limogeage par les associés qui pourraient découvrir leur déviance ou pour faire barrage à la prise d'une décision que les dirigeants ne souhaitent.

316. Dans une espèce, le gérant s'est abstenu de convoquer l'assemblée générale pendant plus de neuf ans en violation des règles de l'Acte uniforme⁷⁷¹. Cette faute est doublée d'une autre qu'il commet en convoquant de façon anticipée et, sans autorisation du juge, une assemblée mixte pour l'approbation par les associés de la gestion des neuf dernières années et de celle de l'exercice en cours qui n'est pas encore achevé⁷⁷². Ce refus de convoquer l'assemblée générale camoufle la réticence des dirigeants à observer leur devoir d'information⁷⁷³ devant précéder la tenue de l'assemblée. Ce qui constitue une entorse passive au droit politique des associés⁷⁷⁴ qu'ils détiennent dans la cité qu'est la société⁷⁷⁵. Ce non-respect par les dirigeants de leurs obligations d'information à l'égard des associés peut favoriser une aggravation de leur responsabilité⁷⁷⁶.

317. Aussi, au cours du fonctionnement de la société, les dirigeants sont-ils interdits de conclure des conventions réglementées préjudiciables pour elle⁷⁷⁷. La faute résulte du refus des dirigeants de respecter la procédure des conventions réglementées selon le type de société et de conclure des conventions susceptibles de causer des dommages à la société. Ces conventions préjudiciables consistent en un enrichissement sans cause⁷⁷⁸ du dirigeant. Il est donc logique que les dirigeants soient appelés à en répondre pour avoir appauvri sans contrepartie l'actif social⁷⁷⁹. D'ailleurs, une partie de la doctrine estime que, pour ces conventions conclues

⁷⁶⁸ V. art. 288 al. 1^{er} de l'Acte uniforme pour la SNC ; art. 348 s'agissant de la SARL ; art. art. 548 al. 1^{er} de l'Acte uniforme pour les SA.

⁷⁶⁹ Art. 142 al. 1^{er} de l'Acte uniforme.

⁷⁷⁰ Cass. com., 12 mars 1974, *Gaz. Pal.* 1974, II, Jur. p. 662 ; CA Paris, 28 oct. 1980, *JCP* éd. G, 1981, IV, p. 393.

⁷⁷¹ V. CA Port-Gentil, 1^{ère} civ. et com., 1^{er} mars 2007, *affaire Gabon Voyahe c/ Descarceaux*, *OHADA, Jurisprudence nationales* n° 2, 2010, p. 105-106.

⁷⁷² V. CA Port-Gentil, 1^{ère} civ. et com., 1^{er} mars 2007, *affaire Gabon Voyahe c/ Descarceaux*, *OHADA, Jurisprudence nationales* n° 2, 2010, p. 105-106.

⁷⁷³ V. Cass. com., 17 mai 1965, *JCP* éd. G, 1966, II, n° 14647. Commet aussi des manquements purement formels aux prescriptions légales un gérant qui a soumis les comptes sociaux avec retard à l'assemblée et qui a collé les procès-verbaux sur le registre légal au lieu de les retranscrire (*CA Paris, 19 déc. 1995, Nangis Immobilier SARL c/Fouillard, Dr. sociétés 1996, n° 174* ; cf. également Cass. com., 27 sept. 2005, n° 03-18.952, *Dr. sociétés déc. 2005*, comm. 221, obs. J. MONNET). La faute est constituée dans ces cas, mais la responsabilité du gérant est écartée en raison de l'absence de lien de causalité entre le préjudice allégué et le défaut de convocation de l'assemblée générale.

⁷⁷⁴ Cf. J.-B. BOSQUET-DENIS, *La protection de l'associé contre le gérant statutaire et égalitaire d'une société à responsabilité limitée*, *Rev. sociétés* 1993, p. 754.

⁷⁷⁵ M. COZIAN, A. VIANDIER et F. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, *op. cit.*, n° 310.

⁷⁷⁶ En ce sens, Th. GAUTHIER, *Les dirigeants et les groupes de sociétés*, *op. cit.*, n° 674 et s.

⁷⁷⁷ V. *supra* n° 294 s.

⁷⁷⁸ S. K. ZREIK, *Conventions réglementées et intérêt social en droit comparé (Liban-France-USA)*, thèse Paris II, 2001, p. 411.

⁷⁷⁹ *Ibid*, p. 405.

au sein d'un groupe, c'est par la responsabilité et non la nullité que doivent être sanctionnés ces abus⁷⁸⁰. Ce manquement au devoir de préserver le patrimoine social expose le dirigeant à supporter les conséquences dommageables issues de ses fautes, y compris celles résultant de leur démission.

c. La violation de la loi à la cessation des fonctions de direction

318. Les dirigeants ont le devoir de se conformer aux prescriptions légales lors d'une cassation de leur fonction sur initiative personnelle⁷⁸¹. Un retrait n'éponge pas leur responsabilité⁷⁸². Ils demeurent responsables non seulement des fautes commises au moment de leur fonction mais aussi de celles issues d'un retrait fautif de leur fonction. Ce dernier cas de responsabilité est expressément par la loi dans le cadre des sociétés à responsabilité limitée. Selon l'article 327 de l'AUSCGIE, « *le ou les gérants peuvent librement démissionner. Toutefois, si la démission est faite sans juste motif, la société peut demander en justice réparation du préjudice qu'elle subit* ». La faute du dirigeant est donc constituée par une démission sans juste motif. Cette faute est symétrique à celle qui pourrait être reprochée à la société à responsabilité limitée pour révocation du dirigeant sans juste motif⁷⁸³. Cela étant, le même dispositif pourrait être envisagé dans la société en nom collectif, puisque comme au sein des sociétés à responsabilité limitée, la société en nom collectif engage sa responsabilité par la révocation sans juste motif de ses dirigeants. Dans les sociétés anonymes, même si législateur est silencieux sur la démission des dirigeants, réciproquement les dirigeants révocables pour juste motif sont tenus de fournir un juste motif pour leur démission au risque d'engager leur responsabilité. En revanche, les dirigeants révocables *ad nutum*⁷⁸⁴ peuvent réciproquement démissionner librement sans être tenu de fournir un motif.

319. Au-delà, la démission peut être source de responsabilité en raison de circonstances qui l'entourent, notamment la publicité intempestive, les menaces envers la société ou la précipitation de la démission, ou du moins lorsqu'elle est tardive⁷⁸⁵. Les dirigeants ont donc le devoir de ne pas donner des démissions vexatoires ou humiliantes pour la société au risque d'engager leur responsabilité.

⁷⁸⁰ M. VANHAECKE, *Les groupes de sociétés*, cité par K. ZREIK, *Conventions réglementées et intérêt social en droit comparé (Liban-France-USA)*, op. cit., p. 405.

⁷⁸¹ V. Cass. com., 22 févr. 2005, *Rev. sociétés* 2005, p. 625, note J.-J. DAIGRE ; *JCP éd. E* 2005, p. 683, note J.-L. NAVARRO ; *Bull. Joly Sociétés* 2005 n° 7, P. 862, B. SAINTOURENS ; *Droit des sociétés* n° 5, 2005. 93, comm. J. MONNET ; Cass. com., 7 avr. 2009, n° 07-14.626, F-D, d'Albronn c/ Acou, *JurisData* n° 2009-047888, *Droit des sociétés* n° 10, 2009. 179, comm. R. MORTIER ; Cass. 1^{re} soc., 1er févr. 2011, n° 10-20.953, FS-P, SASU Azelis France c/ Delemme, *JurisData* n° 2011-000942, *Droit des sociétés* n° 4, 2011. 65, M.-L. COQUELET. – Cf. aussi A. LECOURT, *Retour sur la démission des dirigeants de groupements*, *Droit des sociétés* n° 7, 2006, étude 15.

⁷⁸² Cf. G. GREFF, *La responsabilité des dirigeants sociaux retirés*, *RTD com.*, 1978, p. 479.

⁷⁸³ V. art. 326 al. 1er de l'Acte uniforme. Pour étude sur la question, cf. BAILLOD, *Le juste motif de révocation des dirigeants sociaux*, *RTD com.*, 1983.395 ; A. ALBARIAN, *La révocation des mandataires sociaux pour perte de confiance*, *RTD com.* 2012, p. 1. – Aussi, cf. A. LECOURT, *Retour sur la démission des dirigeants de groupements*, *Droit des sociétés*, préc., n° 44.

⁷⁸⁴ Pour des études sur la question, cf. J.-L. AUBERT, *La révocation des organes d'administration des sociétés commerciales*, *RTD com.* 1968, p. 977 ; Ph. REIGNE, *Révocabilité ad nutum des mandataires sociaux et faute de la société*, *Rev. sociétés* 1991, p. 499 ; J.-J. CAUSSAIN, *La précarité de la fonction de mandataire social (Révocation et modes de protection)*, *Bull. Joly* 1993.151, p. 523.

⁷⁸⁵ V. H. SOULEAU, *La démission des dirigeants des sociétés commerciales*, *RTD com.* 1972, p. 38 ; D. MARTIN, *La démission des organes de gestion dans les sociétés commerciales*, *Rev. sociétés* 1973, p. 273 ; J. MESTRE et D. VELARDOCCIO, *Lamy sociétés commerciales* 2006, n° 665.

319 bis. De plus, il est condamnable tout acte d'un dirigeant retiré volontairement qui viendrait détruire ce qu'il a construit au moment où il était en fonction. Il s'impose donc au dirigeant l'obligation de non-concurrence après la cessation de ses fonctions soit contractuellement si les statuts l'ont envisagé, soit de plein droit dans le silence des statuts. Mais, étant donné que le dirigeant n'est plus en fonction, son devoir de loyauté cesse et ne peut plus fonder son obligation de non-concurrence. Pour être valable, cette obligation du dirigeant doit avoir une contrepartie si elle est contractuelle, comme celle des salariés retirés et doit temporellement et géographiquement limitée⁷⁸⁶. La violation de cette clause expose le dirigeant retiré à la responsabilité. Il est donc du devoir des dirigeants de respecter la loi tout comme les statuts pour être à l'abri des sanctions.

2. La violation des statuts

320. Le concept de statuts vise un domaine un peu plus vaste que les seuls statuts au sens strict⁷⁸⁷. Il est plus adapté de parler de complexe statutaire ou de sphère statutaire qui englobe les statuts et leur préambule⁷⁸⁸. En effet, la jurisprudence, comme en matière constitutionnelle, donne une valeur statutaire au préambule des statuts⁷⁸⁹. On vise, par extension, le règlement intérieur de la société⁷⁹⁰. La violation d'une composante du complexe statutaire par le dirigeant dans l'exercice de ses pouvoirs constitue une faute source de sa responsabilité. Elle est fréquente dans la transgression des limites statutaires fixées à leurs pouvoirs.

321. Dans le cadre des sociétés à risques illimités, le dépassement de l'objet social ne saurait constituer une faute à l'égard de la société, car elle n'est pas engagée par des actes qui n'entrent pas dans l'objet social et que tout acte qui dépasse l'objet social lui est inopposable⁷⁹¹. La société ne peut donc se prévaloir d'un acte qui dépasse son objet social et encore moins subir les dommages résultant d'un tel acte. Mais les tiers peuvent engager la responsabilité personnelle du dirigeant pour leur avoir causé préjudice en dépassant sciemment ses pouvoirs tout en sachant que la société ne serait pas engagée⁷⁹². Dans la société à risques limités où les actes dépassant l'objet social lui sont opposables, la responsabilité des dirigeants peut être envisagée si ces actes sont préjudiciables à la société. Deux cas de dépassement peuvent se présenter. Lorsque ce dépassement est avantageux pour la société, il contribue à son enrichissement⁷⁹³, il ne peut constituer une faute d'autant plus que les pouvoirs des dirigeants sont étendus au-delà de l'objet social. En revanche, sur un autre plan, la faute sera retenue contre le dirigeant pour violation des statuts à travers le dépassement de l'objet social et sa responsabilité engagée en cas de préjudices subis par la société du fait de sa violation. Ainsi, si l'exécution d'un

⁷⁸⁶ V. R. MARSIN-ROSE, *Regards sur l'obligation de non-concurrence en droit des sociétés*, JCP éd. E, n° 48, 29 Novembre 2012, 1713.

⁷⁸⁷ M.-C. MONSALLIER, *L'aménagement contractuel du fonctionnement de la SA*, op. cit., n° 24 et s., p. 17 et s. ; Y. CHAPUT, *La liberté et les statuts*, préc., p. 361 et s.

⁷⁸⁸ A. KIRRY et M.-C., *Dirigeant de société et prise de risque*, JCP éd. E, 2009, 1225.

⁷⁸⁹ Cass. com., 13 févr. 1996, *Rev. sociétés* 1996, p. 781, note J.-J. DAIGRE.

⁷⁹⁰ Sur la notion de règlement intérieur, V. *infra* n° 573-577.

⁷⁹¹ Il faut néanmoins retenir que le tiers ne peut engager la responsabilité du dirigeant de société à risques illimités pour avoir conclu avec en lui sachant bien que l'acte serait inopposable à la société.

⁷⁹² V. *infra* n° 372.

⁷⁹³ V. *supra* n° 62.

acte est préjudiciable à la société, celle-ci dispose-t-elle d'une action en responsabilité contre le dirigeant qui n'a pas respecté les statuts⁷⁹⁴. A cet effet, un gérant a engagé sa responsabilité personnelle et a pu être condamné à verser des dommages-intérêts à la société, lorsqu'il accorde, sous la seule signature sociale et avec les fonds sociaux, deux prêts à un particulier, opérations non comprises dans l'objet social⁷⁹⁵.

322. En second lieu, les dirigeants ont tendance à violer les clauses statutaires limitant leurs pouvoirs. Ces restrictions sont envisagées à dessein en vue de jauger de la fidélité des dirigeants aux statuts qui sont le reflet de la volonté des associés. De telles limitations sont permises par la loi même si elles sont inopposables aux tiers⁷⁹⁶. Les statuts peuvent prévoir des limites absolues ou relatives selon le degré de gravité de l'acte dont l'exécution est susceptible de menacer la poursuite de l'activité sociale⁷⁹⁷. Les limites absolues interdisent aux dirigeants la conclusion de certains actes. C'est les cas où les statuts interdiraient aux dirigeants le recrutement de certaines catégories de personnes, la fixation de leur rémunération ou la concession d'avances aux salariés⁷⁹⁸. Les statuts peuvent interdire le cumul de la fonction sociale avec la fonction salariée⁷⁹⁹ ou l'embauche par le dirigeants de ses conjoint, ascendants ou descendants à une fonction salariée dans la société. Les limites relatives sont celles qui subordonnent l'accomplissement d'un acte à l'autorisation préalable de l'assemblée générale ordinaire statuant à des conditions de majorités définies, de manière générale ou spéciale pour chaque acte, par les statuts⁸⁰⁰. Il peut s'agir aussi pour le dirigeant, avant d'engager toute action, d'obtenir l'accord et la signature conjointe d'un codirigeant. Cela vaut aussi en cas de pluralité de gérants⁸⁰¹ ou d'adjoints assistant soit le directeur général ou l'administrateur général, selon le cas, où certains actes sont soumis à leur accord unanime. Peuvent être cités à titre d'exemple d'actes exigeant un tel accord, un engagement excédant une somme pour une durée déterminée, une constitution d'une hypothèque ou d'un nantissement sur les biens sociaux, une création de succursales, une aliénation d'un immeuble ou d'un fonds de commerce, des emprunts autres que des crédits de banque⁸⁰².

323. La violation des statuts serait constituée dès la réalisation par les dirigeants d'actes interdits ou dès l'accomplissement de leur propre chef d'actes devant, en principe, être soumis à l'accord préalable d'un autre organe ou contresignés par un codirigeant. Il s'agit dans ces hypothèses d'un dépassement par le dirigeant de ses pouvoirs conventionnels en violation flagrante des clauses statutaires. Certes, une fois que les actes entrent

⁷⁹⁴ Cass. com., 10 mars 1976, *JCP éd. G*, 1977, II, 18566, note Y. CHARTIER.

⁷⁹⁵ Cass. com., 10 mars 1976, préc.

⁷⁹⁶ V. *supra* n° 117 s.

⁷⁹⁷ D. GIBIRILA, *Le dirigeant de société. Statut juridique, social et fiscal*, op. cit., p. 354, n° 429.

⁷⁹⁸ *Ibid*, n° 431.

⁷⁹⁹ L'article 426 de l'AUSCGIE donne la possibilité aux statuts d'autoriser ou non le cumul de la fonction salariée avec la fonction sociale au regard de ces termes d'attaque : « *sauf stipulation contraire des statuts...* ».

⁸⁰⁰ D. MARTIN, *Les pouvoirs des gérants des sociétés de personnes*, préc., p. 200, n° 21.

⁸⁰¹ Cf. H. ROLAND, *La portée de la clause statutaire exigeant le concours de tous les gérants dans la SARL*, *D.* 1961, Chron. p. 61 ; D. BASTAN, *A propos de la pluralité des gérants dans les SARL*, *JCP* 1951, I, 928 ; P. PIC, *Le problème de la gestion collective dans les SARL*, *D.H.* 1928, Chron. p. 73 ; F. BARATIN, *Les pouvoirs de la gérance dans les SARL*, *Rev. sociétés* 1926, p. 158.

⁸⁰² GIBIRILA, *Le dirigeant de société. Statut juridique, social et fiscal*, op. cit., p. 354, n° 430.

dans l'objet social la société est engagée, car les limitations statutaires sont inopposables aux tiers. Mais lorsque l'acte accompli cause des dommages redoutés à la société, la responsabilité du dirigeant fautif est engagée.

324. Il apparaît que l'exemplarité dans la fonction directoriale commande aux dirigeants la fidélité dans leurs actes en se conformant aux limites statutaires fixées pour leurs pouvoirs. La transgression de ces limites dénote du manque d'égard des dirigeants à l'égard des associés qui les ont nommés. La morale commande aux dirigeants de se conformer aux interdits nommés comme innommés.

B. Les interdits innommés

325. Les interdits innommés sont des fautes définies en dehors de la loi. Elles relèvent des fautes de gestion. La notion de faute de gestion est envisagée par le législateur sans qu'il y pourvoit une définition. C'est la jurisprudence qui a contribué à sa clarification. La faute de gestion suppose une appréciation sur le comportement requis de la part d'un dirigeant prudent, diligent et actif, au regard des circonstances de fait et de l'époque⁸⁰³. Elle doit s'entendre comme d'une faute personnelle du dirigeant⁸⁰⁴ qu'elle soit simple ou lourde⁸⁰⁵ accomplie dans le cadre de ses fonctions sans pour autant la subordonner à l'existence de manœuvres frauduleuses de la part du dirigeant⁸⁰⁶. Entendue de la sorte, la faute de gestion est une faute intervenue dans l'exercice normal de la fonction sociale⁸⁰⁷. Par conséquent, les fautes commises dans l'exercice anormal de la fonction ne sauraient avoir le statut de faute de gestion : c'est le cas des fautes commises en violation de la loi ou des statuts⁸⁰⁸ qui relèvent du statut de fautes nommées. Ainsi, la faute de gestion ne proviendrait-elle pas de la méconnaissance des normes encadrant la fonction sociale. En revanche, elle proviendrait en principe de la méprise de l'intérêt social. Quant à l'appréciation du caractère fautif d'un acte gestion, elle relève du pouvoir des juges et non d'un expert puisqu'un tel technicien n'a pas à porter une appréciation juridique sur un acte du dirigeant⁸⁰⁹. L'impossibilité de classer ces fautes parmi les fautes nommées nous conduit à leur réserver le qualificatif de fautes ou d'interdits innommés. Relèvent donc des interdits innommés les atteintes à l'intérêt social (1) auxquelles il convient le manquement au devoir de loyauté (2).

1. Les atteintes à l'intérêt social

326. La morale commande aux dirigeants de chercher le bien de la société en agissant, en premier lieu et en toutes circonstances, dans l'intérêt de la société dont ils assurent la gestion. Une atteinte à l'intérêt social⁸¹⁰ est constitutive de faute de gestion. Les atteintes peuvent être volontaires (a) ou involontaires (b).

⁸⁰³ D. GIBIRILA, *Le dirigeant de société. Statut juridique, fiscal et social*, op. cit., p. 439, n° 536.

⁸⁰⁴ Cass. com., 4 juin 1991, n° 89-16.847, *Rev. sociétés* 1992, p. 55.

⁸⁰⁵ Cass. 1^{re} civ., 26 nov. 1974, n° 73-13.555, *JCP G* 1975, IV, p. 17.

⁸⁰⁶ Cass. com., 19 juin 2001, *Bull. Joly Sociétés* 2001, p. 1093, note B. SAINTOURENS ; *JCP éd. E* 2001, n° 48, p. 1909, obs. VIANDIER et CAUSSAIN.

⁸⁰⁷ Cf. S. K. ZREIK, *Conventions réglementées et intérêt social en droit comparé (Liban-France-USA)*, op. cit., p. 408.

⁸⁰⁸ V. *supra* 311-324.

⁸⁰⁹ T. com. Paris, 20 juin 2000, *Bull. Joly Sociétés* 2000, p. 1125.

⁸¹⁰ Pour des études sur la question, Cf. not., A. PIROVANO, *La « boussole » de la société. Intérêt commun, intérêt social, intérêt de l'entreprise ?*, D. 1997, Chron. p. 189 ; J. SCHAPIRA, *L'intérêt social et le fonctionnement des sociétés anonymes*, *RTD com.* 1971, 957 ; D. SCHMIDT, *De l'intérêt social*, *JCP éd. E* 1995, I, n° 488 ; S. ROUSSEAU et I.

a. Les atteintes volontaires

327. Les actes de gestion susceptibles d'être fautifs comprennent l'ensemble des actes nécessaires à la direction de l'entreprise qui ne relèvent pas de la compétence de la collectivité des associés⁸¹¹. Mais sur la question de savoir si une faute peut-elle être reprochée au dirigeant qui n'a fait qu'exécuter une décision de la collectivité des associés, les chambres de la Cour de cassation française sont partagées. Pour la chambre civile statuant à propos d'une société civile, elle n'y trouve aucune faute⁸¹², alors que la chambre criminelle⁸¹³ et la chambre commerciale⁸¹⁴ n'excluent pas toute possibilité de responsabilité. De façon générale, il faudra relever que, pour émettre un jugement équitable, les juges devront se situer à la date des fautes prétendues, et donc « *ne pas accabler les défendeurs sous le poids d'une perspicacité rétroactive, suscitée par la connaissance de la catastrophe finale* »⁸¹⁵. Certes les dirigeants n'ont pas de don prophétique, mais ils doivent avoir le souci d'éviter des mesures que l'on devait considérer comme déraisonnables lorsqu'elles ont été prises⁸¹⁶.

328. Des fautes de gestion volontaires sont reconnues à l'encontre des dirigeants chaque fois qu'ils agissent contrairement à l'intérêt social dans l'exercice normal de leur fonction. Les actes contraires à l'intérêt de la société sont, le plus souvent, ceux effectués dans l'intérêt exclusif du dirigeant. À ce titre, a été considéré comme constitutif d'une faute de gestion le fait, par un dirigeant de faire assumer par une société le passif d'une autre, dans laquelle ce dirigeant a un intérêt, afin d'éviter le risque d'une condamnation personnelle des dirigeants de cette autre société au comblement du passif⁸¹⁷. La faute est aussi commise lorsque le dirigeant utilise les fonds sociaux pour régler ses dettes personnelles⁸¹⁸. Il en est de même pour le dirigeant qui se fait attribuer une rémunération disproportionnée au regard de la situation financière de la société⁸¹⁹. Également, la faute est constituée du moment où le dirigeant s'abstient de facturer le prix du transfert du fonds de commerce de la société à une autre société lui appartenant⁸²⁰. Dans le même sillage, le dirigeant commet la faute par le fait de faire prendre en location-gérance par la société un fonds de commerce lui appartenant à titre personnel et de faire prévaloir ses intérêts de propriétaire sur ceux de la société locataire⁸²¹. Il convient de préciser à cet effet, que sont assimilés aux actes de gestion passés dans l'intérêt personnel du dirigeant d'entreprise, ceux qu'il a effectués, afin de favoriser une entreprise dans laquelle il détient, directement ou indirectement, des intérêts. Par

TCHOTOURIAN, *L'intérêt social en droit des sociétés*, *Rev. sociétés* 2010, p. 73 ; G. GOFFAUX- CALLEBAUT, *La définition de l'intérêt social. Retour sur la notion après les évolutions législatives récentes*, *RTD com.* 2004, p. 36.

⁸¹¹ Cass. com., 12 janv. 1993, n° 91-12.548, *JCP G* 1993, II, 22029, note Y. GUYON ; *Rev. sociétés* 1993, p. 426, note B. SAINTOURENS.

⁸¹² Cass. 3^e civ., 2 oct. 2001, *Bull. Joly Sociétés* 2002, p. 265, note F.-X. LUCAS.

⁸¹³ Cass. crim., 30 sept. 1991, *Bull. Joly Sociétés* 1992, p. 153, note BARADERIE.

⁸¹⁴ Cass. com., 7 oct. 1974, *JCP éd. G* 1975, II, n° 18129, note GRUA. – CA Paris, 25^e ch B, 20 févr. 1998, *RTD com.* 1998, p. 368, n° 2, obs. CHAMPAUD et DANET.

⁸¹⁵ Y. GUYON, *Administrateurs et dirigeants de sociétés*, *J-Cl. Resp. civ.*, Fasc. IX bis, n° 35.

⁸¹⁶ LAGARDE, *D.* 1957, jur. p. 718.

⁸¹⁷ Cass. com., 17 oct. 1974, *Claudon et autre c/Krucher et autres*, *JCP G* 1975, II, n° 18129.

⁸¹⁸ Cass. crim., 12 juin 1978, n° 76-90.886, *Bull. crim.*, n° 189, p. 471.

⁸¹⁹ Cass. crim., 9 mai 1973, n° 72-93.501, *D.* 1974, p. 271. – V. aussi, F. GARRON, *La rémunération excessive des dirigeants de sociétés commerciales*, *Rev. sociétés* 2005, p. 795.

⁸²⁰ Cass. com., 7 oct. 1997, n° 94-18.553, *Bull. Joly* 1997, p. 1074.

⁸²¹ Cass. com., 20 janv. 1987, *JCP E* 1987, 16342, n° 6.

exemple, a commis une faute cause de sa responsabilité, le dirigeant qui a transféré sans facturation un fonds de commerce d'une première société dont il allait abandonner la direction à une seconde société qu'il venait de créer⁸²². Les actes constitutifs d'une faute de gestion liée à l'utilisation des pouvoirs sociaux à des fins personnelles constituent également un délit d'abus des biens sociaux⁸²³. Dans le cadre d'un groupe de sociétés, l'immixtion de la société mère dans la filiale et constitutive d'une faute de gestion⁸²⁴.

329. Ces fautes sont indéniablement des interdits que les dirigeants doivent nécessairement éviter pour être à l'abri de la responsabilité. Il pèse donc sur les dirigeants un devoir de respecter l'intérêt social. Ce devoir commande chez eux non seulement une abstention vis-à-vis des atteintes volontaires mais aussi de la diligence pour ne pas être surpris par une atteinte involontaire.

b. Les atteintes involontaires

330. Les dirigeants ont le devoir d'être diligents et vigilants. Le relâchement de la vigilance ou de la diligence peuvent favoriser des fautes non préméditées qu'ils commettent involontairement. Même « *la déclaration par le juge répressif de l'absence de faute pénale non intentionnelle ne fait obstacle à ce que le juge civil retienne une faute civile d'imprudance ou de négligence* »⁸²⁵. Les dirigeants s'exposent donc à la sanction pour fautes involontaires qu'ils commettent soit par négligence (i) ou par imprudence (ii).

i. Les fautes de négligence

331. L'une des obligations souscrites par les dirigeants à l'entame de leur mission est l'obligation de diligence. La diligence consiste pour les dirigeants à exercer leurs missions avec promptitude⁸²⁶. Il s'agit pour le dirigeant d'agir dans le temps en évitant le retard dans ses actions. L'envers du devoir de diligence, c'est la négligence. La négligence est un manque d'application, une faute résultant d'un manque de vigilance⁸²⁷. La responsabilité pour faute de négligence est reprochée aux dirigeants dès que leur inaction, leur défaut de vigilance cause un préjudice à la société.

Généralement, la faute de négligence est reprochée aux administrateurs de sociétés anonymes⁸²⁸. L'administrateur qui manque à son obligation de surveillance et ainsi tolère un certain nombre d'agissements fautifs de la personne qui exerçait de façon effective la gestion de la société est susceptible d'engager sa responsabilité⁸²⁹. Aussi sont-elles constitutifs de faute, l'inaction de l'administrateur de complaisance qui est intervenue, dans le seul

⁸²² Cass. com., 7 oct. 1997, *Bull. Joly Sociétés* 1997, p. 1074, note J.-J. DAIGRE.

⁸²³ V. *infra* n° 384-386.

⁸²⁴ Cass. 1^{re} civ., 26 oct. 2011, n° 10-17026, *Sté Italiana per Condotte d'Acqua et a. c/ Sté Espace Conseil*, *Bull. Joly Sociétés* 2012, p. 70, note M. MENJUCQ. – Cass. com., 4 mars 1997, *Rev. sociétés* 1997 p. 554, note Ph. DIDIER.

⁸²⁵ Civ. 1^{ère}, 30 janv. 2001, *Beauchène*, *JCP* 2001, I, 338, obs. G. VINEY ; *RSC* 2001, p. 613, obs. A. GUIDICELLI ; *RTD civ.* 2001, p. 376, obs. P. JOURDAIN ; *D.* 2004, p. 721, note Ph. BONFILS.

⁸²⁶ V. MAGNIER, *Qu'est-ce qu'un administrateur « prudent et diligent » ?*, *Bull. Joly Sociétés* 2012, n° 1, p. 75.

⁸²⁷ Dictionnaire Le Petit Larousse, v° *Négligence*.

⁸²⁸ V. Com., 31 janv. 1995. *Me Clanet c/ Fortune*, *Rev. sociétés* 1996 p. 763, note Y. GUYON. – V. aussi, E. SCHOLASTIQUE, *Le devoir de diligence des administrateurs de sociétés. Droit français et anglais*, préf. de A. TUNC, *Bibl. dr. pr.*, t. 302, LGDJ, 1998 ; MAGNIER, *Qu'est-ce qu'un administrateur « prudent et diligent » ?*, préc ; A. BEBE EPALE, *L'administrateur inerte, Petites affiches* 2011, n° 196, p. 6.

⁸²⁹ Cass. com., 9 mai 1995, n° 92-20.746, *Bull. civ.* IV, n° 133.

intérêt du président du conseil d'administration⁸³⁰ ou l'absence régulière d'un administrateur aux séances du conseil d'administration⁸³¹.

332. De leur côté, les dirigeants ne sauraient être irréprochables sur le terrain des fautes de négligence⁸³². Bien que les dirigeants n'exercent un pouvoir de surveillance comme les administrateurs, nous ne pouvons exclure la contagion de la négligence au niveau des dirigeants dans l'exercice de leur pouvoir de direction. Des fautes de négligence leur sont parfois reprochées. Les gérants sont en première ligne concernés par cette faute⁸³³, étant donné qu'ils ne partagent pas le pouvoir exécutif avec un autre organe. Ils concentrent entre leur main le pouvoir de direction et surveillance. En cas de pluralité de gérants, les cogérants semblent, à l'instar des administrateurs, être tenus à l'obligation de surveillance à l'égard de leurs collègues ; le manquement à cette surveillance peut favoriser leur responsabilité. C'est le cas d'un cogérant d'une société à responsabilité limitée qui a laissé sans aucun contrôle, à la disposition de son cogérant, des fonds sociaux finalement détournés par celui-ci⁸³⁴. Aussi dans une société à en nom collectif, la responsabilité du cogérant a-t-elle été retenue dans la mesure où le détournement n'a pu avoir lieu que par suite d'une carence de ce dernier⁸³⁵. Le même reproche peut être fait à un dirigeant de la société anonyme lorsque la direction compte une pluralité de locataires.

Sur un autre plan, commet une faute de négligence, le dirigeant qui laisse prescrire une créance⁸³⁶ ou ne prend pas les mesures qu'exige le rétablissement de la situation de la société⁸³⁷. La faute de négligence est aussi commise si le dirigeant tarde à payer des dettes échues⁸³⁸. De plus, si la dissolution d'une société à responsabilité limitée résulte du comportement fautif de son dirigeant dont la révocation est impossible en raison de l'absence d'une majorité suffisante en dehors de lui, l'obligation pour la société dissoute d'allouer des indemnités de licenciement à son personnel est imputable audit dirigeant⁸³⁹. Au-delà, indistinctement des formes sociales, la faute de négligence peut être reprochée à tous les dirigeants en fonction pour le fait de ne pas engager l'action sociale *ut universi* vis-à-vis de leur prédécesseur⁸⁴⁰ dès lors que les conditions de cette action sont réunies.

⁸³⁰ Cass. com., 31 janv. 1995, n° 92-21.548, *JCP E* 1995, pan., n° 361, p. 113.

⁸³¹ T. com. de la Seine, 23 mai 1928, *Gaz. Pal.* 1928, 2, p. 678. – Cass. com., 11 juin 1991, n° 89-20.653, *RJDA* 1991, n° 852, p. 732.

⁸³² En ce sens, Ch. GERSCHEL, *L'obligation de diligence en droit des affaires*, *D. Aff.* n° 10/1996, p. 283, n° 15. L'auteur écrit : « *Que leur responsabilité soit prévue par la loi (...) ou non, il faut considérer que certains dirigeants, en tant que mandataires sociaux, sont responsables de leur manque de célérité, tant vis-à-vis de la société que des tiers. Il en est ainsi du gérant de SNC, du gérant de SARL, du président du conseil d'administration de SA* ».

⁸³³ CA Orléans, ch. com., 5 oct. 2006, n° RG 05/03086, *Deniel c/ Jousset*, *Juris-Data* n° 2006-321712, *Droit des sociétés* n° 7, Juill. 2007, comm. 132, note J.-P. LEGROS.

⁸³⁴ Cass. com., 9 déc. 1955, *Bull. civ. IV*, p. 295 ; CA Paris, 16 nov. 1988, *Bull. Joly* 1989, p. 189, P. LE CANNU.

⁸³⁵ CA Paris, 21 janv. 1852, *DP* 1852, II, p. 278.

⁸³⁶ Cass. com., 4 févr. 1980, *Bull. civ. IV*, n° 55.

⁸³⁷ Cass. com., 22 oct. 1974, *Bull. Joly Sociétés* 1975, p. 477.

⁸³⁸ Cass. com., 12 janv. 1993, n° 91-11.558, *Bull. Joly Sociétés* 1993, p. 336, note A. COURET.

⁸³⁹ Cass. com., 12 mars 1974, *Gaz. Pal.* 1974, 1, Pan., 150.

⁸⁴⁰ Cf. F. VITERBO, *La faute de gestion*, *Rev. Lamy dr. aff.* 2006, 10 ; Y. REINHARD, *La responsabilité civile des dirigeants*, *RTD com.* 1997, p. 282.

333. Cependant, la faute de négligence ne saurait être retenue aveuglement dès qu'un acte est manqué par le dirigeant. Pour chaque cas, les juges disposent d'un pouvoir souverain d'appréciation. Pour cela, tout défaut d'action des dirigeants ne saurait être assimilable systématiquement à une faute de négligence. C'est ainsi qu'il a été jugé que la responsabilité personnelle d'un gérant n'est pas engagée du fait que les loyers dus par sa société n'ont pas été payés, lorsque aucun autre indice ne permet d'établir sa mauvaise gestion⁸⁴¹.

334. La preuve d'une faute de négligence à l'encontre d'un dirigeant, laquelle faute a causé des dommages à la société, entraîne nécessairement sa responsabilité. Les dirigeants ne pourraient s'abriter derrière l'absence de leur volonté dans la survenance du dommage pour échapper à la sanction. D'ailleurs, le dommage aurait pu être évité si le dirigeant à qui est reprochée la négligence, avait agi diligemment en vue de préserver la société des conséquences de son inaction fautive. Ce spectre de responsabilité est de nature à inviter le dirigeant à la diligence⁸⁴². Sur le même registre des fautes involontaires susceptibles d'être commises par les dirigeants et génératrices de leur responsabilité, s'inscrivent les fautes d'imprudence.

ii. Les fautes d'imprudence

335. Les fautes d'imprudence résultent généralement des actes des dirigeants qui engagent la société sans lui assurer de contrepartie. L'imprudence est un manque de prévoyance ou de précaution qui engage la responsabilité⁸⁴³ du fait d'avoir exposé la société ou les associés à des dangers anormaux. Les fautes d'imprudence peuvent intervenir tant à la constitution de la société qu'au cours de son fonctionnement. Un exemple topique de faute d'imprudence relevée par la jurisprudence à la constitution de la société est fourni par un arrêt du 20 octobre 1983 rendu par la Cour d'appel de Rouen⁸⁴⁴. Les faits de l'espèce méritent d'être relevés. Il s'agissait d'une société à responsabilité limitée de presse dont le capital social est conforme au minimum légal fixé à deux mille (2 000) F à l'époque. Le capital libéré était de 17 300 F, ce qui est bien supérieur au montant minimum légal. Cependant, dès le commencement de l'activité sociale, ce capital était immobilisé par l'achat de 15 000 F du titre d'une ancienne revue. Les frais de premier établissement et de lancement n'ont pu alors, que mettre la société en difficulté dès ses premiers mois d'activité. Dès la fin du premier exercice on constatait 3 000 F de perte nette comptable, devenues 66 000 F sept mois plus tard. Autrement dit, ainsi que le constate l'arrêt, la société avait perdu – en perte nette – près de 4 fois son capital social dès son deuxième exercice. La cause en était indiscutable : outre une comptabilité mal tenue, la société souffrait essentiellement d'une grave insuffisance de capitaux propres depuis l'origine. La cour d'appel de Rouen en déduit que le préjudice subi par la société et par la masse des créanciers « est la conséquence directe de la manière dont la société a été créée et organisée ». La société a donc été créée et gérée de façon imprudente par les dirigeants.

⁸⁴¹ CA Orléans, 9 nov. 1972, *JCP éd. G* 1973, p. 134.

⁸⁴² L. NURIT-PONTIER, *Pouvoirs et risque du dirigeant*, in *Risques d'entreprise : quelle stratégie juridique ?*, (sous dir. L. NURIT-PONTIER et S. ROUSSEAU), L.G.D.J., 2012, p. 5.

⁸⁴³ Dictionnaire Le Petit Larousse, v^o *Imprudence*.

⁸⁴⁴ CA Rouen, 20 oct. 1983, *D.* 1985, jur. p. 161.

336. De même, des imprudences sont reprochées par la jurisprudence aux dirigeants au cours du fonctionnement de la société. Sont ainsi fautifs le fait pour le dirigeant d'avoir engagé la société dans des opérations, dont il était évident qu'elle ne pourrait assumer le coût⁸⁴⁵. Aussi en est-il de la décision du dirigeant de procéder à une réduction puis à une augmentation de capital afin de faire face à des difficultés dès lors que ces opérations ont été effectuées dans des conditions préjudiciables à l'un des actionnaires minoritaires⁸⁴⁶, ou encore le fait d'avoir conclu un contrat dont l'exécution ne pouvait être que déficitaire⁸⁴⁷. Également est constitutif de faute d'imprudence le fait pour un dirigeant de différer le remboursement d'un actionnaire qui a cédé la quasi-totalité de ses actions, dont la société s'était reconnue débitrice⁸⁴⁸. Aussi, lorsqu'un dirigeant prend une décision relevant de la compétence d'un autre organe, le conseil d'administration notamment, il doit réparation du dommage souffert par la société⁸⁴⁹. Dans le même sillage, a été reprochée au dirigeant d'une SNC, la fermeture de son chef d'une clinique exploitée par la société, en vue de transférer son activité dans une autre clinique. Cette décision avait été prise, soudainement et secrètement, sans concertation avec les autres associés au mépris de leurs intérêts. Ce gérant doit les dédommager en raison de sa faute⁸⁵⁰.

En revanche, aucune faute n'a été retenue contre un gérant qui a démissionné en raison des difficultés survenues avec le détenteur de la majorité et sa demande de nomination d'un administrateur judiciaire⁸⁵¹. Aussi, dans un 21 septembre 2004, la Cour de cassation française a rejeté un pourvoi soutenant des fautes de négligence des dirigeants en approuvant l'arrêt d'appel a affirmé que « *le choix de conserver des activités diversifiées ne peut être considéré comme une faute de gestion, dès lors qu'il s'agit d'un choix stratégique dont la mise en œuvre n'a pas démontré qu'il ait été manifestement malheureux ni contraire aux intérêts de la société* »⁸⁵².

337. En réalité, les fautes de gestion commises par imprudence peuvent être évitées à travers la conformité des dirigeants à leur devoir de prudence. Ces fautes viennent fermer la liste des fautes involontaires en particulier et en général celle des atteintes à l'intérêt social. Mais l'absence de définition légale de la faute de gestion laisse un libre champ à la jurisprudence dans la détermination continue de ses contours. Elle favorise une multiplication des interdits des dirigeants auxquels il convient d'intégrer le manquement des dirigeants au devoir de loyauté.

⁸⁴⁵ CA Montpellier, 4 nov. 1940, *JCP G* 1942, II, p. 187.

⁸⁴⁶ Cass. com., 18 juill. 1989, n° 87-20.261, *Dr. sociétés* 1989, p. 261.

⁸⁴⁷ Cass. com., 28 mai 1991, n° 89-21.116, *Bull. civ. IV*, n° 187, *Rev. sociétés* 1992, p. 373, note J. HONORAT.

⁸⁴⁸ Cass. com., 12 janv. 1993, n° 91-11.558, *Bull. Joly Sociétés* 1993, p. 336.

⁸⁴⁹ CA Paris, 14^e ch., 16 mai 1978, *Dr. sociétés* 1978, n° 151, *Rev. sociétés* 1979, p. 72.

⁸⁵⁰ Cass. com., 3 avril. 1979, n° 77-14.449, *Bull. Joly Sociétés* 1979, p. 593.

⁸⁵¹ Cass. com., 3 mars 1975, *Bull. civ. IV*, n° 66, p. 54.

⁸⁵² Com., 21 sept. 2004, *Société Museum Partner LLP Delaware et autres c/ consort Y. et autres*, *Rev. sociétés* 2005 p. 363, note B. SAINTOURENS.

2. Le manquement au devoir de loyauté

338. Le devoir de loyauté des dirigeants n'est pas formellement prévu par le législateur français comme OHADA. Une partie de la doctrine estime que ce devoir est en filigrane dans les infractions pénales⁸⁵³. Mais d'aucuns pensent que le droit pénal est trop instrumentalisé dans la moralisation du droit des affaires⁸⁵⁴. Il importe de dissocier le devoir de loyauté des dispositifs pénaux pour rechercher l'autonomie de son fondement avec les sanctions précises que sa violation attire. Le manquement à ce devoir récemment découvert (a) peut être aisément intégré au droit positif (b).

a. La découverte récente du manquement

339. Le devoir de loyauté *stricto sensu* ainsi que la sanction de sa violation sont étrangers au droit de l'OHADA. Il tire ses origines du droit anglo-saxon avant de gagner le système franco-africain. En effet, l'avènement du devoir de loyauté en France a été sous influence de la « *corporate governance* »⁸⁵⁵ traduite improprement en langue française par le concept de gouvernement d'entreprise. La « *corporate governance* » est née aux États-Unis dans les années 1970 en réaction à divers scandales financiers⁸⁵⁶ notamment dans le cadre des offres publiques d'achats⁸⁵⁷. Le droit français a été influencé par deux textes fondateurs qui ont été rendus publics dans le début des années 1990 et qui énoncent une série de recommandations à vocation normative : *The Principles of corporate governance* aux États-Unis et *The Cadbury Report* au Royaume-Uni⁸⁵⁸. La corporate governance « *a pour vocation d'améliorer le fonctionnement des conseils d'administration, d'établir des règles de conduite en matière comptable et de promouvoir la transparence au sein des entreprises afin de restaurer la confiance des marchés... [et] propose des principes concrets devant régir les relations entre la direction d'une entreprise, son conseil d'administration, ses actionnaires et d'autres parties prenantes à ses activités* »⁸⁵⁹. Elle est perçue par M. BISSARA comme « *un puissant courant d'opinion qui recouvre à la fois un débat et une idéologie. Un débat bien réel et protéiforme, qui a des aspects très techniques et concerne les organes de décision des sociétés cotées (...) considérés chacun en lui-même dans son organisation, sa composition, son fonctionnement et ses responsabilités, et tous ensemble dans leurs relations mutuelles. C'est un*

⁸⁵³ M. B. KAMENA, *La situation de l'associé minoritaire en France et dans l'espace OHADA*, thèse Grenoble II, 2005, n° 150, p. 262. L'auteur relève que « *...bien avant l'avènement du gouvernement d'entreprise et indépendamment de l'obligation de bonne foi prévue par l'article 1134 du Code civil, le devoir de loyauté des dirigeants sociaux est consacré par la sanction des comportements déloyaux. En effet, le devoir de loyauté des dirigeants sociaux apparaît en filigrane dans certaines incriminations pénales en droit des sociétés et en droit boursier...* ». – V. aussi B. DAILLE-DUCLOS, *Le devoir de loyauté du dirigeant*, JCP éd. E, n° 39, 1998, p. 1486. Cet auteur partage cette option avec quelques réserves.

⁸⁵⁴ G. FOURNIER, *Le droit pénal et le risque de l'instrumentalisation de l'éthique dans la vie des affaires*, Mélanges Jean PAILLUSSEAU, Aspects organisationnels du droit des affaires, Dalloz, 2003, p. 273.

⁸⁵⁵ V. B. DAILLE-DUCLOS, *Le devoir de loyauté du dirigeant*, JCP éd. E, n° 39, 1998, p. 1486 ; H. LE NABASQUE, *Le développement du devoir de loyauté en droit des sociétés*, préc., p. 276 ; K. GREVAIN-LEMERCIER, *Le devoir de loyauté en droit des sociétés*, Thèse dactyl., Rennes, 2011 ; *Le devoir de loyauté des dirigeants : le retour*, préc., p. 7.

⁸⁵⁶ Th. BONNEAU, *Gouvernement d'entreprise*, RD bancaire et fin., n° 5, 2010, comm. 200.

⁸⁵⁷ E. CHAMY, *Transposition du corporate governance anglosaxon en droit français*, Petites affiches 1997 n° 69, p. 4.

⁸⁵⁸ O. DUFOUR, *Gouvernement d'entreprise, le pouvoir rendu aux actionnaires ?*, Petites affiches 2006, n° 127, p. 4. En Angleterre où le rapport Cadbury (1994) concerne essentiellement les aspects financiers du gouvernement d'entreprise et propose un « code des meilleures pratiques » ; il a été suivi par un rapport Greenbury (1995) consacré aux rémunérations des dirigeants et un rapport Hampel (1997) qui réajuste les recommandations trois ans après le rapport Cadbury.

⁸⁵⁹ J.-J. CAUSSIN, *Le gouvernement d'entreprise. Le pouvoir rendu aux actionnaires*, cité par G. ABI RIZK, *La « governance » des banques islamiques au Liban*, RD bancaire et fin., n° 1, Janvier 2008, étude 5, n° 1.

débat sur le système par lequel les entreprises sont dirigées et contrôlées »⁸⁶⁰. Il rejoint un auteur qui avait déjà appréhendé la « *corporate governance* » comme « le système par lequel les sociétés sont dirigées et contrôlées »⁸⁶¹. D'autres auteurs l'assimilent au pouvoir dans les sociétés commerciales⁸⁶².

340. En somme, la *corporate governance* évoque la gestion responsable des sociétés dans l'intérêt exclusif des actionnaires et fait mettre à la charge des dirigeants des devoirs fiduciaires⁸⁶³ qui sont de deux sortes : un devoir de prudence et de diligence (« *duty of care* ») et un devoir de loyauté (« *duty of loyalty* »). S'agissant du « *duty of care* », il signifie que les dirigeants des entreprises doivent agir avec le soin, la prudence et la diligence dont ferait preuve, en pareilles circonstances, une personne prudente. Ce devoir comporte l'obligation de se renseigner adéquatement relativement à la décision à prendre. Quant au « *duty of loyalty* », il impose aux dirigeants d'agir dans le meilleur intérêt de leur entreprise ou de celui de leurs actionnaires, d'éviter les situations de conflits d'intérêts avec leurs sociétés ou les actionnaires de leurs sociétés, de ne pas faire passer leurs intérêts personnels avant ceux de leurs sociétés ou des actionnaires de leurs sociétés, et de ne pas tirer profit de leur position de fiduciaires⁸⁶⁴. Tout acte antinomique à ces prescriptions constitue une faute source de sanction.

341. L'expansion de la « *corporate governance* » a gagné les États européens dont, le Royaume-Uni où elle est anciennement et fortement implantée⁸⁶⁵, l'Allemagne⁸⁶⁶ et récemment la France⁸⁶⁷. Sous l'influence de la « *corporate governance* » et grâce à la mondialisation, le droit français des sociétés s'est enrichi d'un ensemble normatif résultant, tout à la fois, de textes législatifs notamment la loi sur les fonds de pension du 25 mars 1997⁸⁶⁸, la loi du 15 mai 2001 sur les nouvelles régulations économiques⁸⁶⁹ et celle du 1^{er} août 2003 sur la sécurité financière, la recommandation de l'Autorité des Marchés Financiers et du Code consolidé intitulé « *le gouvernement*

⁸⁶⁰ Ph. BISSARA, *Les véritables enjeux du débat sur « le gouvernement de l'entreprise »*, *Rev. sociétés* 1998, p. 5.

⁸⁶¹ Sir Adrian Cadbury, Intervention du 25 oct. 1994 lors du séminaire « La *corporate governance*, actionnaires, administrateurs, dirigeants : objectifs, pouvoirs et responsabilités », cité par D. HURSTEL et Th. BIEDER, in « *Est-il urgent et indispensable de réformer le droit des sociétés au nom de la « corporate governance »?* », *Rev. sociétés* 1996, p. 633.

⁸⁶² D. HURSTEL et Th. BIEDER, *Est-il urgent et indispensable de réformer le droit des sociétés au nom de la « corporate governance »?*, *Rev. sociétés* 1996, p. 633 ; J.-Ph. DOM, *Le gouvernement d'entreprise, technique d'anticipation des risques, Droit des sociétés* n° 8, Août 2012, étude 12.

⁸⁶³ Cf. N. DION, *Les obligations fiduciaires des dirigeants de sociétés commerciales, droit des Etats-Unis d'Amérique et droit français*, th. Orléans, 1994.

⁸⁶⁴ I. TCHOTOURIAN, *Devoirs et responsabilités des administrateurs d'entreprises d'investissement : les récentes précisions de la Securities and Exchange Commission, RDroit bancaire et fin.* n° 6, 2008, étude 26, n° 6-7 ; au sujet des devoirs fiduciaires, cf. aussi, J. M. PEREZ, *Esquisse sur la responsabilité civile des dirigeants sociaux en droit américain*, *Rev. sociétés* 2003, p. 197 et s.

⁸⁶⁵ Cf. A. TUNC, *Le gouvernement des S.A., le mouvement de réforme aux Etats-Unis et au Royaume-Uni*, A. Tunc, *Revue Internationale de Droit Comparé* 1994, n° 1 ; J.-J. DAIGRE, *Le petit air anglais du devoir de loyauté des dirigeants*, *Mélanges P. BEZARD*, Petites Affiches/Montchrestien, 2002, p. 79.

⁸⁶⁶ Th. K. SCHRELL, *La gouvernance d'entreprise en Allemagne*, *JCP éd. E*, n° 14, 2004, 512.

⁸⁶⁷ V. Ph. CROIZAT, *Le « Corporate governance » : est-il adapté au modèle français ?*, *D. Aff.* n° 32/1996, p. 1019 ; D. COHEN, *Le « gouvernement d'entreprise » : une nécessité en droit français ?*, *Mélanges Philippe MALAURIE*, Defrénois, 2005, p. 159.

⁸⁶⁸ Sur le sujet, cf. A. COURET, *Première traduction législative de la corporate governance : la loi sur les fonds de pension (libres propos autour de la loi n° 97-277 du 25 mars 1997)*, *D.* 1997, p. 241.

⁸⁶⁹ N. RONTCHEVSKY, *Le gouvernement d'entreprise à la française, brèves observations sur le volet société de la loi « NRE »*, *D.* 2001, p. 2578.

d'entreprise des sociétés cotées » publié en octobre 2003, qui a fait la synthèse des différents travaux de l'AFEP⁸⁷⁰ et du MEDEF⁸⁷¹ (Rapports Viénot 1 en juillet 1995, suivi en décembre 1998 d'un second rapport Viénot 2, puis en 2002 du rapport Bouton)⁸⁷².

Ce mouvement s'est emparé des juges qui sont amenés à instaurer, dans le droit positif français, au travers de l'arrêt *Vilgrain*⁸⁷³, l'un des principes sous-tendant la « *coporate governance* » qu'est la « *duty of loyalty* », le devoir de loyauté qui transparaisait déjà en filigrane dans l'affaire *Dallest*⁸⁷⁴. Ce devoir, transposable au droit de l'OHADA, viendrait intensifier l'obligation des dirigeants, pourvoir à une gestion transparente et saine des sociétés, servir à prévenir les conflits d'intérêts⁸⁷⁵ et soumettre les dirigeants à une bonne attitude⁸⁷⁶.

b. L'intégration du manquement au droit positif

342. La proximité du droit OHADA avec le droit français dans l'encadrement de la direction des sociétés permet de faciliter la transposition du devoir de loyauté issu par la jurisprudence française en droit OHADA. Le devoir de loyauté est issu pour la première fois de l'arrêt *Vilgrain*⁸⁷⁷. Sur le fondement de la qualité de dirigeant, cet arrêt soumet les dirigeants devoir de loyauté à l'égard de tout associé en particulier lorsqu'il est un intermédiaire pour le reclassement de sa participation. Sur le même fondement, ce devoir a été réaffirmé ultérieurement dans l'arrêt *Kopcio*⁸⁷⁸ et ce, à l'égard de la société, puis dans l'arrêt *Beley*⁸⁷⁹ à l'égard des associés. Par la suite, le devoir de loyauté de loyauté s'est intensifié par le devoir de conseil mis à la charge des dirigeants à l'égard des associés par l'affaire *Pauchard*⁸⁸⁰. A l'égard de la société, l'avènement de l'affaire *Darrés* renchérit ce devoir en soumettant les dirigeants à un devoir de fidélité en considération de leur qualité⁸⁸¹.

⁸⁷⁰ Association Française des Entreprises Privées (AFEP).

⁸⁷¹ Mouvement des Entreprises de France (MEDEF).

⁸⁷² Cf. J. PAILLUSSEAU, *La corporate governance, A propos du rapport Bouton*, D. 2002, p. 2722 ; J.-J. Caussain, *Petit glossaire de la Corporate Governance, Droit des sociétés*, n° 12, 2004, étude 20.

⁸⁷³ Com. 27 févr. 1996, *Bull. civ. IV*, n° 65 ; *JCP* 1996 éd. G. II, n° 22665, note J. GHESTIN ; *D.* 1996, J. 518, note Ph. Malaurie ; *JCP E* 1996. II. 838, note D. Schmidt et N. Dion ; *RTD civ.* 1997. 114, note J. MESTRE ; *Bull. Joly* 1996. 485, note A. COURET.

⁸⁷⁴ Cass. com., 7 juin 1994, n° 1356 D, *Dallest c/ SARL PRO SI DEX*, *Bull. Joly Sociétés* 1994 n° 11, p. 1232, §336, note B. SAINTOURENS. Dans cette espèce, M. Dallest, gérant démissionnaire, avait été condamné non pour violation d'une obligation d'information des autres associés pour avoir créée une société concurrente, mais pour manquement à son devoir de loyauté envers la société.

⁸⁷⁵ Sur le sujet, Cf. B. RAYNAUD, *La prévention des conflits dans les sociétés par actions*, *JCP éd. E* n° 10, 2003, 354 ; C. MALECKI, *Prévenir ou guérir ? Remarques sur les propositions des rapports AFEP/ANSA/MEDEF et CCIP relatives à la prévention des conflits d'intérêts*, D. 2004, p. 43.

⁸⁷⁶ J. DELGA, *De l'éthique d'entreprise et de son cynisme*, D. 2004, p. 3126.

⁸⁷⁷ Com. 27 févr. 1996, *Bull. civ. IV*, n° 65 ; *JCP* 1996 éd. G. II, n° 22665, note J. GHESTIN ; *D.* 1996, J. 518, note Ph. MALAURIE ; *JCP E* 1996. II. 838, note D. SCHMIDT et N. DION ; *RTD civ.* 1997. 114, note J. Mestre ; *Bull. Joly* 1996. 485, note A. COURET.

⁸⁷⁸ Com. 24 févr. 1998, *Rev. sociétés* 1998, p. 546, note M.-L. COQUELET ; *D.* 1999, p. 100, obs. Y. PICOD ; *JCP* 1998, éd. E. Pan. 637 ; *RTD com.* 1998, p. 612, obs. C. CHAMPAUD et D. DANET.

⁸⁷⁹ Cass. com., 12 mai 2004, *Beley c/ SA Former*, *Rev. sociétés* 2005, p. 140, note L. GODON. – V. aussi S. REIFEGERSTE, *L'obligation de loyauté et d'information du dirigeant en cas de cession d'actions*, LPA 16 juill. 2004, p. 18.

⁸⁸⁰ Cass. com., 6 mai 2008, *Rev. sociétés* 2009, p. 95, note L. GODON ; *Bull. Joly Sociétés* 2008, n° 11, p. 885, note Th. MASSART ; *Droit des sociétés* 2008, 156, comm. H. HOVASSE.

⁸⁸¹ Cass. com., 12 févr. 2002, *Rev. sociétés* 2002, p. 702, note L. GODON ; *D.* 2003, Somm. p. 1032. - Com., 15 nov. 2011, *Rev. sociétés* 2012, p. 292, note L. GODON.

343. Le fondement du devoir de loyauté semble controversé. L'article 1382 du code civil relatif à la responsabilité civile est parfois utilisé comme son fondement, lorsqu'il s'agit de recueillir des dommages-intérêts⁸⁸². En revanche, lorsque la solution recherchée est l'annulation de la convention litigieuse, le devoir de loyauté est rattaché à l'article 1116 du code civil relatif au dol⁸⁸³. Lorsque la solution est de soumettre le dirigeant à l'obligation de non-concurrence, le devoir est fondé sur le pouvoir de représentation⁸⁸⁴ sous prétexte que le dirigeant ne saurait nuire à la société⁸⁸⁵.

En outre, la loyauté des dirigeants serait inconciliable avec la diffusion des informations qui seraient nuisibles à la société. Pour cela, les dirigeants ne sauraient échapper au devoir de discrétion comme les administrateurs⁸⁸⁶. Ils doivent observer une obligation de discrétion à l'égard des informations décrétées confidentielles en conseil d'administration⁸⁸⁷ s'ils y sont membres ou conviés à assister à sa réunion. Ainsi donc, l'infraction au devoir de discrétion se résoudra en dommages et intérêts à verser par le dirigeant à la société⁸⁸⁸. Cette sanction exclusivement au plan civil de la violation du devoir de discrétion empêche toute assimilation de ce devoir avec l'obligation au secret professionnelle dont la violation est formellement et pénalement sanctionnée⁸⁸⁹.

344. La fonction sociale apparaît comme le fondement original, car elle apparaît comme l'élément fédérateur d'implication active ou passive du dirigeant dans le manquement à son devoir de loyauté. C'est une source autonome de responsabilité des dirigeants⁸⁹⁰, étant donné qu'il s'agit d'un devoir de résultat et que les associés n'ont pas à prouver la déloyauté des dirigeants pour engager leur responsabilité⁸⁹¹. C'est au dirigeant poursuivi pour déloyauté qu'il revient de rapporter la preuve de sa loyauté⁸⁹² ou d'invoquer un cas de force majeure⁸⁹³ qui l'a empêché de remplir loyalement sa fonction.

⁸⁸² Com. ,12 mars 2013, *Rev. sociétés* 2013, p. 690, note Th. MASSART.

⁸⁸³ Th. MASSART, note sous Com. ,12 mars 2013, *Rev. sociétés* 2013, p. 690.

⁸⁸⁴ L. GODON, *L'obligation de non-concurrence des dirigeants sociaux*, préc., p. 5 ; v. aussi Y. SERRA, *La non-concurrence en matière commerciale, sociale et civile*, Dalloz, 1991, n° 151 ; C.-J. BERR, *L'exercice du pouvoir dans les sociétés commerciales*, préc. ; Y. PICOD, *L'obligation de non-concurrence de plein droit et les contrats n'emportant pas transfert de clientèle*, *JCP*, éd. E, 1994, I, 349, n° 37 ; *Devoir de loyauté des dirigeants de sociétés*, *D.* 2003, p. 1032 ; K. GRÉVAIN-LEMERCIER, *Le devoir de loyauté des dirigeants sociaux : le retour*, *Gaz. Pal.* 2012 11, février 2012, n° 42, p. 7.

⁸⁸⁵ D. MARTIN, *La loyauté dans l'exécution du contrat*, *Gaz. Pal.* 2012, 24 mai 2012, n° 145, p. 67.

⁸⁸⁶ Selon l'article 455 de l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du GIE, « *les administrateurs ainsi que toute personne appelée à participer aux réunions du conseil d'administration sont tenus à la discrétion à l'égard des informations présentant un caractère confidentiel et donnés comme tel par le président de séance* ».

⁸⁸⁷ Qu'il s'agisse de conseil d'administration légale dans le cadre des sociétés anonymes ou de conseil d'administration statutaire dans le cadre des sociétés dirigées par des gérants.

⁸⁸⁸ V. J. SAVATIER, *L'obligation de discrétion des membres du comité d'entreprise* *Dr. soc.* 1985, p. 114 ; B. MERCADAL, P. JANIN, A. HARVERIA et A. COURET, *Mémento Pratique Francis Lefebvre Sociétés commerciales*, 2004, n° 8172.

⁸⁸⁹ G. J. VIRASSAMY, *Les limites à l'information sur les affaires d'une entreprise*, préc., p. 198, n° 25 ; Y. GUYON, *Droits des affaires, t. 1, Droit commercial et sociétés*, préc., n° 324. Adde, R.-Y. NGO NDJIGUI, *Le secret des affaires dans le droit des pays de l'espace OHADA et en droit français*, thèse Evry, 2005, pp. 90-91, n° 117-118. Selon cet auteur, « *...il est acquis que l'obligation au secret résultant d'un fait connu en raison de la profession ou de la révélation de la part de son titulaire étant fondée sur la confiance, la violation fait l'objet d'un châtement susceptible de restaurer la confiance évincée* ».

⁸⁹⁰ Cf. J. M. PEREZ, *Esquisse sur la responsabilité civile des dirigeants sociaux en droit américain*, *Rev. sociétés* 2003, p. 195 ; H. LE NABASQUE, *Rôle et place des mécanismes fondamentaux du droit civil en droit des affaires. Le développement du devoir de loyauté en droit des sociétés*, *RTD com.* 1999 p. 273.

⁸⁹¹ D. PORACCHIA, note sous Cass. com., 12 mai 2004, *Dr. et patr.* 2004, 131.

⁸⁹² Cass. com. 28 nov. 2006, préc.

345. Cette responsabilité se présume, car le devoir de loyauté est un devoir de résultat. Si la gestion d'une entreprise est imprégnée d'aléas permanents, ce qui conduit à reconnaître que la plupart des obligations entourant l'exercice des fonctions de direction sont des obligations de moyens consistant à tout mettre en œuvre pour agir dans l'intérêt de la société⁸⁹⁴, il en va autrement du devoir de loyauté qui fait partie de certaines obligations apparaissant si essentielles qu'elles méritent certainement la qualification d'obligations de résultat⁸⁹⁵. Le dirigeant est obligé d'être loyal en toute circonstance. Il n'a pas besoin à cet effet d'un moyen particulier. La loyauté est une vie, un comportement à adopter par le dirigeant tout le temps où il est au service de l'intérêt social. L'obligation de loyauté ne saurait être une obligation de moyens⁸⁹⁶. Constituant un impératif absolu, la loyauté due par tout dirigeant est dépourvue d'aléa. Or, l'aléa est le critère habituellement retenu pour repérer les obligations de moyens. Cette analyse est d'ailleurs celle qui est généralement retenue dans le droit commun du mandat à propos du mandataire, lui aussi tenu d'agir pour le compte et dans l'intérêt d'autrui. Il en est ainsi compte tenu de son caractère essentiel, et de l'absence d'aléa quant au résultat recherché⁸⁹⁷. Le devoir de loyauté est une exigence commune à l'ensemble des situations de représentation fondée sur la définition fiduciaire d'un intérêt⁸⁹⁸. Le manquement à ce devoir est une faute, source de sa responsabilité.

346. En somme, les dirigeants sont débiteurs d'un devoir de résultat indépendant du droit commun et fondé exclusivement sur la fonction sociale. Le non-respect par les dirigeants de ce devoir ainsi que les autres qui leur sont imposés, le tout formant leur déontologie, les expose à des sanctions civiles.

§ 2. L'adaptation des sanctions civiles contre le non-respect de la déontologie

347. Le non-respect par un dirigeant de sa déontologie l'expose à la responsabilité. Le droit civil nous renseigne que la faute n'est par principe sanctionnable que si elle fait une victime. Mais, parfois la faute seule suffit pour engager la responsabilité étant donné qu'on y déduit le dommage⁸⁹⁹. La sanction se traduit par une contrainte exercée sur le patrimoine du fautif pour la réparation du dommage causé. L'adaptation de ces contraintes au contexte du non-respect par les dirigeants de leur déontologie s'est faite en tenant compte de la victime des fautes du dirigeant. A cet effet, un privilège est donné à la réparation des préjudices subis par la société *in bonis* pour qu'elle se prémunisse contre les déviances de ses dirigeants. Ce privilège se justifie par le fait que la protection d'une société viable sécurise indirecte tous les intérêts de ses partenaires. La réparation du préjudice social se fait,

⁸⁹³ Sur la notion de force majeure, V. J. MESTRE, *Force majeure et sort du lien contractuel*, RTD civ. 1990, p. 658 ; D. MAZEAUD, *Force majeure et clause abusive*, D. 1998, p. 539 ; S. BEAUGENDRE, *Effet suspensif de la force majeure et responsabilité subséquente*, D. 2006, p. 2972.

⁸⁹⁴ Y. GUYON, *Dirigeant de sociétés - Responsabilité de droit commun*, J.-Cl. Responsabilité civ. et assur., 1996, fasc. 362-1, n° 33 ; S. MESSAÏ-BAHRI, *La responsabilité civile des dirigeants sociaux*, op. cit., p. 471 s

⁸⁹⁵ L. GODON, *Devoir de loyauté du dirigeant social envers les associés : et maintenant la question de la preuve de la déloyauté...*, préc., p. 524.

⁸⁹⁶ Ph. PÉTEL, *Les obligations du mandataire*, th. Montpellier, préf. M. CABRILLAC, Bibl. dr. entr., t. 20, Litec, 1988, n° 183.

⁸⁹⁷ *Ibid.*

⁸⁹⁸ Ph. DIDIER, *La représentation en droit privé*, LGDJ, 2000, n° 224.

⁸⁹⁹ L. GRATTON, *Le dommage déduit de la faute*, RTD civ. 2013, p. 275.

en principal, par l'action sociale *ut universi* et est garantie par l'action sociale *ut singuli*⁹⁰⁰. Par contre, la réparation des préjudices individuels est confrontée à la sévérité des règles relatives à la preuve de la culpabilité des dirigeants. Ainsi, les contraintes subies par le dirigeant sont-elles renforcées eu égard au préjudice causé à la société dirigée (A) alors qu'elles sont allégées eu égard au préjudice causé aux partenaires de la société (B).

A. Le renforcement de la réparation du préjudice social

348. Les probabilités de réparation du préjudice subi par une société *in bonis* sont fortes aux dépens des dirigeants fautifs. Cette force provient de la volonté du législateur de faciliter la réparation des dommages qui lui sont causés, grâce à la mise de l'action sociale non seulement à la disposition des dirigeants en principal (1) mais aussi subsidiairement à la disposition des associés (2).

1. La réparation à travers l'action sociale *ut universi*

349. Après son accès à la vie juridique suite à son immatriculation, la société a qualité pour ester en justice, lorsqu'elle est victime d'un dommage. Le dommage peut provenir de son propre dirigeant. Dans ce cas, le dirigeant s'expose à une action sociale exercée *ut universi* prévue par l'article 166 de l'AUSCGIE. Mais lorsque la direction ne compte qu'un seul dirigeant, l'action est inenvisageable, car ce dirigeant ne peut saisir la justice contre lui-même. Les intéressés sont rarement enclins à tresser la corde qui servira à les pendre⁹⁰¹. Pour cela, d'aucuns trouvent que l'action *ut universi* relève de l'utopie⁹⁰². Au cas où la direction compte plusieurs dirigeants, les autres dirigeants non fautifs peuvent tenter l'action contre le dirigeant fautif. L'exercice de l'action est davantage envisagé si le dirigeant fautif est évincé de la société et que ses successeurs, soucieux de se démarquer de la gestion passée, le poursuivent pour ses fautes commises. D'ailleurs, les dirigeants successeurs éviteraient leur responsabilité en échappant de commettre eux-mêmes une faute du fait de s'abstenir d'exercer l'action contre leur prédécesseur auteur d'une gestion fautive.

350. La réaction de la société contre les dérives des dirigeants par l'exercice de l'action sociale traduit son souci de reconstituer son patrimoine social ou ses fonds sociaux spoliés par certains dirigeants⁹⁰³. Suite à son accession à la vie juridique⁹⁰⁴ grâce à son immatriculation, la société dispose d'un patrimoine qu'elle doit faire fructifier et préserver par ses dirigeants. La diminution de l'actif social ou l'accroissement du passif social entraînés par les fautes volontaires ou non des dirigeants constitue un préjudice économique que subit la société. Il est alors légitime que ce préjudice soit réparé. La société doit retrouver son patrimoine dans l'état où il pouvait être sans les conséquences dommageables qu'elle a subies du fait des fautes des dirigeants. La poursuite de

⁹⁰⁰ V. J.-C. PAGNUCCO, *L'action sociale ut singuli et ut universi en droit des groupements*, thèse Bordeaux IV, préf. de Fl. DEBOISSY, Fondation Varenne, LGDJ, 2005.

⁹⁰¹ M. COZIAN, A. VIANDIER et Fl. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, op. cit., n° 298.

⁹⁰² J.-L. NAVARRO, *Suggestions pour une amélioration des régimes de responsabilité civile des dirigeants sociaux*, *Petites affiches* 2007, n° 154, p. 39.

⁹⁰³ D. GIBIRILA, *Le dirigeant de société. Statut juridique, social et fiscal*, op. cit., p. 453, n° 555 ; F. FRANÇOIS, I. MAIGRET et A. MARLANGE, *Dirigeant de société. Statut juridique, social & fiscal*, 1^{ère} éd., Delamas, 2003, p. 199, n° 1905.

⁹⁰⁴ Cf. J. PAILLUSSEAU, *Le droit moderne de la personnalité morale*, *RTD civ.* 1993, p. 705 ; J. P. BERTREL, *Liberté contractuelle et sociétés*, *RTD com.* 1996, 595.

l'action ne peut être entreprise que par les représentants légaux de la société. Peu importe que le représentant qui mène l'action soit un dirigeant adjoint, un dirigeant nouvellement nommé au côté du dirigeant fautif. Aussi, la position hiérarchique ou l'ancienneté du dirigeant fautif ne saurait-elle constituer d'éléments susceptibles de dissuader ses collègues de mettre en cause de sa responsabilité.

351. En principe, un montant du préjudice économique est proposé par le demandeur lors de la saisine du juge. Le demandeur devra procéder de son côté à une évaluation du préjudice social seul ou avec l'aide d'un expert à partir des instruments de mesures dont le chiffre d'affaire pour obtenir une estimation du montant⁹⁰⁵ qu'il pourra soumettre au juge. Celui-ci n'est pas lié par l'estimation du demandeur. Il faut néanmoins relever que le pouvoir souverain des juges du fond peut permettre l'évaluation la plus précise du préjudice social, mais il peut aussi malheureusement conduire à l'injustice si le juge abdique devant la difficulté⁹⁰⁶. Le juge doit faire application du principe⁹⁰⁷ selon lequel les dommages-intérêts doivent assurer la réparation intégrale du préjudice subi par la victime : tout le dommage ; pas plus que le dommage⁹⁰⁸. Malgré les critiques⁹⁰⁹ essayés par ce principe d'équivalence des fautes, il continue d'imposer au juge une appréciation précise du préjudice, qui interdit toute évaluation forfaitaire⁹¹⁰. Ce principe connu du droit commun trouve bien un terrain favorable en droit des sociétés puisque la différence est négligeable au niveau de la responsabilité civile sur les deux terrains. Mais un auteur semble relativiser la force de ce principe lors de son application en droit des sociétés. Selon lui, « *...lorsqu'en raison d'une mauvaise gestion, une société subit des pertes considérables, on sait par avance que les condamnations prononcées ne pourront pas être à la mesure du préjudice, trop lourdes à supporter, non seulement pour le dirigeant social lui-même, mais aussi pour les compagnies d'assurance, dont les possibilités ne sont pas illimitées. A cet égard, il est paradoxal de constater que lorsque la mauvaise gestion d'une société est à l'origine d'une liquidation judiciaire, les dirigeants sociaux peuvent n'avoir à combler qu'une partie du passif, souvent calculée en fonction de leur capacité contributive, alors que la réparation intégrale demeure la règle tant que la société est in bonis* »⁹¹¹. Il est regrettable que la théorie ne semble pas être en phase avec la pratique.

352. L'action sociale constitue un moyen mis à la disposition de la société pour faire punir civilement les dirigeants fautifs. Ce moyen présente généralement de fortes probabilités de condamnation des dirigeants fautifs : le demandeur étant un dirigeant, il peut facilement convaincre le juge de la culpabilité de son collègue fautif, car sa familiarité avec les arcanes du pouvoir lui permettront d'exposer facilement les dérives de ce dernier et de prouver

⁹⁰⁵ F. BELOT, *L'évaluation du préjudice économique*, D. 2007, 1683 et s.

⁹⁰⁶ *Ibid.*

⁹⁰⁷ Civ. 2^e, 1^{er} avril 1963, D. 1963, 453, note MOLINIER ; JCP 1963, II, 13408, note ESMEIN. La Cour de cassation précisait que « *le propre de la responsabilité civile est rétablir aussi exactement que possible l'équilibre détruit par le dommage et de replacer la victime, aux dépens du responsable, dans la situation où elle se serait trouvée si l'acte dommageable ne s'était point produit* ».

⁹⁰⁸ J. FLOUR et J. L. AUBERT, *Les obligations. 2. Le fait juridique*, 8^e éd., Armand Colin, 1999, p. 348, n° 375.

⁹⁰⁹ Cf. J. F. BARBIERI, *Perpétuité et perpétuation dans la théorie des droits réels, contribution à l'étude de la notion de perpétuité dans les relations juridiques*, thèse Toulouse I, 1977, p. 415 et s.

⁹¹⁰ Civ. 1^{ère}, 3 juill. 1996, *Bull. civ. I*, n° 296.

⁹¹¹ R. VATINET, *La réparation du préjudice causé par la faute des dirigeants sociaux, devant les juridictions civiles*, *Rev. sociétés* 2003, p. 248.

l'existence du préjudice social. Mais l'exercice de cette action est parfois confronté à la défaillance de la direction. Par solidarité, les dirigeants s'abstiennent d'attirer leurs collègues fautifs devant le juge. Il importe de décourager cette attitude que l'on peut considérer comme une non-assistance à la société en danger. Pour efficacement décourager cette abstention, il est nécessaire que cette attitude passive soit incriminée pénalement. Ainsi, l'abstention des dirigeants à poursuivre leurs collègues fautifs peut-elle constituer une infraction pour non-assistance à la société en danger. Car la réticence des codirigeants peut favoriser la perpétration des fautes. Cette réticence condamnable ne met pas pour autant un terme à l'action sociale. Le législateur a prévu un palliatif à cette défaillance en donnant le pouvoir aux associés de se substituer aux dirigeants réticents pour exercer l'action sociale.

2. La garantie légale de la réparation par l'action sociale *ut singuli*

353. L'action sociale *ut singuli* constitue un moyen garantissant la réparation du préjudice subi par la société en cas d'inaction des dirigeants. Cette garantie irréductible (b) présente des contours identifiables (a) dont la mise en œuvre relève du pouvoir des associés (c).

a. Les contours de la garantie

354. La garantie est un mécanisme qui prémunit une personne contre une perte pécuniaire⁹¹². Elle peut être conventionnelle ou légale. Conventionnelle lorsqu'elle émane de la volonté privée. Il peut s'agir notamment du cautionnement⁹¹³, la lettre de garantie⁹¹⁴, le droit de rétention⁹¹⁵ ou du gage⁹¹⁶. Légale lorsqu'elle est imposée par la volonté publique comme l'hypothèque légale⁹¹⁷. L'action sociale *ut singuli* semble assimilable aux garanties légales. Elle est d'abord une garantie dans la mesure où elle permet de pallier la défaillance de la société devant le besoin poursuivre la réparation du préjudice social. C'est ce que prévoit l'article 167 alinéa 1^{er} de l'AUSCGIE révisé qui dispose qu'« un ou plusieurs associés peuvent intenter l'action sociale après une mise en demeure des organes compétents non suivi d'effet dans le délai de trente jours. Les demandeurs sont habilités à poursuivre la réparation du préjudice subi par la société. En cas de condamnation, les dommages et intérêts sont alloués à la société et non au(x) requérant(s) ». Ensuite l'action *ut singuli* est une garantie légale dans la mesure où, comme le prévoit l'article 168 de l'Acte uniforme, elle n'est pas subordonnée à l'avis préalable ou l'autorisation de

⁹¹² G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, op. cit., v° Garantie.

⁹¹³ Cf. R. TENDLER, *Le cautionnement, reine éphémère des sûretés ?*, D. 1981, chron. 129 ; GRUA, *Le cautionnement réel*, JCP éd. G, I, 3167 ; J. MESTRE, *La pluralité d'obligés accessoires*, RTD civ. 1981, p. 22.

⁹¹⁴ Cf. J.-C. OTOUMOU, *La lettre de garantie OHADA*, *Revue de droit des affaires Internationales*, n° 4, 1999, p. 425 ; Ch. GAVALDA et J. STOUFFLET, *Lettre de garantie internationale*, RTD com. 1980, p. 1 ; A. PRŪM, *Les garanties à première demande*, Litec, 1994 ; F. J. CREDOT, *L'actualité des garanties autonomes*, *Petites affiches* n° 72, 1998, p. 73 ; Ph. SIMLER, *Solutions de substitution au cautionnement*, JCP 1990, I, 3427.972, chron. 20 ; N. CATALA, *De la nature juridique du droit de rétention*, RTD civ. 1967, p. 1 ; F. DERRIDA, *Répertoire de droit civil*, Dalloz, v° Rétention ; J. ISSA SAYEG, *Le droit de rétention en droit sénégalais*, *Rev. Penant* n° 810, 1992, p. 260.

⁹¹⁵ Cf. CHABAS et CLAUX, *Disparition et renaissance du droit de rétention*, D. 1972, chron. 20.

⁹¹⁶ Cf. J. C. GROSLIERE, *Le gage*, *Répertoire de droit civil*, v° Gage ; J. MESTRE, *Le gage de choses futures*, D.S. 1982, chron. 141.

⁹¹⁷ Les hypothèques légales sont prévues par les articles 207 à 209 de l'Acte uniforme portant sur les sûretés. Il s'agit de l'hypothèque de la masse des créanciers dans le cadre d'une procédure collective, de l'hypothèque du vendeur d'immeuble, de l'échangiste, du copartageant, des architectes, entrepreneurs et autres personnes employés à la construction ou à la réparation d'un immeuble.

l'assemblée générale, à la décision d'un organe de gestion, de direction ou d'administration, ou qui comporterait par avance une renonciation. L'article 169 renforce la garantie en disposant qu' « aucune décision de l'assemblée des associés, d'un organe de gestion, de direction ne peut avoir pour effet d'éteindre une action en responsabilité contre les dirigeants pour la faute commise dans l'accomplissement de leurs fonctions... ».

355. L'action *ut singuli* est un acte au regard duquel la loi accorde les mêmes pouvoirs tant aux dirigeants qu'aux associés. Ceux-ci disposent donc d'un pouvoir légal de représentation de la société en vue de poursuivre la réparation d'un préjudice subi par elle. Cet objectif assigné à l'action *ut singuli* l'assimile à un acte conservatoire. Par cet acte les associés ont un droit propre⁹¹⁸ de faire reconstituer le patrimoine social. En outre, l'action *ut singuli* peut être assimilée à l'action oblique par laquelle le créancier exerce les droits et action de son débiteur négligent⁹¹⁹. La dévolution aux associés du pouvoir d'exercer l'action sociale au nom et pour le compte de la société négligente traduit la reconnaissance implicite du statut de créanciers aux associés à l'égard de la société, lesquels associés défendent à temps le patrimoine social pour éviter un amenuisement voire un anéantissement de leur droit de créance qu'ils disposent envers la société⁹²⁰.

356. Contrairement à l'action sociale *ut universi* dont les conditions d'exercice sont identiques dans toutes les formes sociales, celles de l'action sociale *ut singuli* ne sont pas les mêmes en ce qui concerne la qualité du demandeur en tenant compte des formes sociales. Dans la société en nom collectif, le législateur est silencieux à ce sujet, ce qui laisse penser que chaque associé peut intenter l'action sociale indépendamment du pourcentage de sa participation au capital social. Par contre, dans la société à responsabilité limitée, l'article 331 de l'AUSCGIE conditionne la recevabilité de l'action au fait que les demandeurs doivent représenter le quart des associés et disposer au moins du quart des parts sociales. De même, dans la société anonyme, l'article 741 de l'AUSCGIE exige que les demandeurs doivent représenter au moins le vingtième du capital social. A ce niveau, le législateur ne prévoit l'action *ut singuli* que contre les administrateurs⁹²¹. En conséquence, l'exercice de cette action contre le directeur général et ses adjoints ainsi que l'adjoint de l'administrateur général n'est légalement conditionnée par un pourcentage de capital social à détenir par les actionnaires. Ainsi, seule la qualité d'actionnaire suffirait pour exercer contre ces dirigeants l'action *ut singuli* à moins que le législateur uniformise ultérieurement les conditions d'exercice de l'action au regard de la qualité du demandeur. La défense des intérêts de la société est inhérente à la qualité d'associé sous réserve d'un pourcentage de participation devant être détenu dans certaines formes de sociétés. Cet attachement de l'action à la qualité d'associé exclut son exercice par l'intermédiaire d'un mandataire *ad hoc*⁹²². La garantie que représente cette action est irréductible.

⁹¹⁸ Cass. com., 14 déc. 2004, *Droit des sociétés* 2005, comm. 73, note H. HOVASSE. – Cass. crim., 12 déc. 2000, *Rev sociétés* 2001, p. 323, note A. CONSTANTIN.

⁹¹⁹ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, op. cit., v° Action (oblique).

⁹²⁰ Cf. Paris, 18 août 1881, S. 1882, 2, 265, note LYON-CAEN. Voir aussi G. GHESNE, *L'exercice « Ut Singuli » de l'action sociale dans la société anonyme*, *RTD com.*, p. 359, n° 15 ; RIPERT, *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, 2^e éd., n° 44.

⁹²¹ V. art. 740 de l'Acte uniforme.

⁹²² Cass. com., 14 déc. 2004, *Société fermière du Casino municipal de Cannes c/ A. Buckel et autres*, *Rev. sociétés* 2005, p. 448, B. BOULOC.

b. L'irréductibilité de la garantie

357. La garantie que représente l'action *ut singuli* pour l'intérêt de la société semble irréductible et représente un droit propre des associés. Des fautes qui seraient rapidement couvertes par la prescription en cas de défaillance de la société sont ainsi sanctionnées grâce à la mise en œuvre de l'action sociale *ut singuli*⁹²³. Certes, contrairement aux dirigeants, les associés disposent moins de moyens pour découvrir les fautes. Mais ils peuvent exploiter les documents qui leur sont communiqués par les dirigeants, le commissaire aux comptes, et s'il y a lieu demander une expertise de gestion⁹²⁴ pour faire provoquer les informations. Grâce à ces moyens, ils peuvent arriver à découvrir les fautes des dirigeants et établir leurs preuves devant le juge. L'estimation du préjudice social à soumettre au juge ne saurait être limitée par le pourcentage de participation de l'associé dans le capital contrairement à une position ancienne de la doctrine qui soutenait que la condamnation ne saurait dépasser une quote part de dommage égal à la fraction du capital représenté par le demandeur⁹²⁵. L'associé a le droit de poursuivre la réparation de l'entier préjudice subi par la société comme le prévoit les articles 331 alinéa 2 et 741 alinéa 4 de l'AUSCGIE. La garantie que présente l'action *ut singuli* pour la réparation du préjudice social se traduit par sa mise en œuvre indifféremment à la renonciation par les dirigeants au déclenchement de l'action en première instance ou sa poursuite en appel.

358. Un arrêt⁹²⁶ du 12 décembre 2000 de la Chambre criminelle en a été une illustration. Selon les faits de l'espèce, Alain Génitau, estimant que les anciens dirigeants de la société Testut se sont rendus coupables de divers délits et notamment d'abus de biens sociaux, les cite devant le tribunal correctionnel et se constitue partie civile. Il réclame des dommages-intérêts à la fois pour le préjudice personnel et pour le préjudice subi par la société. Les nouveaux dirigeants de la société exercent parallèlement l'action sociale en réparation. Le tribunal correctionnel condamne pénalement le dirigeant mais rejette les demandes de dommages intérêts présentés par la société et par l'associé. Les nouveaux dirigeants de la société s'en tiennent là et ne font pas appel. Alain Geniteau continue le combat. La cour d'appel déclare son action irrecevable au motif que la société Testut a renoncé à faire appel et que l'action sociale est éteinte. Son arrêt est cassé dans les termes suivants : « *Attendu qu'en se prononçant ainsi, alors que l'intervention, devant les premiers juges, du représentant légal de la société ne pouvait priver le demandeur du droit propre, appartenant à l'actionnaire, de présenter des demandes au profit de celle-ci et de relever appel en son nom, la cour d'appel a méconnu le sens et la portée des textes susvisés* ». Ainsi, la renonciation à l'appel par les dirigeants n'a pas empêché pas l'associé d'exercer ce recours afin de

⁹²³ G. GHESNE, *L'exercice « Ut Singuli » de l'action sociale dans la société anonyme*, préc., p. 348, n° 2.

⁹²⁴ Cf. S. S. KUATE TAMEGHE, *Quelques ambiguïtés de l'expertise de gestion dans l'Acte uniforme OHADA relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique*, in Recueil d'Études sur l'OHADA et l'UEMOA, Vol. 1, Collection Horizons Juridiques Africains, PUAM, 2010, p. 154 ; I. URBAIN-PARLEANI, *L'expertise de gestion et l'expertise in futurum*, *Rev. sociétés* 2003, p. 223 ; B. Y. MEUKE, *L'information des actionnaires minoritaires dans l'OHADA : « Réflexion sur l'expertise de gestion »*, préc., p.11 ; A. CANAC, *La protection des minoritaires lors des prises de contrôle*, *Gaz. Pal.* 1974, I, doc. 35.

⁹²⁵ V. G. GHESNE, *L'exercice « Ut Singuli » de l'action sociale dans la société anonyme*, préc., p. 365, n° 24.

⁹²⁶ Cass. crim., 12 déc. 2000, *Rev. sociétés* 2001, p. 323, note A. CONSTANTIN ; *Dr. et Patr.* 2001, 94, note D. PORACCHIA.

poursuivre la réparation du préjudice social. Cela étant, si les dirigeants en place exercent l'action sociale *ut universi* de façon purement formelle, sans émettre aucune critique à l'encontre du dirigeant fautif, cette intervention factice des représentants légaux ne saurait priver les associés de leur droit propre d'agir *ut singuli*⁹²⁷. Ce droit demeure même si la société est absorbée par une autre⁹²⁸. Sa titularité s'étend même à tout copropriétaire de titres indivis au malheur des dirigeants fautifs.

c. La mise en œuvre de la garantie

359. L'action sociale *ut singuli* constitue indéniablement une mesure de sécurité pour le patrimoine social. Elle en assure la protection lorsque la direction de la société est défaillante. Sa mise en œuvre semble être favorisée par l'affranchissement des associés des contraintes financières qu'elle pourrait occasionner. L'article 171 de l'AUSCGIE précise que « *les frais et honoraires occasionnés par l'action sociale, lorsqu'elle est intentée par un ou plusieurs associés, sont avancés par la société* ». Cette disposition se situe dans le droit commun des sociétés. Elle semble être en contradiction avec l'article 741 alinéa 2 qui énonce que « *... les actionnaires peuvent, dans leur intérêt commun, charger à leur frais un ou plusieurs d'entre eux de les représenter pour soutenir (...) l'action sociale* ». En raison de la suprématie du droit spécial sur le droit commun, les actionnaires demandeurs de l'action sociale⁹²⁹ seront amenés à supporter personnellement les frais de l'action, contrairement aux associés de la société en nom collectif et de la société à responsabilité limitée qui feront prendre en charge les frais par la société.

Cette disparité défavorable aux actionnaires peut décourager l'exercice de l'action, d'où le besoin d'un alignement, par le législateur, de la situation des actionnaires sur celle des associés des autres formes sociales. Les fonds provenant de la condamnation des dirigeants fautifs à l'issue de l'action sociale *ut singuli* vont contribuer, comme dans le cadre de l'action sociale *ut universi*, à approvisionner le compte de la société et non celui des associés⁹³⁰. D'ailleurs pour accélérer le paiement de la condamnation, la jurisprudence française établit le principe selon lequel l'associé « *...trouve dans les pouvoirs qui lui sont attribués par la loi de poursuivre la réparation de l'entier préjudice subi par la société, qualité pour demander au juge de l'exécution, pour le compte de la personne morale, d'assortir d'une astreinte une décision exécutoire ayant accueilli l'action sociale en responsabilité exercée ut singuli*⁹³¹. En prévoyant que l'action sociale s'exerce à titre principal par les dirigeants ou à défaut par les associés, le législateur fait accroître les probabilités de réparation du préjudice social

⁹²⁷ Cass. crim., 16 déc. 2009, *Dr. sociétés* 2010, n° 78, obs. SALOMON ; *RTD com.* 2010, p. 443, obs. B. BOULOC ; *D.* 2010. *AJ* 381, et Pan. 1663, obs. C. MASCALA ; *AJ pénal* 2010. 144.

⁹²⁸ Cass. crim., 2 avril 2003, *Rev. sociétés* 2003, p. 568, note B. BOULOC ; *D.* 2003, *AJ* p. 1504.

⁹²⁹ En cas de demande de l'action contre les administrateurs et l'administrateur général, les actionnaires supportent personnellement les frais en application de l'article 741 alinéa 2 de l'Acte uniforme. Cet article ne vise pas expressément l'action contre le directeur général ou un de ses adjoints, ou contre un administrateur général. Donc, les frais de l'action seront supportés par la société en application du droit commun des sociétés et plus précisément l'article 171 de l'Acte uniforme.

⁹³⁰ Cf. CCJA, arrêt n° 015/2005 du 24 fév. 2005, *affaire Angoua Koffi Maurice c/ la Société Win SARL, Les grandes décisions de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage*, p. 159, obs. Mme M.-A. NJANDEU née MOUTHIEU.

⁹³¹ *Com.*, 7 juill. 2009, *Sté Maaldrift BV c/ Leveau, Rev. sociétés* 2010, p. 832, note V. THOMAS ; *Dr. sociétés*, 2010, prat. 1, K. RODRIGUEZ ; *RTD com.* 2009 p. 578, obs. P. LE CANNU et B. DONDERO ; *D.* 2009. *AJ*. 1894.

contrairement au contexte des actions individuelles où les probabilités de réparation des préjudices subis personnellement par les associés ou les tiers sont faibles.

B. L'affaiblissement de la réparation de tout préjudice extrasocial

360. Les sanctions civiles subies par les dirigeants pour tout préjudice extrasocial sont soumis à des conditions contraignantes qui les affaiblissent. Cet affaiblissement résulte de la nécessité pour un associé qui allègue un préjudice personnel d'apporter la preuve que son préjudice est distinct du préjudice social (1) dont la victime est déjà définie⁹³² plus haut. Les tiers éprouvent les mêmes difficultés de se faire réparer leur préjudice personnel, puisqu'ils doivent nécessairement prouver que la faute du dirigeant est extérieure à l'acte qu'il a accompli (2).

1. La nécessité pour l'associé de prouver un préjudice personnel réparable

361. La nécessité pour l'associé de prouver un préjudice personnel est destinée à éviter la double indemnisation du préjudice social (a) et requiert une atteinte préalable à un droit propre de l'associé par le dirigeant (b).

a. L'obstacle du principe d'exclusion de la double réparation

362. L'article 1382 du Code civil pose le principe de la triple condition de la responsabilité civile. En droit des sociétés, la réunion de ces trois conditions ne donne pas forcément lieu à réparation : l'allégation par un associé d'un préjudice personnellement subi du fait des dirigeants ne suffit pas pour donner lieu à réparation. A cet effet, l'article 162 alinéa 1^{er} de l'AUSCGIE révisé prescrit que « *l'action individuelle est l'action en réparation du dommage subi par (...) un associé, lorsque celui-ci subit un dommage distinct du dommage que pourrait subir la société, du fait de la faute commise (...) par les dirigeants dans l'exercice de leur fonction* ». Cette exigence de dissociation du préjudice de l'associé de celui de la société exclut une double réparation pour le même préjudice. Le privilège étant donné à la réparation du préjudice social, il appartient à l'associé qui se prévaut d'un préjudice de démontrer son caractère personnel. Ce principe d'exclusion de la double réparation affaiblit indéniablement les chances des associés lésés d'obtenir réparation.

En effet, des actions individuelles sont souvent exercées en raison de la perte par les associés de la valeur de leurs titres sociaux suite aux fautes de gestion des dirigeants, mais la jurisprudence française considère que la perte de valeur des droits sociaux à la suite d'un dommage subi par la société n'est pas un préjudice personnel de l'associé distinct du préjudice social⁹³³. Elle écarte tout droit à réparation du préjudice individuel, dès lors qu'il peut être considéré comme le corollaire du préjudice social⁹³⁴. Ce mécanisme permet d'éviter la double indemnisation d'un même préjudice. C'est par une application stricte du principe de réparation intégrale que

⁹³² A. BALLOT-LENA, *La responsabilité civile en droit des affaires. Des régimes spéciaux vers e un droit commun*, thèse Paris X, préf. Ph. DUBOIS, Bibl. dr. pr., t. 493, LGDJ, 2008, p. 75 et s., spéc. n° 70.

⁹³³ Cass. civ. 3^e, 22 septembre 2009, *Petites affiches* 2010, n° 14, p. 8, note J. GRANOTIER ; Cass. com., 1^{er} avr. 1997, *Bull. Joly Sociétés* 1997, n° 7-8, p. 650, note J.-F. BARBIERI ; Cass. com., 18 juill. 1989, *Defrénois* 1990, p. 633, note J. HONORAT ; CA Aix, 16 févr. 1977, *D.* 1979, *IR* p. 106, obs. J.-C. BOUSQUET ; Cass. com., 4 mars 1986, *Bull. civ.* IV, n° 42 ; *Bull. Joly* 1986, p. 387

⁹³⁴ Cass. com., 15 janv. 2002, *Dr. et patr.* 2003, n° 112, p. 118, note D. PORACCHIA ; Cass. com., 21 sept. 2004, *Rev. Lamy Dr aff.* 2004, n° 77, n° 4811.

s'explique l'irrecevabilité de l'action individuelle de l'associé⁹³⁵. Selon ce principe, il n'est pas possible d'indemniser deux fois un même préjudice. La logique est alors implacable : la réparation du dommage et des conséquences supportées par la société prime alors sur le préjudice pouvant être subi par chacun de ses membres, le préjudice des associés n'étant plus réparable en tant que tel, car englobé dans le préjudice social⁹³⁶. Pour qu'il y ait un préjudice individuel réparable, l'intérêt lésé doit être non seulement légitime, mais aussi irrémédiablement réalisé⁹³⁷. En conséquence, les exemples de préjudice individuel de l'associé sont limités⁹³⁸. Il est possible de citer le détournement par un dirigeant d'un dividende destiné à un actionnaire⁹³⁹, certaines violations du pacte social⁹⁴⁰, le détournement des fonds versés pour la libération des actions⁹⁴¹, la publication de faux faits nuisant à un actionnaire⁹⁴². Pour qu'un préjudice évoqué par un associé soit réparable, il faut qu'il soit spécifique et distinct du préjudice social.

b. La nécessité d'une atteinte à un droit propre de l'associé

363. L'analyse du droit positif montre que la plupart des préjudices individuels réparables des associés reposent sur la théorie générale des obligations, et notamment sur celle des vices du consentement affectant le contrat de société⁹⁴³. L'associé tend à faire prospérer ses actions sur le terrain des vices du consentement évoqués de manière récurrente, pour obtenir une réparation de leurs préjudices personnels directs, en arguant le dol⁹⁴⁴ et la violence⁹⁴⁵. La plainte peut aussi porter sur une atteinte à un droit qui lui est également propre. Il peut ainsi estimer avoir subi un préjudice personnel en relation directe avec l'atteinte portée à ses droits politiques⁹⁴⁶ ou patrimoniaux⁹⁴⁷.

⁹³⁵ N. BICHERON, *La singularité de l'indemnisation du préjudice personnel des associés*, *Rev. Lamy Dr. des Aff.*, 2010, 51.

⁹³⁶ Cass. com., 4 juill. 2006, *JCP E* 2006, n° 35, n° 2247, p. 1436.

⁹³⁷ N. BICHERON, *La singularité de l'indemnisation du préjudice personnel des associés*, *préc.*, p. 52.

⁹³⁸ RIPERT et ROBLOT, *Traité élémentaire de droit commercial*, LGDJ, t. 1, 16^e éd. par M. GERMAIN, 1996, n° 1375, p. 1017.

⁹³⁹ CA Paris, 2 mai 1935, *Gaz. Pal.* 1935, 2, *Jur.* p. 113.

⁹⁴⁰ Cass. req., 5 juill. 1933 et 29 oct. 1934, *S.* 1935, 1, *Jur.* p. 89, note H. ROUSSEAU.

⁹⁴¹ Cass. req., 30 oct. 1945, *D.* 1946, *Jur.* p. 93.

⁹⁴² Cass. com., 26 janv. 1938, *S.* 1939, 1, *Jur.* p. 49, note H. ROUSSEAU.

⁹⁴³ G.-A. LIKILLIMBA, *Le préjudice individuel et/ou collectif en droit des groupements*, *préc.*, n° 14.

⁹⁴⁴ Cf. Crim. 30 janv. 2002, *Bull. crim.* n° 14 ; JCP 2002. I. 346, obs. J.-H. ROBERT ; Dr. et patr. mai 2002. 99, obs. J.-F. RENUCCI ; Req., 29 oct. 1934, *S.* 1935. 1. 90, note R. ROUSSEAU ; Com. 13 févr. 1996, *Bull. civ. IV*, n° 50 ; *Bull. Joly Sociétés* 1996. 392, note P. LE CANNU.

⁹⁴⁵ Cf. Com. 18 févr. 1997, *Bull. Joly Sociétés* 1997. 408, obs. J.-J. DAIGRE.

⁹⁴⁶ Pour le préjudice personnel résultant de la violation du droit à l'information, Civ., 29 juin 1899, *S.* 1899. 1. 409 ; Crim. 11 avr. 1996, *Rev. sociétés* 1997. 136, note B. BOULOC. Pour le préjudice personnel résultant de l'exclusion injustifiée de l'associé de l'assemblée générale : Com. 23 oct. 2007, *JCP E* 2007. 2433, note A. VIANDIER ; *JCP* 2007. II. 10197, note D. BUREAU ; *RTD com.* 2007. 791, obs. P. LE CANNU et B. DONDERO ; *Dr. sociétés*, déc. 2007, § 219, p. 28, note H. HOVASSE ; *D.* 2008. Jur. 47, note Y. PACLOT, et AJ. 2726, obs. A. LIENHARD. Cf. aussi J. PAILLUSSEAU, *La liberté contractuelle dans la société par actions simplifiée et le droit de vote*, *D.* 2008. Jur. 1563 ; A.-V. LE FUR, « Concilier l'inconciliable » : réflexions sur le droit de vote de l'actionnaire, *D.* 2008. Chron. 2015 ; J.-P. LANGLAIS et L. GHESQUIERES, *Le droit de vote, droit fondamental de l'associé ?*, LPA 14 déc. 2007. 1. Enfin, le préjudice de celui qui acquiert ou conserve des titres au vu de fausses informations s'analyse en la perte d'une chance (Com. 9 mars 2010, *RTD com.* 2010, p. 407, obs. N. RONTCHEVSKY ; *D.* 2010. AJ 761, obs. A. LIENHARD ; *Rev. sociétés* 2010. 230, note H. LE NABASQUE).

⁹⁴⁷ Cf. Req., 5 juill. 1933, *S.* 1935. 1. 89 ; Paris, 15 déc. 1995, *Rev. sociétés* 1996. 357. – CA Paris, 2 mai 1935, *Gaz. Pal.* 1937. II. 113.

La difficulté de dissociation du préjudice personnel du préjudice social conduit les associés à invoquer des fois un préjudice par ricochet. Ce dernier est défini comme un préjudice « *subi par une personne du fait d'un dommage dont est atteinte une victime première avec qui elle entretenait des liens d'affection ou d'intérêts particuliers* »⁹⁴⁸. Mais l'assimilation du préjudice personnel au préjudice par ricochet en matière, notamment, de sociétés commerciales risquerait surtout de légitimer la tendance actuelle de certains associés consistant à refuser presque systématiquement d'assumer l'aléa des affaires, et de se retourner contre les dirigeants⁹⁴⁹. La théorie du préjudice par ricochet est souvent invoquée pour contourner l'obstacle de l'exigence de la dissociation des deux préjudices mais les juges voient dans ce préjudice un simple corollaire du préjudice collectif⁹⁵⁰.

364. Toutefois, la nécessité pour les associés de prouver un préjudice personnel distinct de celui de la société ne s'impose pas avec la même rigueur à tous les associés. Cette nécessité est certaine dans les sociétés à risques limités tandis qu'elle est relative dans les sociétés à risques illimités au regard du préjudice résultant de l'abus de confiance ou de biens sociaux. En effet, après avoir longtemps admis la recevabilité de l'action civile de l'actionnaire en réparation du préjudice que lui aurait personnellement causé un abus des biens de la société⁹⁵¹, la Cour de cassation française, par deux arrêts du 13 décembre 2000 a opéré un revirement remarqué, en retenant que « *la dépréciation des titres d'une société découlant des agissements délictueux de ses dirigeants constitue, non pas un dommage propre à chaque associé, mais un préjudice subi par la société elle-même* »⁹⁵². Cette solution a également été retenue au sujet d'une constitution de partie civile devant le juge d'instruction⁹⁵³, alors pourtant que, « *les conditions de recevabilité de l'action civile sont traditionnellement appréciées de façon plus libérale devant les juridictions d'instruction que devant les juridictions de fond* »⁹⁵⁴. Ce faisant, il est constamment affirmé que « *l'atteinte au capital ou aux intérêts d'une société susceptible de découler des délits d'abus de biens et de pouvoirs sociaux constitue, non pas un dommage propre à chaque associé, mais un préjudice subi par la société elle-même* »⁹⁵⁵. Ainsi, est-il difficile pour les actionnaires d'obtenir gain de cause devant le juge pénal dans la réclamation de la réparation d'un préjudice personnel.

En revanche, la chambre criminelle de la Cour de cassation est plus souple à l'égard des associés en nom en admettant la recevabilité de la constitution de partie civile de l'associée en nom à l'encontre du gérant de

⁹⁴⁸ S. PORCHY-SIMON, *Domage, Dictionnaire de la culture juridique*, ss. la dir. de D. Alland et S. Rials, PUF-Lamy, 2003, p. 415.

⁹⁴⁹ G.-A. LIKILLIMBA, *Le préjudice individuel et/ou collectif en droit des groupements*, préc., n° 22.

⁹⁵⁰ A. COURET, *Interrogations autour de la réparation du préjudice individuel de l'actionnaire*, *RJDA* 1997. 391, n° 24-25

⁹⁵¹ Cf. Crim. 10 oct. 1963, *Bull. crim.* n° 280 ; 23 avr. 1964, *Bull. crim.* n° 127 ; 13 avr. 1967, *Bull. crim.* n° 119 ; 18 déc. 1968, *Bull. crim.* n° 351 ; 19 oct. 1978, *Bull. crim.* n° 282 ; 9 nov. 1992, *Bull. crim.* n° 361 ; 11 janv. 1996, *Bull. crim.* n° 16. V. aussi sur la question not., A. DEKEUWER, *Les intérêts protégés en cas d'abus de biens sociaux*, *JCP ed E* 1995, n° 15 et s. ; A. MEDINA, *L'abus de biens sociaux. Prévention détection, poursuite*, Dalloz 2001, spéc. n° 8.189 et s. ; E. JOLY et C. JOLY-BAUMGARTNER, *L'abus de biens sociaux à l'épreuve de la pratique*, *Economica* 2002, p. 288 et s.

⁹⁵² Cass. crim. 13 déc. 2000 (arrêt n° 7552 et arrêt n° 7554), *Bull. crim.* n° 373 ; *Bull. Joly* 2001, p. 498, § 125, note J.-F. BARBIERI ; *Droit pénal* 2001, com. n° 47, note J.-H. ROBERT ; *JCP éd. E* 2001, p. 1138, note J.-H. ROBERT ; *Rev. sociétés* 2001, p. 394 et 399, obs. BOULOC ; *RSC* 2001, p. 393, obs. J.-F. RENUCCI ; *Dr. pén.* 2001, comm. n° 47.

⁹⁵³ Cass. Crim. 4 avr. 2001, *Droit pénal* 2001, com. n° 102, note J.-H. ROBERT.

⁹⁵⁴ E. DEZEUZE, *La réparation du préjudice devant la juridiction pénale*, *Rev. sociétés* 2003 p. 269.

⁹⁵⁵ Cass. crim., 9 mars 2005, *Droit pénal* n° 6, 2005, 97, comm. J.-H. ROBERT.

la société convaincu d'abus de confiance au motif que les détournements des biens dans une société en nom collectif occasionnent aux autres associés, qui répondent indéfiniment et solidairement des dettes sociales, un préjudice personnel et direct⁹⁵⁶. Mais dans ces conditions, le dirigeant d'une société en nom semble apparemment exposé à une double indemnisation au profit des associés en nom, si, pour la même faute, la société se prévaut d'un préjudice. Cette particularité dans la sanction des dirigeants des sociétés à risques illimités pourrait se justifier par la communauté d'intérêts entre ces sociétés et leurs associés et la transparence de la personne morale de cette société à telle enseigne que les victimes sont confondues. Ces deux critères justificatifs font défaut dans les sociétés à risques limités où les associés sont à l'abri des aléas de la gestion des dirigeants. Cette disparité de traitement réservé d'un côté à l'action individuelle des actionnaires et, de l'autre, à celle des associés en nom témoigne de l'impossibilité pour les actionnaires d'obtenir généralement réparation de leur préjudice personnel contrairement aux associés de nom.

365. A l'issue de l'action individuelle, les dommages et intérêts sont personnellement alloués aux associés et non à la société en réparation du préjudice subi par eux. Les dirigeants peuvent être condamnés individuellement ou solidairement lorsque le préjudice qui leur est reproché individuellement ou collectivement. Cette sanction des dirigeants n'exclut leur responsabilité à l'égard des tiers lésés par leurs actes. Mais il revient aux tiers de prouver que la faute reprochée au dirigeant est extérieure à son acte avant d'espérer une réparation.

2. La nécessité pour les tiers de prouver l'extranéité de la faute du dirigeant à l'acte

366. La nécessité pour le tiers de prouver l'extranéité de la faute du dirigeant à l'acte qu'il a accompli est due à l'imputabilité par principe des fautes du dirigeant à la société (a). Cet obstacle n'est surmonté que dans des cas exceptionnels (b).

a. L'obstacle du principe d'imputabilité des fautes du dirigeant à la société

367. « *La responsabilité civile du dirigeant social pose un problème difficile à résoudre. Les tiers peuvent-ils reprocher au dirigeant la faute commise dans l'exercice de ses fonctions, qui lui serait alors imputable personnellement, ou cette faute ne doit-elle peser que sur la société, engagée par les actes de son organe ?* »⁹⁵⁷. Cette question posée par le professeur DONDERO traduit la nécessité d'une réflexion sur l'épineux problème de la responsabilité des dirigeants à l'égard des tiers.

En principe, en vertu de leur statut de représentant, les dirigeants agissent au nom de la société qui est en droit de profiter directement des actes des dirigeants et est tenue de répondre des fautes des dirigeants à l'égard des tiers⁹⁵⁸. En raison de leur statut d'organe social, les dirigeants s'abritent derrière la personnalité morale de la société pour ne pas répondre de leurs fautes personnelles commises à l'égard des tiers. La responsabilité personnelle des dirigeants à l'égard des tiers, prévue par l'article 161 alinéa 1^{er} de l'AUSCGIE semble relever de

⁹⁵⁶ Cass. crim. 10 avr. 2002, *Bull. crim.* n° 86 ; *D.* 2002, p. 2536 ; *Bull. Joly* 2002, § 217, p. 974.

⁹⁵⁷ B. DONDERO, *Définition de la faute séparable des fonctions du dirigeant social*, *D.* 2003, p. 2623.

⁹⁵⁸ *V. supra* n° 126-133.

l'utopie. En droit français où les règles sont identiques, le professeur BARBIÈRI⁹⁵⁹ releva que la plupart des décisions publiées conduisent à une exonération des dirigeants et au refoulement de la responsabilité sur la personne morale. Selon lui, en effet, « *il est rare de que soit relevée l'existence d'une faute séparable. Il en résulte une indiscutable régression de la responsabilité propre des personnes physiques, et une inflation de la responsabilité des personnes morales* ». Pour obtenir réparation, les tiers doivent parvenir à prouver que la faute commise par le dirigeant est extérieure à ses actes accomplis ou exécutés à l'occasion de sa fonction. Il en est ainsi, car toutes les fautes commises par les dirigeants sont par principe imputables à la société en raison de leur statut de représentant⁹⁶⁰. Le représenté est engagé tant par les actes positifs que négatifs accomplis par le représentant⁹⁶¹. La responsabilité des dirigeants à l'égard des tiers relève de l'exception.

b. L'exception de la responsabilité du dirigeant à l'égard des tiers

368. Il n'est pas totalement exclu que la responsabilité des dirigeants soit engagée pour des dommages causés aux tiers à l'occasion de leur fonction. La faute personnelle du dirigeant peut se situer tant sur le terrain contractuel (i) qu'extra-contractuel (ii).

i. L'exception de la responsabilité du dirigeant sur un terrain contractuel

369. Au côté de la responsabilité envers l'entreprise, en raison des fautes commises dans sa gestion, le dirigeant peut craindre un autre type d'action fondée sur l'existence d'un préjudice spécifique, subi par le tiers lui-même⁹⁶². Les dirigeants peuvent engager leur responsabilité personnelle dans le cadre d'un engagement voulu ou exécuté par défaut dans leur rapport avec les tiers. La relation est voulue lorsque le dirigeant s'engage en connaissance de cause à l'égard des tiers pour garantir les engagements de la société. En revanche, la relation est par défaut lorsqu'à l'issue d'un acte accompli au nom d'une société à risques illimités au-delà de l'objet social, celle-ci évoque l'inopposabilité de l'acte en raison du dépassement par son dirigeant de ses pouvoirs légaux. L'option qui s'offre aux tiers est de se retourner contre le dirigeant pour exiger de lui l'exécution à titre personnel de l'engagement. Dans les deux cas de figure, le dirigeant devra répondre du préjudice causé aux tiers sur son patrimoine personnel pour inexécution des engagements⁹⁶³.

⁹⁵⁹ J.-F. BARBIERI, *La responsabilité de la personne morale ou responsabilité de ses dirigeants ?*, *La responsabilité personnelle à la dérive*, Mélanges Y. GUYON, Dalloz, 2003, p. 44, n° 4.

⁹⁶⁰ En ce sens, Ch. CORDIER-VASSEUR et Ch. CASSAVETTI, *De la responsabilité civile des dirigeants*, JCP éd. G, n° 22, 2012, p. 656.

⁹⁶¹ V. *supra* n° 128-133. – V. aussi ce sens, J. HUET et alii, *Traité de droit civil (sous dir. J. GHESTIN), Les principaux contrats spéciaux*, 3^e éd., LGDJ, 2012, p. 1070, n° 31207 ; F. COLLART DUTILLEUL et Ph. DELEBECQUE, *Contrats civils et commerciaux*, 9^e éd., Dalloz, 2011, p. 566, n° 650. – V. aussi, Civ. 1^{ère}, 14 nov. 1978, *Bull. civ. I*, n° 346, précisant en conséquence que le représentant d'une société étrangère en France ne saurait, en sa qualité de mandataire, être personnellement condamné à rembourser à des clients de la société le montant d'un acompte versé sur le prix d'une commande non exécutée.

⁹⁶² N. BICHERON, *La singularité de l'indemnisation du préjudice personnel des associés*, préc., p. 51.

⁹⁶³ V. D. TALLON, *L'inexécution du contrat : pour une autre présentation*, RTD civ., 1994, p. 223.

370. En effet, l'accomplissement par les dirigeants des sociétés à risques illimités d'un acte étranger à l'objet social les expose à une responsabilité personnelle à l'égard des tiers⁹⁶⁴, exception faite des actes validés grâce à l'existence d'une communauté d'intérêts ou du consentement unanime des associés⁹⁶⁵. Un auteur avait soutenu que la société à risques illimités peut être engagée par des actes qui dépassent son objet social sur le fondement de l'apparence⁹⁶⁶. Cette opinion est contestable, car la publication des statuts exclut toute apparence. Par conséquent, la société ne peut être engagée par des actes étrangers à son objet, hormis les exceptions susmentionnées. Le dépassement de l'objet social engage la responsabilité personnelle du dirigeant. La preuve de la faute du dirigeant devient moins difficile à apporter par le tiers. Confronté au refus de la société d'exécuter l'engagement au motif que l'acte lui est inopposable⁹⁶⁷ en raison de son extranéité à l'objet social, le tiers pourra mettre en cause la responsabilité personnelle du dirigeant pour lui avoir causé un préjudice en dépassant ses pouvoirs légaux. Le défaut de conformité de l'acte au regard du droit des sociétés ne provoque pas son anéantissement, il en limite les effets à l'égard de la société. Spécialement, la société ne saurait être engagée du fait de cet acte⁹⁶⁸.

371. Ainsi, l'inopposabilité de l'acte à la société est-elle indifférente à sa validité entre les parties signataires. Mais, comme le dirigeant n'est pas parti à l'acte à titre personnel, le tiers aura de la peine à faire exécuter l'acte par le dirigeant. Le tiers ne peut qu'engager la responsabilité civile du dirigeant pour la réparation du préjudice issu de l'inexécution de l'acte. Ceci nous amène à combattre la thèse de la nullité des actes des dirigeants de sociétés à risques illimités pris en dehors de l'objet social⁹⁶⁹ qui tireraient ses racines des fondements contractualistes de la société⁹⁷⁰, alors que les pouvoirs des dirigeants sont définis par la loi⁹⁷¹. En raison du préjudice qu'aurait subi le tiers du fait des fautes du dirigeant, il pourrait engager sa responsabilité personnelle. Le dirigeant ne peut s'exonérer de sa responsabilité que lorsque par suite d'une force majeure ou d'un cas

⁹⁶⁴ Ce n'est pas le cas dans les sociétés à risques limités où les pouvoirs des dirigeants sont étendus au-delà de l'objet social. Ces sociétés sont engagées même par les actes qui sont étrangers à leur objet social. L'inexécution de l'engagement pris en dehors de l'objet social engage la responsabilité de la société et non celle du dirigeant.

⁹⁶⁵ V. *supra* n° 218 s.

⁹⁶⁶ Y. CHAPUT, *De l'objet social des sociétés commerciales, op. cit.*, n° 139.

⁹⁶⁷ M. A. MOUTHIEU, *L'intérêt social en droit des sociétés, op. cit.*, n° 516, p. 309.

⁹⁶⁸ M. COZIAN, A. VIANDIER et FI. DEBOISSY, *Droit des sociétés, op. cit.*, n° 428.

⁹⁶⁹ En faveur de la nullité, R. NJEUFACK TEMGWA, *L'Acte social irrégulier en droit des sociétés commerciales OHADA, Recueil d'études sur l'OHADA et l'UEMOA, Vol. I*, PUAM, 2010, p. 188, n° 18 ; R. MICHAAT-GOUDET, *Objet social. Influence sur les pouvoirs des dirigeants, J.-Cl. sociétés, Traité, Fasc. 9-10*, n° 41 et s. p. 11 ; Ch.-H. CHENUT, *Les garanties ascendantes dans les groupes de sociétés, où les sûretés consenties par les sociétés-filles à leurs sociétés-mères*, *Rev. sociétés* 2003, p. 71, n° 16, spéc. note de bas de page n° 99.

⁹⁷⁰ V. J. MESTRE, *La société est bien encore un contrat...*, *Mélanges Christian MOULY*, Litec, 1998, p. 131 ; Ph. DIDIER, *La théorie contractualiste de la société*, *Rev. sociétés* 2000, p. 95 ; Th. FAVARIO, *Regards civilistes sur le contrat de société*, *Rev. sociétés* 2008, p. 53 ; J.-P. BERTREL, *Liberté contractuelle et sociétés, Essai d'une théorie du « juste milieu » en droit des sociétés*, *RTD com.* 1996, p. 595 ; Cl. DUCOULOUX-FAVARD, *Notes de leçons sur le contrat social*, *D.* 1997, chron. 319.

⁹⁷¹ V. *supra* n° 50 s.

fortuit⁹⁷², ou encore par le fait d'un tiers ou du créancier⁹⁷³, il a fait ce qui lui était interdit. En l'absence d'un cas d'exonération, le dirigeant sera contraint à réparer le préjudice subi par les tiers.

372. De même, la responsabilité des dirigeants, indistinctement des formes sociales, serait engagée à l'égard des tiers, lorsqu'ils cautionnent un engagement de la société qu'ils n'ont pu honorer au moment convenu en cas de défaillance de la société. Dans ce contexte, il ne s'agit pas d'un cautionnement donné par les dirigeants au nom de la société⁹⁷⁴, mais à titre personnel en engageant leur patrimoine personnel⁹⁷⁵. En d'autres termes, le dirigeant qui cautionne personnellement et solidairement la société qu'il gère n'accomplit pas un acte de gestion mais un acte personnel qui l'engage individuellement⁹⁷⁶. Les dirigeants sont parfois obligés de donner cette garantie pour favoriser l'octroi des crédits bancaires au bénéfice de la société dont la consistance du patrimoine n'est pas toujours rassurant pour la banque⁹⁷⁷. Cet acte rend la situation du dirigeant caution très proche de celle rencontrée dans la promesse de porte fort par laquelle le représentant de la société se porte garant de l'exécution d'une obligation par celle-ci vis-à-vis des tiers⁹⁷⁸. Dans l'arrêt *Grands Moulins de Paris*, la Cour de cassation a approuvé une cour d'appel qui a pu condamner le dirigeant à réparer le préjudice découlant des cessions consenties à ceux pour lesquels il s'est porté fort⁹⁷⁹. Aussi, un dirigeant avait-il promis la conclusion d'un marché dont la réalisation dépend de l'accord d'un autre organe social. Par suite du refus de l'organe en question, l'inexécution de la promesse a pu favoriser la responsabilité personnelle du dirigeant tenu d'indemniser le bénéficiaire de la promesse⁹⁸⁰.

373. La Cour de cassation française se montre généralement sévère à l'égard des dirigeants cautions des comptes bancaires de la société qu'ils représentent en raison de leur statut de caution avertie qu'elle a longtemps admise⁹⁸¹ tout en se ravisant dans certaines décisions⁹⁸². Mais elle se montre quelques fois tendre à leur égard⁹⁸³

⁹⁷² Cf. sur le sujet not., L. JOSSERAND, *Force majeure et cas fortuit*, DH 1934, chron. 25 ; A. TUNC, *Force majeure et absence de faute en matière contractuelle*, RTD civ. 1935, p. 19 ; P. H. *Contribution à l'étude de la force majeure*, thèse Montpellier, 1992 ; J. RADOUANT, *Du cas fortuit et de la force majeure*, thèse Paris, 1919.

⁹⁷³ Cf. C. LAPOYADE-DESCHAMPS, *La responsabilité de la victime*, thèse Bordeaux, 1977.

⁹⁷⁴ Cf. D. GIBIRILA, *La société caution*, Rev. sociétés 2011, p. 663 ; P. BOUTEILLER, *La cautionnement donné par une société*, JCP éd. E, n° 51, 2000, p. 2043 ; H. HOVASSE, *Les cautionnements donnés par les sociétés et l'objet social*, Dr. et Patr. 2001, p. 92.

⁹⁷⁵ V. ROBLLOT, *Le cautionnement des dettes d'une société commerciale par ses dirigeants*, Mélanges DERRUPPÉ, Litec, 1991, p. 347 ; D. DANET, *Le dirigeant et l'omnibus*, RTD com. 1994, p. 173 ; D. LEGEAIS, *La caution dirigeante*, Mélanges B. BOULOC, *Les droits et le Droit*, Dalloz, 2007, p. 599.

⁹⁷⁶ TPI Bouala-Bonanjo, Ordonnance n° 251 du 29 juin 2006, *Affaire Omais Kassim c/ La société S.D.V. Cameroun SA*, note J. GATSI et W. J. NGOUE, Ohada J-07-81 ; *Répertoire quinquennal OHADA 2006-2010*, t. II, pp. 755-756.

⁹⁷⁷ B. BOULOC, *Le cautionnement donné par le dirigeant d'une société*, Rev. sociétés 1992, p. 1.

⁹⁷⁸ V. aussi, G. TILLEMENT, *Promesse de porte fort et droit des sociétés*, Rev. sociétés 1993, p. 51.

⁹⁷⁹ Cass. com., 27 févr. 1996, JCP 1996, II, 22665, note J. GHESTIN ; D. 1996, p. 518, note Ph. MALAURIE ; D. 1996, somm. 342, obs. J.-Cl. HALLOUIN ; Bull. Joly Sociétés 1996, p. 485, note A. COURET ; JCP éd. E, 1996, II, 838, note D. SCHMIDT et N. DION ; RTD civ. 1997, p. 114, obs. J. MESTRE.

⁹⁸⁰ Cass. com., 4 oct. 1988, Bull. Joly Sociétés 1988, p. 863, note P. LE CANNU ; Cass. com., 2 juin 1992, Bull. Joly 1992, p. 1078 ;

⁹⁸¹ V. Com., 13 mars 2012, n° 10-30.923, *Leg c/ Caisse de crédit mutuel de Yutz*, Rev. sociétés 2012 p. 487, note I. RIASSETTO. La Cour de cassation approuve la Cour d'appel au motif que "les cautions, par leurs fonctions respectives dans d'autres sociétés que la société cautionnée, sont rompues au domaine des affaires, en mesure d'appréhender la situation de la société dirigée par leur fils et d'apprécier les risques pris par eux au cas d'une éventuelle défaillance du débiteur, l'une étant président du conseil d'administration et l'autre associée d'une société tierce, de sorte qu'elles ne sont pas profanes dans

en considération du principe de proportionnalité⁹⁸⁴ pour éviter que leur situation ne soit pas abusivement exploitée par les banquiers et pour ne pas les décourager de recourir à la technique du cautionnement. Le non-respect de l'engagement pris par le dirigeant engage sa responsabilité contractuelle. La caution dirigeante sera contrainte à réparer sur son patrimoine personnel le préjudice des tiers résultant de la défaillance de la société. Même la cessation de la fonction ne met pas fin aux obligations issues du cautionnement⁹⁸⁵, sauf si cette éventualité est prévue dans le contrat ou si le bénéficiaire de la garantie renonce à son droit. Le créancier bénéficiaire du cautionnement peut agir indifféremment contre la société ou la caution solidaire sans que celui-ci puisse lui opposer le bénéfice de division ou de discussion⁹⁸⁶.

La responsabilité du dirigeant serait davantage aggravée lorsque le cautionnement est donné pour des dettes indéterminées. Ce mécanisme réduit à néant la prétendue limitation de responsabilité du dirigeant, par la confusion de son patrimoine personnel avec le patrimoine social et tend à l'assimiler à un commerçant personne physique ou au gérant associé d'une société en collectif⁹⁸⁷. Il n'est pas exclu que les créanciers usent de l'action paulienne contre la fraude anticipée à leurs droits par la caution dirigeante⁹⁸⁸. En dehors de cette source de responsabilité, le dirigeant peut être poursuivi sur le terrain extracontractuel.

ii. L'exception de la responsabilité extracontractuelle du dirigeant

374. Les tiers peuvent poursuivre les dirigeants sur leur patrimoine personnel pour la réparation des préjudices issus de leurs fautes. Ce dispositif est prévu par l'article 161 de l'AUSCGIE⁹⁸⁹ mais ses contours demeurent flous,

le domaine des affaires mais sont à même par leurs compétences propres d'apprécier la situation de la société dirigée par leur fils et la portée de leur engagement pris envers la caisse au cas de défaillance de la société, ainsi que les risques pris par eux au titre de la garantie ; qu'ayant ainsi fait ressortir que la caisse n'était débitrice à leur égard ni d'une obligation d'information, de sorte que la critique de la cinquième branche est inopérante, ni d'un devoir de mise en garde". V. aussi, Com., 6 juillet 1993, *M^{me} Di Rosa c/ Banque populaire de la Côte d'Azur*, *Rev. sociétés* 1994 p. 52, note Ph. DELEBECQUE. – Arrêt *Nahum*, Cass. com., 8 oct. 2002, *Petites affiches*, 18 juill. 2003 n° 143, p. 12, note Cl. BRENNER. Dans cet arrêt, la Cour de cassation a refusé d'admettre la responsabilité de la banque puisque les dirigeants cautions n'ont jamais prétendu ni démontré que la banque aurait eu sur leurs revenus, leurs patrimoines et leurs facultés de remboursement raisonnablement prévisibles en l'état du succès escompté de l'opération immobilière entreprise par la société, des informations qu'eux-mêmes auraient ignorées, ne sont pas fondés à rechercher la responsabilité de cette banque.

⁹⁸² Dans un arrêt antérieur, plus précisément l'arrêt *Macron*, la Cour de cassation avait retenu la responsabilité d'une banque en estimant qu'elle avait manqué de bonne foi et commis une faute en demandant ainsi une garantie sans aucun rapport avec les facultés contributives du garant : Cass. com., 17 juin 1997, *Bull. civ.* I, n° 188, J.C.P. éd. E. 1997. II. 1007, p. 235, note D. LEGEAIS, *Defrénois* 1997, article 36703, n° 158, p. 1424, note L. AYNES, *RTD com.* 1997. 662, obs. M. CABRILLAC, *JCP* 1998. I. 103, obs. Ph. SIMLER ; *D.* 1998, p. 208, note J. CASEY, *RTD civ.* 1998. 157, obs. P. CROCQ. V. aussi, S. PIEDELIEVRE, *Le cautionnement excessif*, *Defrénois* 1998, article 36836, p. 849. Récemment, dans un arrêt du 27 nov. 2012, la Cour de cassation précise que « ...la qualité de caution avertie ne saurait résulter du seul statut allégué par la banque de dirigeants de la société... » : Com. 27 nov. 2012, F-D, n° 11-25.967, *Caisse d'épargne et de prévoyance Bretagne - Pays de Loire c/ Gastineau*, *Rev. sociétés* 2013, p. 423, note I. RIASSETTO.

⁹⁸³ V. B. LEGROS, *La protection jurisprudentielle du dirigeant social caution*, *Rev. sociétés* 1998, p. 281.

⁹⁸⁴ V. Ph. SIMLER et Ph. DELEBECQUE, *Survie du principe de proportionnalité après l'arrêt Nahoum*, *JCP éd. E* 2004, n° 3, 76.

⁹⁸⁵ Cass. com., 3 nov. 1988 et 6 déc. 1988, *D.* 1989, p. 185, note L. AYNÈS.

⁹⁸⁶ TPI Bouala-Bonanjo, Ordonnance n° 251 du 29 juin 2006, préc.

⁹⁸⁷ D. GIBIRILLA, *Le dirigeant de société, statut juridique, social et fiscal*, *op. cit.*, p. 445, n° 541 ; B. BOULOC, *Le cautionnement donné par le dirigeant d'une société*, *Rev. sociétés* 1992, préc. p. 1.

⁹⁸⁸ B. LECOURT, *De l'utilité de l'action paulienne en droit des sociétés*, préc., n° 12.

⁹⁸⁹ Selon l'art. 161 al. 1^{er} de l'AUSCGIE, « ...chaque dirigeant social est responsable individuellement envers les tiers des fautes qu'il commet dans l'exercice de ses fonctions ».

car il manque des précisions sur la possibilité de dissocier nettement la responsabilité personnelle du dirigeant de celle de la société. Par contre, en droit français, la responsabilité extracontractuelle des dirigeants a été progressivement cernée autour de la notion de faute détachable.

Consacré par le droit administratif grâce à l'arrêt *Pelletier* du Tribunal des conflits rendu en 1873⁹⁹⁰, le principe de la faute séparable a gagné le droit le social⁹⁹¹ puis pénétra, par la suite, le droit des sociétés. Cette pénétration fut chancelante⁹⁹². Le flou entourant la notion fut définitivement dissipé grâce à un arrêt de la Cour de cassation du 20 mai 2003⁹⁹³ qui procura une définition claire de la faute séparable. Selon cet arrêt, « ... la responsabilité personnelle d'un dirigeant à l'égard des tiers ne peut être retenue que s'il a commis une faute séparable de ses fonctions ; qu'il en est ainsi lorsque le dirigeant commet intentionnellement une faute d'une particulière gravité incompatible avec l'exercice normal des fonctions sociales... ». Avant de poursuivre les dirigeants sur leur patrimoine personnel, les tiers devront alors prouver qu'ils ont subi un préjudice résultant d'une faute intentionnelle du dirigeant d'une particulière gravité et incompatible avec l'exercice normal de leurs fonctions. Dans l'application de ce principe, certains arrêts ont pu retenir la faute séparable contre certains dirigeants⁹⁹⁴ alors que d'autres ont refusé de la retenir pour absence des éléments qui la caractérisent⁹⁹⁵. Eu

⁹⁹⁰ T. confl., 30 juill. 1873, *GAJA* 2007, p. 5, n° 2.

⁹⁹¹ Cass. soc., 9 avr. 1975, *Bull. civ.* 1975, V, n° 174 ; *RTD civ.* 1976, p. 137, obs. G. DURRY ; Cass. soc., 10 mai 1973, *Bull. civ.* V, n° 299. La chambre sociale estimait justifiée par la commission d'une faute personnelle et détachable de ses fonctions la condamnation à réparation du président d'un syndicat qui avait procédé, au titre de ses attributions mais en raison d'un différend personnel l'opposant au secrétaire général, au licenciement de celui-ci.

⁹⁹² V. Cass. 1^{re} civ., 31 mai 1978, *Bull. civ.* 1978, I, n° 213 ; Cass. com., 8 mars 1982, *Rev. Sociétés* 1983, p. 573. V. aussi G. AUZERO, *L'application de la faute personnelle détachable des fonctions en droit privé*, *D. affaires* 1998, 502 ; V. WESTER-OUISSE, *Critique d'une notion imprécise, la faute du dirigeant séparable de ses fonctions*, *D. affaires* 1999, 782 ; R. BESNARD-GOUDET, *La faute détachable commise par un dirigeant social engage sa responsabilité à l'égard des tiers*, *D.* 2002. Chron. 1821 ; D. GIBIRILA, *La faute personnelle détachable des fonctions de gérant*, *D.* 1998, p. 605 ; D. VIDAL, *La responsabilité civile des dirigeants sociaux*, *Cah. dr. entr.* 2001, n° 3, p. 16.

⁹⁹³ Cass. com., 20 mai 2003, n° 99-17.092, *Bull. civ. IV*, n° 84 ; *Rev. sociétés* 2003, p. 479, note J.-F. BARBIERI ; *JCP G* 2003, II, 10178, note S. REIFEGERSTE ; *D.* 2003, AJ p. 1502, obs. A. LIENHARD ; *D. affaires* 2003, 1502, note A. LIENHARD ; *Bull. Joly* 2003, p. 786, note H. LE NABASQUE ; *RJDA* 2003, n° 842, p. 717, avis R. VIRICELLE ; *JCP éd. E* 2003, p. 1203, n° 2, obs. J.-J. CAUSSAIN, F. DEBOISSY et G. WICKER ; *Ibid.*, 1398, note S. HADJI-ARTINIAN ; *Dr. sociétés* 2003, Comm. n° 148, note J. MONNET ; M.-H. MALEVILLE-COSTEDOAT, *Rép. Defrénois* 2003, p. 1067 ; *Banque et droit* sept-oct. 2003, p. 64, obs. M. STORCK ; *Bull. Lamy Sociétés commerciales*, sept. 2003, p. 1, note I. Grossi ; *RTD com.* 2003 p. 523, note J.-P. CHAZAL et Yves REINHARD. V. F. DESCORPS DECLERE, *Pour une réhabilitation de la responsabilité civile des dirigeants sociaux*, *RTD com.* 2003, p. 25 ; J.-F. BARBIERI, *Responsabilité de la personne morale ou responsabilité de ses dirigeants ? La responsabilité personnelle à la dérive*, *Mélanges Yves GUYON*, Dalloz, 2003, p. 41 ; I. GROSSI, *La responsabilité des dirigeants*, *Dr. et patr.*, sept. 2003, p. 50.

⁹⁹⁴ Cass. com., 10 févr. 2009, n° 07-20.445, F P+B, *SARL Sté de gestion Pierre Cardin c/ L.*, *JCP éd. E* 2009, 1602, Comm. B. DONDERO ; Cass. com., 28 sept. 2010, *Rev. sociétés* 2011 p. 97, B. DONDERO ; *D.* 2010, Somm. p. 2290 ; – La chambre civile a rallié la chambre commerciale dans sa définition de la faute séparable : Cass. civ. 3^e, 4 janv. 2006, *Rev. sociétés* 2006, p. 548, D. PORACCHIA. Cf. aussi, J. ABRAS, *Responsabilité extra-contractuelle des dirigeants sociaux . - L'exigence d'une faute séparable des fonctions entendue restrictivement : présent offert aux dirigeants ou nécessité ?*, *JCP éd. E*, 2008, 1912 ; D. CARAMALLI, *Le dernier épisode du feuilleton jurisprudentiel de la faute séparable*, *D.* 2004, p. 1961 ; A. LIENHARD, *Responsabilité personnelle du dirigeant à l'égard d'un créancier*, *D.* 2006, p. 857.

⁹⁹⁵ Cass. com., 29 mars 2011, F-D, n° 10-11.027, *S^{te} Urbania Cannes Viant c/ S^{te} Banque monétaire et financière*, *Rev. sociétés* 2011 p. 416, note I. RIASSETTO. En l'espèce, la Cour de cassation a cassé pour défaut de base légale pour n'avoir pas établi que le gérant avait commis une faute intentionnelle d'une particulière gravité, incompatible avec l'exercice normal de ses fonctions sociales, l'arrêt qui retient, pour condamner le gérant à supporter le préjudice subi par des cessionnaires de parts sociales à la suite de l'exécution de nantissements dont une banque bénéficiait, qu'il ne pouvait ignorer l'existence de ces nantissements. En l'espèce, le gérant avait en cette qualité délivré aux futurs acquéreurs une

égard à cette instabilité jurisprudentielle sur la définition de la faute détachable, il apparaît que des incertitudes continuent de planer sur la pertinence des éléments qui la composent tels que la faute intentionnelle, la gravité de la faute ou encore l'incompatibilité de la faute avec la fonction⁹⁹⁶. En dépit de l'attente d'une convergence jurisprudentielle sur une définition définitive de la faute détachable, les composantes actuelles de cette faute continuent de servir de repère pour éviter l'impunité des dirigeants à l'égard des tiers victimes de leurs actions.

375. En définitive, la mise en cause de la responsabilité du dirigeant par un tiers ou un associé est difficile mais elle n'est pas impossible. Indépendamment de la qualité de leur interlocuteur, les dirigeants doivent agir conformément à la morale au risque de s'exposer à des sanctions civiles. Leur responsabilité civile n'exclut pas leur poursuite au plan pénal lorsqu'ils commettent des infractions pénales.

SECTION II. LES RÉSULTATS MITIGÉS DE LA FONCTION MORALISATRICE DES SANCTIONS PÉNALES

376. Les sanctions pénales apparaissent comme un dispositif d'une particulière gravité pour les dirigeants eu égard aux répressions qui peuvent même aller jusqu'à l'emprisonnement. Mais les résultats de cette fonction sont mitigés dans la moralisation de la direction. Un tel résultat provient de l'efficacité théorique des sanctions dans la moralisation (§ 1) et de son inefficacité pratique en raison du défaut de transposition systématique des sanctions uniformisées à l'arsenal répressif local et de l'apparition des paradix pénaux (§ 2).

§ 1. L'efficacité théorique de la moralisation des sanctions pénales

377. Théoriquement, le comportement des dirigeants est cadré par un dispositif impressionnant d'incriminations. Les incriminations couvrent toutes les variétés d'atteintes que les dirigeants peuvent être amenés à commettre intentionnellement et de mauvaise foi. Elles ont pour objectif de prohiber les actes malhonnêtes et d'incliner la conscience des dirigeants vers l'adoption de comportements éthiques. Elles tirent leur efficacité dans la crainte qu'elles inspirent pour dissuader les dirigeants de commettre les actes socialement non recommandables. La sanction pénale prohibe les atteintes intentionnelles prévues non seulement contre l'intérêt social (A) mais aussi contre des intérêts catégoriels (B).

A. La prohibition des atteintes intentionnelles à l'intérêt social

378. Le dirigeant social a en main la destinée d'une société qui se situe au cœur d'une multitude d'intérêts notamment les intérêts de l'entreprise, les intérêts des associés et ceux de la société. Tous ces intérêts forment l'intérêt

attestation relative aux parts sociales destinées à être vendues ne mentionnant aucun des nantissements et adressé au notaire chargé de rédiger l'acte de vente un formulaire confirmant l'absence de nantissement.

⁹⁹⁶ C. BENOÎT-RENAUDIN, *La responsabilité du préposé*, th. Paris II, préf. Ph. DELEBECQUE, Bibl. dr. pr., t. 520, L.G.D.J., 2010, n° 524, p. 410. Pour cet auteur, « les arrêts rendus de puis celui de la chambre commerciale du 20 mai 2003 ne permettent pas de donner une définition précise de la faute séparable des fonctions (...). Les arrêts laissent en effet planer des incertitudes sur plusieurs points. D'abord, une faute intentionnelle doit-elle avoir été commise ou suffit-il d'une faute commise volontairement ? Ensuite, la gravité de la faute constitue-t-elle un élément à prouver en plus du caractère intentionnel de la faute ? Cette incompatibilité ne s'évince-t-elle pas du caractère intentionnel de la faute ou de sa particulière gravité ? ».

social dont la définition demeure toujours floue⁹⁹⁷. La prévision d'un dispositif de répression sévère contre le dirigeant pour toute atteinte intentionnelle à l'intérêt social contribuerait à lui assurer une protection⁹⁹⁸. Le dirigeant s'expose à des sanctions pénales lorsqu'il abuse de sa position (1) ou publie de faux états financiers de synthèse (2).

1. L'incrimination des abus de position

379. En principe la position liée au statut de dirigeant dans la société doit être mise au service de l'intérêt social. Pour que ce but soit atteint, des sanctions pénales sont édifiées pour contrer les actes qui ne s'y inscriraient. L'abus de position est donc sanctionné sur quatre points : le délit d'abus de biens sociaux, le délit d'abus de confiance, le délit d'abus de voix et le délit d'abus de pouvoirs. Certains auteurs fondent tous ces abus dans l'abus de biens sociaux⁹⁹⁹. Pour sa part, le législateur a limité l'incrimination de l'abus de position à l'abus de biens sociaux (a). Le soin est laissé aux législateurs locaux d'incriminer les autres abus (b).

a. Une incrimination limitée à l'abus de biens sociaux par le droit uniforme

380. « *L'abus de biens sociaux occupe une place toute particulière au sein de la délinquance en col blanc* »¹⁰⁰⁰. Aux termes de l'article 891 de l'AUSCGIE, « *encourent une sanction pénale le gérant de la société à responsabilité limitée, les administrateurs, le président directeur général, le directeur général, l'administrateur général ou l'administrateur général adjoint, le président de la société par actions simplifiée, de mauvaise foi, qui font des biens ou du crédit de la société, un usage qu'ils savaient contraire à l'intérêt de celle-ci, à des fins personnelles, matérielles ou morales, ou pour favoriser une autre personne morale dans laquelle ils étaient intéressés, directement ou indirectement* ». Cette disposition a fait abstraction des gérants de la SNC. Les lois pénales étant d'interprétation stricte, les dirigeants de la société en nom collectif ne peuvent être poursuivis pour abus de crédit ou de biens sociaux. Cette situation ne peut constituer une excuse pour ces dirigeants lorsqu'ils se rendraient coupables d'actes portant atteinte à l'intégrité du patrimoine de la société. La commission de ces abus par ces dirigeants sera punie sur le terrain de l'abus de confiance qui a une vocation beaucoup plus générale en recourant au droit commun¹⁰⁰¹.

381. Au regard des éléments matériel et moral de l'abus de biens ou du crédit de la société, il est défendu au dirigeant d'adopter certains comportements. S'agissant de l'élément matériel, le dirigeant est invité à faire un usage

⁹⁹⁷ Cf. not., B. Y. MEUKE, *De l'intérêt social dans l'AUSC de l'OHADA*, *Penant* n° 860, 2007, p. 338 ; G. GOFFAUX-CALLEBAUT, *La définition de l'intérêt social. Retour sur la notion après les évolutions législatives récentes*, *RTD com.* 2004, p. 36 ; S. Rousseau et I. TCHOTOURIAN, *L'intérêt social en droit des sociétés*, *Rev. sociétés* 2010, p. 735 ; D. SCHMIDT, *De l'intérêt social*, *JCP* éd. E 1995, I, n° 488 ; *De l'intérêt commun des associés*, *JCP* éd. E 1994, I, n° 44 ; J. SCHAPIRA, *L'intérêt social et le fonctionnement des sociétés anonymes*, *RTD com.* 1971, 957 ; J. PAILLUSSEAU, *Entreprise, société, actionnaires, salariés, quels rapports ?*, *D.* 1999, *Chron.* p. 157 ; A. COURET, *L'intérêt social*, *Cah. Dr. Entr.* 1996-4, p. 1 ; A. PIROVANO, *La « boussole » de la société. Intérêt commun, intérêt social, intérêt de l'entreprise ?*, *D.* 1997, *Chron.* p. 189 ; *Le rôle de l'intérêt social dans la société par actions simplifiée*, *Rev. sociétés* 2000, p. 223.

⁹⁹⁸ E. DREYER, *La sécurité juridique et le droit pénal économique*, *Dr. pén.* n° 12, 2006, étude 20 ; J. LARGUIER et Ph. CONTE, *Droit pénal des affaires*, 9^e éd., Paris 1998, p. 2.

⁹⁹⁹ A. LEPAGE, P. M. du CHAMBON, R. SALOMON, *Droit pénal des affaires*, Litec, 2008, p. 281, n° 759 et s.

¹⁰⁰⁰ F. STASIAK, *L'abus de biens sociaux*, *Dr. et Patr.* 2006, 149.

¹⁰⁰¹ V. *infra* n° 390-391.

du crédit ou des biens de la société conformément à l'intérêt social¹⁰⁰². Ces biens sociaux représentent toutes les valeurs, quelle que soit leur nature, qui forme l'actif de la société, c'est-à-dire l'ensemble des biens mobiliers constatés ou non par les documents comptables¹⁰⁰³. Aussi, le dirigeant ne saurait-il user du crédit de la société contre ses intérêts. Il ne saurait exposer la personne morale à des paiements ou des décaissements éventuels, à lui faire courir des risques qui, en principe, ne lui incombent pas¹⁰⁰⁴ et qui pourraient porter atteinte à son crédit et à sa réputation¹⁰⁰⁵. Les dirigeants sont punissables s'ils rendent le compte courant d'associé débiteur¹⁰⁰⁶ ou s'attribuent des rémunérations excessives¹⁰⁰⁷ ou occultes¹⁰⁰⁸. En considération de l'élément moral qui se décline en un dol général¹⁰⁰⁹ et en un dol spécial qui vise la mauvaise foi des dirigeants, ceux-ci sont tenus d'écarter toute intension coupable contre les intérêts de la société. Par conséquent, l'incrimination de l'abus de biens sociaux protège indirectement les intérêts des minoritaires et ceux des créanciers¹⁰¹⁰ ; elle vise directement à sauvegarder l'intérêt social¹⁰¹¹, lequel intérêt ne repose pas uniquement sur celui des associés en tenant compte d'une conception large de l'intérêt social¹⁰¹² mais sur l'entité autonome et indépendante que constitue l'entreprise personnifiée¹⁰¹³.

382. Il n'en demeure pas moins que l'existence d'un groupe de sociétés peut constituer exceptionnellement un fait justificatif d'abus de biens sociaux¹⁰¹⁴ dans la mesure où le concours financier apporté par les dirigeants d'une société à une autre entreprise d'un même groupe n'est ni démunie de contrepartie ni destiné à rompre l'équilibre

¹⁰⁰² Cf. G. MATHIEU, *L'acte contraire à l'intérêt social en matière d'abus de biens sociaux*, *Gaz. Pal.* 2002, doct. 2002, p. 1045 ; Cl. DUCOULOUX-FAVARD, *Les déviances de la gestion dans nos grandes entreprises*, *D* 1996, p. 191.

¹⁰⁰³ D. GIBIRILA, *Le dirigeant de société, le statut juridique, social et fiscal*, *op. cit.*, n° 689.

¹⁰⁰⁴ *Ibid.*

¹⁰⁰⁵ Cass. crim., 27 oct. 1997, *Carignon*, *JCP éd. E*, 1998, n° 6, II, 10017, note PRALUS, *Bull. Joly Soc.*, 1998, § 2, p. 11. V. aussi, A. DEKEUWER, *Défense et illustration de l'incrimination d'abus de biens sociaux dans un système de corruption*, n° 9, 1998, p. 310.

¹⁰⁰⁶ Cass. crim., 8 sept. 2010, n° 09-87.762, F-D, *JurisData* n° 2010-021569, *Droit des sociétés* n° 1, 2011, comm. 18, note R. SALOMON. – Cass. crim., 19 oct. 1978 n° 77-92.742, P+B, *JurisData* n° 1978-799282 ; *Bull. crim.* II, 1978, n° 282 ; *Rev. sociétés* 1979, p. 872, note B. BOULOC. – Cass. crim., 8 juin 1995, n° 94-83.486, F-D, *JurisData* n° 1995-002316 ; *Dr. pén.* 1995, comm. 235, note J.-H. ROBERT. – Cass. crim., 31 mai 2006, n° 05-82.596, F-D, *Rev. sociétés* 2007, p. 121, note B. BOULOC ; *Rev. sc. crim.* 2006, p. 844, note D. REBUT. – Cass. crim., 27 janv. 1992, n° 91-81.265, *Bull. Joly Sociétés* 1992, p. 745. Cf. aussi, J. LASSERRE CAPDEVILLE, *Le risque pénal du compte courant d'associé*, *Bull. Joly Sociétés* 2010, p. 610 ; *Un an de droit pénal des affaires (décembre 2009-décembre 2010)*, *Revue Lamy dr. aff.* 2011, 59.

¹⁰⁰⁷ Cass. crim., 22 sept. 2004, *Rev. soc.* 2005, p. 200. – Cf. aussi, Y. MULLER-LAGARDE, *Les sanctions pénales de la rémunération excessive du dirigeant social*, *Rev. Lamy dr. aff.* 2009, 34 ; F. GARRON, *La rémunération excessive des dirigeants de sociétés commerciales*, *Rev. sociétés* 2005, p. 795 ; C. DUCOULOUX-FAVARD, *Quand y a-t-il rémunération excessive des dirigeants de sociétés ?*, *Gaz. Pal.* 2010, p. 11.

¹⁰⁰⁸ Cass. crim., 22 oct. 2008, *Rev. sociétés* 2009, p. 405, note B. BOULOC ; – Cass. crim., 14 juin 1993, *Bull. Joly Sociétés* 1993, n° 11, p. 1139, note B. SAINTOURENS.

¹⁰⁰⁹ Le dol général recouvre essentiellement la faute intentionnelle, la conscience par le dirigeant du caractère contraire à l'intérêt de la société de ses agissements et la volonté d'enfreindre la loi. Il peut recouvrir aussi la négligence, le défaut de surveillance lorsque le dirigeant a connaissance des agissements délictueux d'un de ses collègues et aurait pu les empêcher.

¹⁰¹⁰ Th. GAUTHIER, *Les dirigeants et les groupes de sociétés*, *op. cit.*, n° 610.

¹⁰¹¹ G. SOUSI, *Un délit inadapté : l'abus de biens sociaux et du crédit de la société*, *RTD com.* 1972, p. 313 ; M. B. KAMENA, *La situation de l'associé minoritaire en France et dans l'espace OHADA*, *op. cit.*, n° 102, p. 178 ; Th. GAUTHIER, *Les dirigeants et les groupes de sociétés*, *op. cit.*, n° 610. Dans le même sens, B. Y. MEUKE, *De l'intérêt social dans l'AUSC de l'OHADA*, *préc.*, pp. 348-349.

¹⁰¹² A. DEKEUWER, *Les intérêts protégés en cas d'abus de biens sociaux*, *JCP éd. E*, n° 43, 1995, 500.

¹⁰¹³ En ce sens, B. BRIGNON, *L'actif social, Plaidoyer pour la reconnaissance de la notion*, *op. cit.*, n° 595.

¹⁰¹⁴ M.-E. BOURSIER, *Le fait justificatif de groupe de sociétés dans l'abus de biens sociaux : entre efficacité et clandestinité. Analyse de vingt ans de jurisprudence criminelle*, *Rev. sociétés* 2005, p. 273 ; R. SALOMON, *L'intérêt de groupe, fait justificatif de l'abus de biens sociaux*, note sous Cass. crim., 10 févr. 2010, n° 09-83.691, F-D, *JurisData* n° 2010-001541, *JCP éd. E*, n° 16, 2010, 1392.

entre les engagements respectifs des diverses sociétés concernées et n'excède les possibilités financières de celle qui en supporte la charge¹⁰¹⁵. En l'absence de ces conditions, l'abus de biens sociaux au sein d'un groupe de société est punissable.

Théoriquement, l'incrimination de l'abus de biens sociaux constitue un dispositif efficace pour prévenir les atteintes au patrimoine de la société. Même si elle ne vise que certains dirigeants, elle peut significativement contribuer à la discipline dans la gestion des biens sociaux en proscrivant toute confusion du patrimoine social par le dirigeant avec son patrimoine personnel. Ce rôle joué par le délit d'abus de biens sociaux est partagé par les autres délits consistant en un abus de position et qui sont incriminés par les droits pénaux locaux.

b. Une incrimination renforcée par les droits pénaux locaux

383. Le législateur de l'OHADA a négligé l'incrimination des abus de pouvoirs, de voix et de confiance. Certes la négligence observée à l'égard de l'abus de confiance s'explique par sa vocation générale qui empêche sa limitation au droit des affaires. S'agissant de l'incrimination des autres délits, leur négligence est surprenante étant donné qu'ils sont des délits d'affaires par nature. Ces délits négligés peuvent toujours être prévus par les législateurs pénaux locaux. Ainsi, les droits pénaux locaux peuvent-ils servir à renforcer l'incrimination des abus de position en sanctionnant l'abus de pouvoirs (i), l'abus de voix (ii) et l'abus de confiance (iii).

i. La sanction du délit d'abus de pouvoirs

384. En application de l'article 425-5° du Code commerce malien, « *les gérants qui, de mauvaise foi, auront fait des pouvoirs qu'ils possédaient (...), en cette qualité, un usage qu'ils savaient contraire aux intérêts de la société, à des fins personnelles ou pour favoriser une autre société ou entreprise dans laquelle ils étaient intéressés directement ou indirectement* ». De même l'article 437-4° prescrit que « *les présidents (...), directeurs généraux d'une Société anonyme, qui, de mauvaise foi, auront fait des pouvoirs qu'ils possédaient (...), en cette qualité, un usage qu'ils savaient contraire aux intérêts de la société, à des fins personnelles ou pour favoriser une autre société ou entreprise dans laquelle ils étaient intéressés directement ou indirectement* » encourent une sanction pénale. La même sanction est prévue par l'article 480 nouveau du Code de commerce nigérien et certainement dans le droit pénal de la plupart des Etat parties. Le délit d'abus de pouvoirs renferme un élément matériel et un élément moral. L'élément matériel consiste, d'abord, en un usage des pouvoirs. Le terme « *pouvoirs* » suppose l'accomplissement des actes émanant de la société, c'est-à-dire des actes commis en vertu des pouvoirs indépendamment de leur source. Cette nécessité de disposer des pouvoirs vient exclure de la commission de ce délit les administrateurs, puisqu'ils ne disposent individuellement d'aucun pouvoir. Ensuite, l'usage des pouvoirs doit nécessairement être

¹⁰¹⁵ Cass. crim., 4 févr. 1985, *JCP G* 1986, II, 20585, note W. JEANDIDIER ; *D.* 1985, p. 478, note D. OHL.

contraire à l'intérêt social¹⁰¹⁶. Quant à l'élément moral, il consiste en un usage de mauvaise foi dans l'intérêt personnel du dirigeant sans lequel l'infraction ne saurait être constituée¹⁰¹⁷.

385. Cette incrimination de l'abus de pouvoirs est un dispositif pour un usage raisonné des pouvoirs dont disposent les dirigeants. Elle défend au dirigeant de faire courir sciemment, comme en cas d'abus de biens sociaux, un risque anormal à la société en usant abusivement de ses pouvoirs¹⁰¹⁸. Le risque peut être couru dans plusieurs occasions notamment dans le cadre de la rémunération des dirigeants, au cours des fusions ou à travers l'attribution d'un prêt au dirigeant par la société.

En effet, s'agissant de l'abus de pouvoirs commis dans le cadre de la rémunération des dirigeants, l'affaire *Vinci* en est une illustration. La Cour de cassation française avait approuvé la décision d'une cour d'appel en ces termes : « *Attendu que, pour opérer cette requalification, les juges énoncent que cette dernière infraction procède du même usage abusif du statut de dirigeant d'une société anonyme, à des fins personnelles et contraires à l'intérêt social, est réprimée par les mêmes peines et qu'il leur appartient d'analyser les faits au regard de cette nouvelle qualification sollicitée par le ministère public et ayant fait l'objet d'un débat contradictoire...* »¹⁰¹⁹. Cet arrêt s'inscrit dans le droit fil d'un arrêt de la Cour d'appel de Versailles¹⁰²⁰ qui avait requalifié l'abus de biens sociaux en abus de pouvoirs, laquelle décision a été par la suite approuvée par un arrêt de la Cour de cassation rendu le 19 mai 2012¹⁰²¹ en des termes identiques¹⁰²² à celui du 16 mai 2012. Ces décisions successives traduisent l'impossibilité d'échapper à la sanction dès que l'infraction est constituée. Elles invitent à un usage du statut de dirigeant à des fins exclusivement bénéfiques pour la société.

386. De même, les juges n'hésitent pas à sanctionner l'abus de pouvoirs lorsque des opérations de fusion sont réalisées contre l'intérêt social. C'est le cas dans l'affaire *Pendariès*¹⁰²³. En approuvant un arrêt d'appel, la Cour de cassation française a relevé que « *...le prévenu a usé de ses pouvoirs de président du conseil d'administration pour*

¹⁰¹⁶ Cf. P. BOUZAT, *Abus de pouvoir. Acte contraire aux intérêts de la société*, RTD com. 1990, p. 145.

¹⁰¹⁷ V. Cass. crim., 13 déc. 2000, *Rev. sociétés* 2001, p. 399, note B. BOULOC, *Bull. Joly Sociétés* 2001, p. 499, note J.-F. BARBIERI.

¹⁰¹⁸ Cet élément a justifié une cassation : Cass. crim., 16 janv. 1989, n° 87-85.164, *D.* 1989, jur., p. 495 ; *Rev. sociétés* 1989, p. 687, note B. BOULOC ; *Bull. Joly Sociétés* 1989, n° 5, p. 424 note Y. STREIFF.

¹⁰¹⁹ Cass. crim., 16 mai 2012, n° 11-85.150, FS-P+B, Z., *JurisData* n° 2012-010049, *JCP éd. E*, n° 25, 2012, 1396, note Cl. DUCOULOUX-FAVARD ; *D.* 2012, Somm. p. 1401 ; *Droit pénal* n° 7, 2012, comm. 104, note J.-H. ROBERT ; *Gaz. Pal.* 2012, p. 7, note R. MESA ; *Bull. Joly Sociétés* 2012 n° 7, p. 579, note B. DONDERO ; *Rev. sociétés* 2012 p. 697, note P. LE CANNU.

¹⁰²⁰ CA Versailles, 19 mai 2011, n° 10/01523, *D.* 2011. 1479 ; *RTD com.* 2011, p. 368, note P. LE CANNU, B. DONDERO ; *Rev. sociétés* 2012, p. 99, note P. LE CANNU ; *Bull. Joly Sociétés* 2011, p. 597, note B. DONDERO ; *AJ pénal* 2011. 512, étude de DAOUD et FRANCESCHI. V. aussi, B. QUENTIN, *Abus... de pouvoirs et appréciation du juge pénal*, *JCP éd. G*, n° 35, 2011, 916.

¹⁰²¹ Cass. crim., 19 mai 2012, n° 11-85.150, FS-P+B, *JurisData* n° 2012-010049, *Droit des sociétés* n° 7, 2012, comm. 130, note R. SALOMON.

¹⁰²² Voici l'attendu principal : « *Attendu qu'en l'état de ces énonciations, exemptes d'insuffisance comme de contradiction, d'où il résulte que le prévenu a abusé des pouvoirs qu'il détenait en qualité de président du conseil d'administration, en s'assurant le contrôle du comité des rémunérations et en ne mettant pas les membres du conseil d'administration en mesure de remplir leur mission, la cour d'appel, répondant aux chefs péremptoires des conclusions dont elle était saisie, a caractérisé, en tous ses éléments constitutifs, le délit d'abus de pouvoirs dont elle a déclaré le prévenu coupable* ».

¹⁰²³ Cass. crim., 10 juill. 1995, *Rev. sociétés* 1996, p. 313, note B. BOULOC ; *JCP* 1996, II, 22572, note J. PAILLUSSEAU ; *Bull. Joly* 1995, 1048, obs. A. COURET et P. LE CANNU.

organiser une fusion-absorption contraire à l'intérêt de la société et avantageuse pour lui-même et d'autres sociétés dans lesquelles il était intéressé directement ou indirectement... ». Un des commentateurs de cet arrêt a relevé que « le contrôle judiciaire de l'abus de pouvoirs n'est pas un contrôle objectif de la conformité d'un acte à l'intérêt social. Il s'apparente au contrôle judiciaire du détournement de pouvoirs, connu du droit administratif »¹⁰²⁴. C'est justement ce détournement de pouvoir dans l'intérêt du dirigeant qui constitue un dol spécial dans cette infraction qui fait nécessairement appel à la subjectivité de la décision. D'ailleurs, c'est le but poursuivi dans l'exercice du pouvoir qui permet de distinguer une faute pénale d'une faute de gestion même si les deux catégories de fautes impliquent une contrariété à l'intérêt social. Il revient aux dirigeants de se nourrir d'intentions favorables à la société. Si la mise en œuvre d'une bonne intention s'est soldée par une atteinte à l'intérêt social, le dirigeant ne peut être pénalement poursuivi même s'il s'expose à des sanctions civiles. La culture d'un comportement loyal peut permettre aux dirigeants de résister à la tentation de commettre d'autres infractions liées à son pouvoir dont le prélèvement d'emprunt auprès de la société. Par exemple, en violant les conventions leur interdisant l'accès à un emprunt auprès de la société, les dirigeants commettent non pas un dépassement de pouvoirs mais un abus de pouvoirs doublé d'un abus de biens sociaux¹⁰²⁵ sauf ceux d'un établissement de crédit¹⁰²⁶. La crainte des sanctions peut servir à dissuader les intentions déloyales, comme il en est de même pour la sanction du délit d'abus de voix

ii. La sanction du délit d'abus de voix

387. Le délit d'abus de voix partage les mêmes éléments constitutifs avec le délit d'abus de pouvoirs. La seule différence résulte de l'usage des voix pour le délit pris en compte ici. En application de l'article 425-5° du Code de commerce malien, s'agissant des SARL, encourent une sanction « *les gérants qui, de mauvaise foi, auront fait (...) des voix dont ils disposaient, en cette qualité, un usage qu'ils savaient contraire aux intérêts de la société, à des fins personnelles ou pour favoriser une autre société ou entreprise dans laquelle ils étaient intéressés directement ou indirectement* ». Concernant les dirigeants de SA, selon l'article 437-4°, encourent une sanction « *les président (...), directeurs généraux d'une Société anonyme, qui, de mauvaise foi, auront fait (...) des voix dont ils disposaient, en cette qualité, un usage qu'ils savaient contraire aux intérêts de la société, à des fins personnelles ou pour favoriser une autre société ou entreprise dans laquelle ils étaient intéressés directement ou indirectement* ». En droit nigérien, ce délit d'abus de voix est incriminé par l'article 480 nouveau du Code de commerce. Les voix objet d'abus sont en réalité celles des associés qu'ils font exprimer par procuration.

388. Habituellement, des mandats blancs sont renvoyés par les associés aux dirigeants¹⁰²⁷, ce qui permet aux dirigeants de s'assurer sans peine de la majorité à l'assemblée générale. La sanction du délit peut influencer le

¹⁰²⁴ H. LE NABASQUE, *La fusion après acquisition peut constituer un abus de pouvoirs*, *RJDA* 5/96, p. 436.

¹⁰²⁵ D. REBUT, *L'attribution d'un prêt au dirigeant d'un établissement de crédit et le délit d'abus des pouvoirs, des biens ou du crédit de la société*, *Gaz. Pal.* 2001, p. 3.

¹⁰²⁶ V. *supra* n° 243-248.

¹⁰²⁷ Au sujet de la représentation des associés par les dirigeants pour le vote en assemblée générale, V. not., BOULARAN, *La représentation de l'actionnaire*, *JCP éd. E*, 1984, II, 14189 ; Y. YANISELLY, *La représentation des actionnaires dans les assemblées générales ordinaires de sociétés anonymes*, thèse Paris II, 1994 ; Y. GUYON, *Droit des affaires, t. 1, Droit commercial général et sociétés*, op. cit., p. 306, n° 301.

sens du vote du dirigeant vers la défense de l'intérêt de la société. L'abus sera exclu lorsque les dirigeants utilisent ces voix pour voter une délibération conforme aux intérêts de la société sans qu'ils recherchent un intérêt personnel, direct ou indirect. Ainsi, n'est-il pas délictuel le fait pour un P-DG d'avoir adressé à certains actionnaires, en même temps que la convocation, une lettre personnelle leur demandant de lui manifester leur confiance en lui envoyant leurs procurations, dès lors que ces actionnaires étaient informés qu'ils avaient toute latitude de participer personnellement à l'assemblée ou de désigner un mandataire de leur choix¹⁰²⁸. De même, la méconnaissance par un dirigeant de l'interdiction de voter au sujet de l'approbation d'une convention à laquelle il est intéressé n'est pas davantage délictuelle, si cette convention n'est, non pas défavorable, mais, au contraire, bénéfique pour la société et si le dirigeant n'a pas agi de mauvaise foi¹⁰²⁹. Au fait, l'incrimination de l'usage abusif des voix a pour but d'empêcher qu'à cause du système des procurations en blanc remises par les associés aux dirigeants sociaux, le débat démocratique au sein des assemblées ne se transforme en oligarchie¹⁰³⁰.

389. Au demeurant, en matière d'abus de voix, les juges du fond apprécient souverainement chaque espèce. A l'instar du délit d'abus de biens sociaux, le délit d'abus de voix contribue à la protection de l'intérêt social dans la mesure où il défend aux dirigeants d'abuser des voix pour prendre des décisions qui vont appauvrir la société à leur profit. Le même but est visé par l'abus de confiance dans l'exercice de la direction sociale.

iii. La sanction de l'abus de confiance

390. L'abus de confiance est le « père » de l'abus de biens sociaux. Cette parenté entre ces deux délits explique leur indissociabilité du monde des affaires quand bien même l'un relève du droit des sociétés et l'autre du droit commun. Certes, l'abus de biens sociaux a ravi la vedette à l'abus de confiance, mais seulement dans un périmètre limité. Il suffit, pour s'en convaincre, de considérer l'article 891 de l'AUSCGIE qui, en envisageant ce délit, ne visait que certains dirigeants que sont les gérants de SARL, le président directeur général, le directeur général, l'administrateur général ou l'administrateur général adjoint. Qu'en sera-t-il des dirigeants oubliés ? La loi pénale étant d'interprétation stricte, les dirigeants oubliés ne peuvent être poursuivis pour abus de biens sociaux : il s'agit des gérants de SNC. Le délit d'abus de confiance viendrait pallier le dispositif de répression de ces dirigeants qui bénéficient d'une immunité pénale au regard du délit d'abus de biens sociaux. Ce palliatif peut se justifier par la dimension large des personnes punissables pour abus de confiance dont la répression peut être étendue aux dirigeants oubliés et qui abuseraient des biens sociaux.

391. En effet, en application de l'article 104 du Code pénal togolais, « *commet un abus de confiance l'administrateur ou le gérant qui aura frauduleusement disposé des biens sociaux au mépris des statuts et des droits des associés* ». Cette infraction est certainement envisagée dans le code pénal local des Etats parties au Traité de l'OHADA. Elle vient criminaliser la violation de la confiance que la victime a placée dans le délinquant. Or, la

¹⁰²⁸ Cass. crim., 27 févr. 1978, n° 77-91.733, *Bull. crim.*, n° 76 ; *Rev. sociétés* 1978, p. 496, note B. BOULOC.

¹⁰²⁹ Lamy Sociétés Commerciales 2012, n° 759.

¹⁰³⁰ D. GIBIRILA, *Le dirigeant de société, statut juridique, social et fiscal*, op. cit., p. 557, n° 708.

confiance étant la chose la mieux partagée dans les sociétés à risques illimités, elle sert de motivation pour la nomination des dirigeants. Dans l'exercice de la direction sociale¹⁰³¹, le spectre de la sanction pour abus de confiance peut dissuader le dirigeant de s'approprier des biens de la société qu'il est appelé à gérer. Ce délit permet de protéger la confiance des associés en nom dans les gérants.

En France, un éclairage à ce sujet est apporté par la nouvelle définition de l'abus de confiance issue de l'article 314-1 du Code pénal : l'abus de confiance est « *le fait par une personne de détourner, au préjudice d'autrui, des fonds, des valeurs ou un bien quelconque qui lui ont été remis et qu'elle a acceptés à charge de les rendre, de les représenter ou d'en faire un usage déterminé* ». Cette définition ne vise plus un contrat particulier comme il s'était agi dans l'ancien article 408 du Code pénal français. Un auteur trouve que « *le nouveau Code pénal offre en effet désormais un texte, l'article 314-1, adapté à la répression des détournements de biens en général, y compris de biens sociaux. La tentation existe donc de considérer que le Code pénal peut se suffire à lui-même sans avoir besoin du recours à une réglementation spécifique, les articles 425-4° et 437-3° de la loi du 24 juillet 1966, pour appréhender les comportements abusifs des dirigeants à l'égard des sociétés qu'ils dirigent et revenir ainsi à l'unicité du délit* »¹⁰³². Il ajoute que « *la coexistence des deux qualifications risque en effet d'accroître l'exposition des dirigeants à des actions pénales qui pourraient être intentées sur le fondement d'abus de confiance au cas où elles échoueraient au titre de l'abus de biens sociaux et inversement. Il est alors probable que le retour à la qualification unique de droit commun mettrait un terme au dévoiement de l'abus de biens* »¹⁰³³.

Mais cette ambition nourrie au sujet de l'abus de confiance est en attente d'être partagée par la jurisprudence française qui continue d'appliquer le délit d'abus de biens sociaux aux dirigeants délinquants et ne recourt à l'abus de confiance qu'à l'égard des délinquants non-dirigeants¹⁰³⁴. L'abus de confiance doit donc repousser, chez celui qui s'est vu remettre précieusement quelque chose, la tentation de s'en rendre abusivement maître¹⁰³⁵. Averti des sanctions à encourir, le dirigeant pourra s'abstenir de détourner le bien convoité au préjudice de la société. Le détournement contré par la crainte de la sanction peut prendre trois formes déférentes à savoir la non-restitution du bien convoité, son délaissement ou son usage abusif¹⁰³⁶.

L'abus de confiance étant manifestement un délit contre la propriété¹⁰³⁷ et particulière contre les biens de la société, son incrimination revêt d'une importance majeure pour la société, car elle lui assure une protection pénale en jouant un rôle dissuasif des atteintes aux biens sociaux tout comme le délit de communication de faux états financiers de synthèse.

¹⁰³¹ Cass. crim., 4 mai 1977, *Bull. crim.*, n° 153.

¹⁰³² L. GODON, *Abus de confiance et abus de biens sociaux*, *Rev. sociétés* 1997 p. 290, n° 3.

¹⁰³³ *Ibid.*

¹⁰³⁴ Par ex., J. LASSERRE CAPDEVILLE, *Nouvelles précisions sur le délit d'abus de confiance*, *D.* 2010, p. 2820.

¹⁰³⁵ N. THOMASSIN, *Le bien susceptible d'abus de confiance (réflexion sur la jurisprudence récente)*, *D.* 2012, p. 964.

¹⁰³⁶ P. GAUTHIER et B. LAURET, *Droit pénal des affaires*, *op. cit.*, p. 149.

¹⁰³⁷ V. M. VERON, *L'abus de confiance (son extension dans l'espace et dans le temps, Mélanges dédiés à Bernard BOULOC, Les droits et le Droit*, Dalloz, 2007, p. 1152 ; R. OLLARD, *Du sens de l'évolution de l'abus de confiance : la propriété, toutes les propriétés mais rien que la propriété*, *Droit pénal*, n° 4 2012, étude 9.

2. L'incrimination de la communication des états financiers frauduleux

392. En application de l'article 890 de l'AUSCGIE révisé, « *encourent une sanction pénale, les dirigeants sociaux qui ont sciemment, même en l'absence de toute distribution de dividendes, publié ou présenté aux actionnaires ou associés, en vue de dissimuler la véritable situation de la société, des états financiers de synthèse ne donnant pas, pour chaque exercice, une image fidèle des opérations de l'exercice, de la situation financière et de celle du patrimoine de la société, à l'expiration de cette période* ». A la différence du délit d'abus de biens sociaux qui n'est incriminé que dans les sociétés à risques limités, le délit de communication de faux états financiers de synthèse ou bilan inexact est sanctionné indistinctement des formes sociales. Mais tout comme l'autre délit, le délit de communication vient protéger l'intérêt social gravitant autour du patrimoine de la société.

393. L'incrimination de la communication des états financiers frauduleux peut influencer positivement le comportement du dirigeant. Son élément matériel se compose de l'existence de faux états financiers de synthèse et de leur communication à travers leur présentation et leur publication. Une attitude loyale du dirigeant peut tendre vers des communications sincères. Cette sincérité peut être adoptée dans le cadre des volets de la communication. S'agissant du premier volet, la sanction vise à contraindre le dirigeant à effectuer une présentation sincère qui consiste à communiquer les états financiers aux membres de la société par les procédés internes à la société. En principe, le délit est consommé quelle que soit la décision de l'assemblée générale et quel qu'ait été l'avis du commissaire aux comptes sur les comptes annuels présentés¹⁰³⁸. Mais il peut être évité grâce à la pression des sanctions. S'agissant du second volet de communication, la publication est un procédé destiné à porter à la connaissance du public des informations relatives à la société. Les membres de la société ne sont plus les seuls destinataires de l'information dans le cadre de la publication. La communication à un seul destinataire n'est pas suffisant à caractériser la publication incriminée¹⁰³⁹. Elle n'est pas limitée dans le temps par l'assemblée générale, comme c'est le cas avec la présentation, et peut intervenir longtemps après l'établissement des états financiers infidèles¹⁰⁴⁰.

La sanction de toute communication d'image infidèle est un rempart contre, soit une augmentation artificielle de l'actif social, soit contre une diminution du passif social. Il n'est point besoin pour le dirigeant de rendre attractive la société à l'égard des tiers en recourant à des moyens frauduleux qui vont engager sa responsabilité pénale. La crainte des sanctions serviront à le dissuader des manœuvres constitutives d'évaluation inexactes qui, généralement, vont de pair avec les inexacitudes matérielles que sont les omissions ou erreurs dans les écritures, et les inexacitudes formelles que sont des erreurs de classement¹⁰⁴¹.

¹⁰³⁸ N. STOLOWY, *Etude comparative du délit de distribution de dividendes fictifs et du délit de présentation ou de publication de comptes annuels infidèles*, JCP éd. E, n° 48, 2000, p. 1896.

¹⁰³⁹ *Ibid.*

¹⁰⁴⁰ P-G. POUGOUE, J. NGUEBOU-TOUKAM et F. ANOUKAHA, *OHADA Traité et actes uniformes commentés et annotés*, 2^e éd., Juriscope 2002, p. 537-538.

¹⁰⁴¹ H. TCHANTCHOU et M. AKOUETE AKUE, *L'état du droit pénal dans l'espace OHADA*, *Revue de l'ERSUMA* n° spéc. nov. – déc. 2011, pp. 44-45.

394. Lorsque la société rencontre des difficultés de nature à affecter sa notoriété, il est judicieux pour le dirigeant de recourir à des moyens légaux tels que le refinancement de la société à travers des opérations régulières notamment la réalisation du coup d'accordéon, le recourt à des comptes courants d'associés ou à l'épargne public si la forme de la société le permet. Dans le cas où les difficultés de la société sont avérées, il peut recourir au règlement préventif ou au redressement judiciaire de la société, en fonction de l'état de santé de la société. En recourant à ces moyens légaux, le dirigeant peut sauver à temps la société de ses difficultés au lieu de les camoufler sans pour autant parvenir à les résoudre. L'incrimination de la communication de faux états financiers concourt donc à la révélation objective de la situation de la société pour préjuger des mesures nécessaires à prendre en fonction de la santé de la société. Cette fonction moralisatrice des sanctions pénales ne se limite pas à la protection de l'intérêt social. Elle intègre la protection des intérêts catégoriels.

B. La proscription des atteintes intentionnelles aux intérêts catégoriels

395. A l'instar des atteintes à l'intérêt social, les atteintes aux intérêts catégoriels sont prosrites par leur incrimination. Il en est ainsi de l'incrimination de l'inaction coupable du dirigeant contre la disparition anticipée de la société (1) et celle visant les actions coupables du dirigeant contre l'intérêt des partenaires de la société (2).

1. La proscription de l'inaction coupable du dirigeant contre la disparition anticipée de la société

396. En application de l'article 901 de l'AUSCGIE révisé, « *encourent une sanction pénale, les dirigeants sociaux qui, sciemment, lorsque les capitaux propres de la société deviennent inférieurs à la moitié du capital social du fait des pertes constatées dans les états financiers de synthèse (...) n'ont pas fait convoquer, dans les quatre mois qui suivent l'approbation des états financiers de synthèse ayant fait apparaître ces pertes, l'assemblée générale extraordinaire à l'effet de décider, s'il y a lieu, la dissolution anticipée de la société...* ». Pour constater que les capitaux propres sont devenus inférieurs à la moitié du capital social, il faut additionner les apports (capital, primes d'émission, d'apport ou de fusion), les écarts de réévaluation, les réserves, le report à nouveau créditeur, le bénéfice de l'exercice, les subventions d'investissement et les provisions réglementées. De cette somme, il faut déduire les pertes (report à nouveau débiteur et perte de l'exercice). Enfin, il convient de comparer la somme obtenue au capital nominal figurant au bilan de la société : il s'agit naturellement du bilan de clôture de l'exercice au cours duquel les pertes enregistrées par la société ont entraîné l'infériorité des capitaux propres à la moitié du capital social, ce bilan étant soumis à l'approbation des associés. Si la comparaison entre les capitaux propres et le capital social indique que les premiers sont inférieurs à la moitié du second, il y a bien pertes constatées dans les documents comptables que les dirigeants doivent à temps soumettre à l'approbation des associés¹⁰⁴². En conviant les dirigeants à convoquer « *...l'assemblée générale extraordinaire à l'effet de décider, s'il y a lieu, la dissolution anticipée de la société* », le législateur laisse entrevoir que la dissolution n'est qu'un remède éventuel. Le caractère légal du remède-

¹⁰⁴² *Lamy Droit Pénal des Affaires*, 2012, n° 2258.

dissolution pour le problème de pertes comptables auquel est confrontée la société ne saurait être qu'un remède ultime ou par défaut. Elle ne saurait être envisagée qu'à l'issue de l'échec d'un remède curatif.

397. La proposition d'un remède curatif par les dirigeants sociaux consiste à inscrire à l'ordre du jour d'une assemblée générale extraordinaire une résolution portant reconstitution ou réduction du capital. La reconstitution du capital peut se faire soit, par incorporation des réserves au capital ou par la contribution des associés aux pertes. Elle peut l'être aussi par compensation des créances¹⁰⁴³. Une augmentation de capital par incorporation des réserves, à supposer qu'il en existe encore suffisamment, ne changerait rien à la situation de la société, puisque les réserves sont déjà prises en compte dans le calcul du montant des capitaux propres. Ce serait le cas aussi de l'augmentation par compensation de créance puisque ces créances sont déjà comptabilisées au niveau du bilan de la société au titre des dettes. Souvent, en pratique, l'augmentation sera précédée d'une réduction du capital, selon la technique du coup d'accordéon, de façon à effacer les pertes d'un point de vue comptable, pour que les personnes souscrivant à l'augmentation du capital, tiers ou actionnaires anciens, ne supportent plus les effets des pertes sur les actions nouvelles¹⁰⁴⁴. Quant à la réduction du capital, il suffira de baisser le montant du capital à hauteur des pertes. Mais lorsque cette baisse va entraîner la diminution du capital en deçà du minimum légal, les associés peuvent décider de changer la forme sociale en une forme nouvelle dont le minimum légal du montant du capital social peut être respecté malgré la réduction opérée.

398. En ce qui concerne la reconstitution du capital social par la contribution des associés aux pertes sociales, elle ne peut en principe avoir lieu qu'après la liquidation de la société. En cours de vie sociale, la contribution aux pertes comptables constitue une augmentation de l'engagement des associés¹⁰⁴⁵. Pour augmenter l'engagement des associés, l'accord de chaque associé est nécessaire. Cette exigence ne concerne expressément que les sociétés à risques limités¹⁰⁴⁶. Dans les sociétés à risques illimités, il n'est point besoin d'une telle précision, étant donné que la prise des décisions à l'unanimité est la règle sauf si les statuts en disposent autrement. Ainsi les associés peuvent-ils prévoir dans le pacte social la possibilité de contribuer aux pertes en cours de vie sociale. Pour qu'une telle clause soit valable, il est nécessaire qu'elle remplisse certaines conditions. Elle doit, tout d'abord, résulter des statuts initiaux ou d'une modification de ceux-ci approuvée à l'unanimité des associés. Elle doit, ensuite, permettre des appels de fonds nécessaires à la poursuite de l'objet social de la société. Elle doit, enfin, être exempte d'ambiguïté¹⁰⁴⁷. Il n'est pas exclu que l'insertion de cette clause dans les statuts soient décidée au cours de la même assemblée extraordinaire qui décide de la contribution aux pertes traduisant ainsi

¹⁰⁴³ G. PANDJA POLLA, *La perte des capitaux propres*, *Penant* n° 848, 2004, p. 349. – V. aussi, Ph. MERLE, *Conditions de l'augmentation de capital par compensation de créances*, note *CA Paris 3^e ch. sect. B*, 23 oct. 1992, n° 90-016 906, *Courtin et autre c/ Sté Européenne Gestion et Formation*, *Bull. Joly Sociétés*, 1993 n° 1, p. 95, § 16.

¹⁰⁴⁴ *Lamy Droit Pénal des Affaires* – 2012, 2264.

¹⁰⁴⁵ V. L. JOBERT, *La notion d'augmentation des engagements des associés*, *Bull. Joly Sociétés* 2004, § 124, p. 627 ; G. TAORMINA, *Réflexions sur l'aggravation des engagements des associés*, préc., p. 267 ; F. RIZZO, *Le principe d'intangibilité des engagements des associés*, préc., p. 25.

¹⁰⁴⁶ Pour la SARL (art. 359-1° de l'Acte uniforme), pour la SA (art. 551 al. 2).

¹⁰⁴⁷ F. G. TREVULLE, note Cass. com., 9 juin 2004, *Dr. sociétés*, n° 2, 2005, comm. 24.

son application immédiate. Ainsi, le capital social de la société serait-il reconstitué grâce à de nouvelles mises qu'auraient effectuées les associés. L'incrimination vient semble-t-il sanctionner cette perte de chance d'être sauvé que les dirigeants auraient fait subir à la société en s'absentant sciemment de convoquer la collectivité des associés pour décider de son probable sauvetage par le renflouement de son capital.

399. En définitive, la non-convocation des associés pour la reconstitution du capital social entraîne la responsabilité pénale des dirigeants. Sans doute, la menace des sanctions pourrait conduire les dirigeants à éviter *in extremis* la dissolution de la société en se conformant à leurs obligations. La survie de la société contre la dissolution fait pérenniser la qualité d'associé dont les attributs sont aussi pénalement protégés.

2. La proscription des actions coupables contre les attributs de la qualité d'associés

400. Des attributs sont liés à la qualité d'associé : les droits politiques, les droits financiers et les droits patrimoniaux. Les droits politiques comportent le droit à l'information, le droit à la participation aux décisions collectives ou encore le droit de vote¹⁰⁴⁸. Les droits financiers comportent le droit aux dividendes, le droit aux réserves et le droit au boni de liquidation. Quant aux droits patrimoniaux, ils comportent le droit de disposer des titres sociaux ou de les céder, nantir¹⁰⁴⁹, louer¹⁰⁵⁰ ou prêter¹⁰⁵¹. Tous ces attributs de la qualité d'associé sont pénalement protégés. En d'autres termes, l'atteinte à ces droits par les dirigeants est pénalement réprimée.

a. La proscription des atteintes aux droits politiques des associés

401. Les dirigeants encourent des sanctions pénales lorsqu'ils portent atteinte aux droits politiques des associés. En application de l'article 891-3 de l'AUSCGIE révisé, « *encourent une sanction pénale, ceux qui, sciemment ont empêché un actionnaire ou un associé de participer à une assemblée générale* ». Cette disposition vise implicitement les dirigeants compris parmi les auteurs probables de l'infraction. L'incrimination contraint le dirigeant à respecter les droits politiques des associés. C'est une invitation pour le dirigeant à jouer pleinement son rôle d'information à l'égard des associés en les convoquant à l'assemblée générale dans le respect des délais légaux. Il lui est donc interdit d'user d'artifices pour écarter un associé de la vie sociale. Sur le même registre, pour préserver l'information des associés par ministère du commissaire aux comptes, l'article 897 de l'AUSCGIE révisé prévoit qu' « *encourent une sanction pénale, les dirigeants sociaux qui n'ont pas provoqué la désignation des commissaires*

¹⁰⁴⁸ V. A. VIANDIER, *La notion d'associé*, thèse Rouen, LGDJ, 1978, p. 168 et s.

¹⁰⁴⁹ Cf. D. FASQUELLE, *Le nantissement des valeurs mobilières*, RTD com. 1995 p. 1 ; *Le nantissement conventionnel des actions*, Bull. Joly Sociétés 1993 n° 11, p. 1091, § 322.

¹⁰⁵⁰ La possibilité pour les associés de louer leurs titres sociaux n'est pas expressément prévue par le législateur de l'OHADA. N'empêche que les statuts peuvent la prévoir puisque cette éventualité n'est pas légalement interdite. En droit français, elle est envisagée par l'art. L. 239-1 du Code de commerce. Cf. not. sur le sujet : J. THIERRY, *Et... la location d'actions*, Bulletin Joly Sociétés 1993, n° 6, § 179, p. 640 ; P. LE CANNU, *La location et le crédit-bail d'actions et de parts de SARL (art. 26, L. n° 2005-882, 2 août 2005 en faveur des petites et moyennes entreprises, art. L. 239-1 et s. c. com.)* ; RTD com. 2005, p. 770 ; B. PICHARD, *La location d'actions, outil de stabilisation de l'actionnariat*, Droit des sociétés n° 1, Janvier 2006, étude 3 ; A. THEIMER, *Location de parts sociales ou d'actions. - Contrat de location portant sur le contrôle de société*, Rev. Droit bancaire et financier n° 2, 2007, étude 8 ; A. REYGROBELLET, *Le crédit-bail portant sur les parts sociales d'une société civile immobilière*, Rev. sociétés 2010, p. 419 ; É. CEVAËR et P.-E. PERROT, *La location de parts sociales et actions : un moyen astucieux d'acquiescer une entreprise*, Bull. Joly Sociétés 2011, n° 4, p. 344 ; *Deffrénois*, 17 mai 2011 n° 1, p. 56.

¹⁰⁵¹ Cf. M. JEANTIN, *Les prêts de titres*, Rev. sociétés 1992, p. 465.

aux comptes de la société ou ne les auront pas convoqués aux assemblées générales ». La désignation d'un commissaire aux comptes au moins est obligatoire dans les sociétés anonymes ne faisant pas appel public à l'épargne. Le nombre est porté à deux au mois, s'il s'agit d'une SA ayant fait appel public à l'épargne. En revanche, la désignation est facultative dans les sociétés à gérance sauf dans les sociétés à responsabilité limitée si certains critères sont réunis¹⁰⁵². Le dirigeant ne bénéficie d'aucune excuse en méprisant ces règles.

402. De même, l'article 900 de l'AUSCGIE révisé précise que, « *encourent une sanction pénale, les dirigeants sociaux ou toute personne au service de la société qui, sciemment, ont mis obstacle aux vérifications ou au contrôle des commissaires aux comptes ou qui auront refusé la communication, sur place, de toutes les pièces utiles à l'exercice de leur mission et notamment de tous contrats, livres, documents comptables et registres de procès-verbaux* ». Le législateur fait ainsi peser sur les dirigeants une menace de sanction pour toute obstruction savamment orchestrée contre la mission légale de gendarmes des comptes sociaux¹⁰⁵³ et d'éclaireurs des associés sur les irrégularités et les inexactitudes dans les comptes sociaux. Ainsi, les droits politiques des associés sont-ils pénalement protégés afin de contraindre les dirigeants à adopter des attitudes loyales dans l'exercice de leurs pouvoirs. Cette protection est étendue aux droits financiers des associés.

b. La proscription des atteintes aux droits financiers des associés

403. Le droit pénal punit toute atteinte manœuvrée par les dirigeants contre les droits financiers des associés. En application de l'article 889 de l'AUSCGIE révisé, « *encourent une sanction pénale, les dirigeants sociaux qui, en l'absence d'inventaire ou au moyen d'inventaire frauduleux, ont, sciemment, opéré entre les actionnaires ou les associés la répartition des dividendes fictifs* ». L'infraction est constituée par les éléments suivants : absence d'inventaire ou présentation d'inventaires frauduleux, distribution de dividendes fictifs et mauvaise foi des dirigeants. Cette infraction suppose la transgression par les dirigeants des règles de la comptabilité des entreprises et celles relatives à la tenue de l'assemblée générale ordinaire. La transgression des règles de la comptabilité se traduit par la réticence du dirigeant à faire l'inventaire ou à dresser les états financiers de synthèse à la fin de chaque exercice. Pire, il entreprend l'inventaire mais en empruntant des méthodes non orthodoxes. Il dresse des états financiers de synthèse frauduleux en majorant l'actif ou en minorant le passif. La fraude implique une conscience de l'irrégularité qui n'existe pas dans l'hypothèse d'une inexactitude par inadvertance¹⁰⁵⁴. Ces artifices sont destinés à présenter

¹⁰⁵² V. *supra* n° 163.

¹⁰⁵³ V. not., A. COURET, *Le nouveau contrôle légal des comptes*, D. 2003, p. 2290 ; H. ALVES, *Le point sur le statut des commissaires aux comptes*, *Revue Lamy Droit des Affaires* 2006, p. 3 ; B. BOULOC, *Le renforcement de l'efficacité des contrôles effectués par les commissaires aux comptes*, *Rev. sociétés* 2004 p. 807 ; *Le secret professionnel du commissaire aux comptes*, *Rev. sociétés* 2008, p. 291 ; H. MATSOPOULOU, *Le renforcement de l'indépendance des commissaires aux comptes*, *Rev. sociétés* 2004, p. 813 ; Ch. FREYRIA, *Le commissariat aux comptes : Mission d'intérêt public ?*, *JCP éd. E*, n° 1, 1996, 516 ; J.-F. BARBIERI, *Morale des affaires et commissariat aux comptes*, *Petites affiches* 1996, n° 11, p. 8 ; Th. GRANIER, *Procédure disciplinaire et indépendance du commissaire aux comptes...*, *Rev. sociétés* 2010, p. 180 ; R. RICOL, *Responsabilité civile des dirigeants sociaux : le rôle des commissaires aux comptes*, *Rev. sociétés* 2003 p. 219 ; J. DELMAS, *Au-delà de la certification : Quels nouveaux progrès pour le commissariat aux comptes ?* . – colloque du Centre de Recherche sur le droit des affaires de la chambre de commerce et d'industrie de Paris (CREDA), *JCP éd. E*, n° 39, 1992, 173.

¹⁰⁵⁴ Cf. M. PATIN, P. CAUJOLLE, M. AYDALOT et J.-H. ROBERT, *Droit pénal général et législation pénale appliquée aux affaires*, PUF, 6^e éd., 1979, p. 244.

une image infidèle de la situation de la société, ce qui rapproche le délit de distribution de dividendes fictifs du délit de présentation ou publication de faux états financiers de synthèse¹⁰⁵⁵.

404. L'incrimination de ces comportements vise à proscrire la fraude dans la présentation des résultats de la société. C'est un aspect de l'incrimination de la communication de faux états financiers de synthèse¹⁰⁵⁶. L'attitude attendue du dirigeant est la production de bilans honnêtes. La présentation d'un bilan malhonnête a des incidences sur les dividendes octroyés aux associés. Elle peut fausser la part devant réellement revenir à chaque associé alors même que la perception des dividendes par les associés est le but pour lequel ils ont créé la société. Il n'appartient donc pas au dirigeant de porter atteinte à l'intérêt commun des associés. Certes, une répartition inégalitaire des dividendes peut être prévue par les statuts. Mais il ne revient pas aux dirigeants de fausser, à travers des faux résultats financiers, la part de dividendes devant revenir à chaque associé.

405. De même, cette incrimination défend aux dirigeants de partager des dividendes fictifs. Les dividendes dont la distribution est décidée à l'issue d'une délibération qui est, par la suite, annulée deviennent irréguliers. Comme le précise l'article 144 alinéa 3, « *tout dividende distribué en violation des règles (...) est un dividende fictif* ». Les associés sont alors, en principe, tenus de restituer à la société les dividendes irrégulièrement distribués du moment qu'il est démontré qu'ils ont pu avoir connaissance du caractère fictif du dividende qui leur a été distribué¹⁰⁵⁷. Mais dans la pratique, on applique la maxime « *Dividende distribué ne peut être repris* ». Cette situation porte atteinte aux droits financiers des autres associés exclus des dividendes ou lésés dans le partage. Ces entraves aux droits financiers des associés sont criminalisées pour dissuader toute rompture de l'équilibre qui prévaut entre les associés proportionnellement à leurs droits sociaux. La moralisation de la fonction directoriale prescrit indirectement aux dirigeants une gestion de la société dans le respect des intérêts tant financiers que patrimoniaux des associés.

c. La proscription des atteintes aux droits patrimoniaux des associés

406. Les titres sociaux constituent un élément de l'actif du patrimoine de l'associé. Celui-ci peut décider de les conserver aussi longtemps que la société existe, de les céder, nantir, louer ou grever d'usufruit. Tous ces droits dépendent du droit de l'associé de disposer des titres. L'entrave à ce droit atteint indirectement les autres. Le droit des associés de disposer des titres peut être entravé par les dirigeants au moment de l'augmentation ou de la réduction du capital social. Une partie de la doctrine soutient l'inutilité de la protection des droits patrimoniaux des associés sous prétexte qu'elle est déjà assurée au travers de la protection pénale des droits politiques des associés et que les droits sociaux sont des biens meubles ordinaires dont la protection relève du droit civil et du droit pénal commun¹⁰⁵⁸. Une telle appréhension est contestable, car elle tend à faire absorber la protection pénale des droits patrimoniaux par celle des droits politiques. Or, la différence de nature de ces deux droits

¹⁰⁵⁵ Cf. N. STOLOWY, *Étude comparative du délit de distribution de dividendes fictifs et du délit de présentation ou de publication de comptes annuels infidèles*, préc. p. 1896.

¹⁰⁵⁶ V. *supra* n° 392-394.

¹⁰⁵⁷ M. COZIAN, A. VIANDIER et F. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, op. cit., p. 379, n° 744.

¹⁰⁵⁸ HASCHKE-DOURNAUX (M.), *Réflexion critique sur la répression pénale en droit des sociétés*, op. cit., p. 293, n° 420.

appelle nécessairement des dispositifs de protection pénale divergents. Certes, la protection pénale des droits patrimoniaux fait défaut dans les sociétés à gérance. Ce n'est que dans ce contexte que la protection des droits patrimoniaux est assurée exclusivement par les sanctions civiles. En revanche, dans la SA, des dispositions pénales sont prévues pour protéger les droits patrimoniaux des actionnaires.

407. En effet, en ce qui concerne l'augmentation du capital social, elle peut être faite avec suppression ou non du droit préférentiel de souscription. Lorsque ce droit est maintenu¹⁰⁵⁹, l'article 894 de l'AUSCGIE révisé dispose : « *encourent des sanctions pénales, les dirigeants sociaux qui, lors d'une augmentation de capital : 1°) n'ont pas fait bénéficier les actionnaires, proportionnellement au montant de leurs actions, d'un droit préférentiel de souscription des actions de numéraire lorsque ce droit n'a pas été supprimé par l'assemblée générale et que les actionnaires n'y ont pas renoncé ; 2°) n'ont pas fait réserver aux actionnaires un délai de vingt jours au moins, à dater de l'ouverture de la souscription, sauf lorsque ce délai a été clos par anticipation ; 3°) n'ont pas attribué les actions rendues disponibles, faute d'un nombre suffisant de souscription à titre irréductible, aux actionnaires qui ont souscrit à titre réductible un nombre d'actions supérieur à celui qu'ils pouvaient souscrire à titre irréductible, proportionnellement aux droits dont ils disposent ; 4°) n'ont pas réservé les droits des titulaires de bons de souscription* ». Cette incrimination contraint les dirigeants à respecter les règles relatives à l'augmentation du capital avec maintien du droit préférentiel de souscription prévues aux articles 573 à 580 de l'AUSCGIE. Les dirigeants sont donc tenus de préserver les droits des actionnaires, notamment des minoritaires¹⁰⁶⁰ dans le cadre de la suppression du droit préférentiel de souscription, à acquérir d'avantage d'actions, car le moment de l'augmentation du capital est celui favorable aux actionnaires pour accroître leur part dans le capital social. Les dirigeants ont l'obligation de faire bénéficier aux actionnaires l'acquisition des actions nouvelles proportionnellement au montant des anciennes actions et de respecter les délais et les droits des titulaires de bon de souscription.

408. Néanmoins, le droit de souscription peut être totalement ou partiellement supprimé. Ce qui peut écarter le droit des actionnaires de souscrire à des actions aux profits des tiers¹⁰⁶¹. Cette suppression se fonde généralement sur un rapport des dirigeants destiné à cet effet. Au risque d'engager leur responsabilité pénale¹⁰⁶², les dirigeants sont tenus fournir un rapport honnête devant justifier une suppression des droits préférentiels de souscription au détriment tous les actionnaires ou de certains d'entre eux.

409. D'un autre côté, le droit pénal invite les dirigeants au respect du droit des actionnaires de disposer proportionnellement d'actions au cours de la réduction du capital. En application de l'article 896 de l'AUSCGIE révisé, « *encourent une sanction pénale, (...) le président-directeur général, le directeur général, l'administrateur*

¹⁰⁵⁹ Cf. H. LE NABASQUE, *Les augmentations de capital avec maintien du droit préférentiel de souscription des actionnaires*, *Rev. sociétés* 2004, p. 491.

¹⁰⁶⁰ Cf. M. B. KAMENA, *La situation de l'associé minoritaire en France et dans l'espace OHADA*, *op. cit.*, n° 186 et s.

¹⁰⁶¹ Cf. L. FAUGEROLAS et S. SABATIER, *Les émissions réservées*, *Rev. sociétés* 2004, p. 515.

¹⁰⁶² C'article 895 de l'AUSCGIE qui incrimine les faux rapports. Il prévoit qu' « *encourent une sanction pénale, les dirigeants sociaux qui, sciemment, auront donné ou confirmé des indications inexactes dans les rapports présentés à l'assemblée générale appelée à décider de la suppression du droit préférentiel de souscription* ».

général ou l'administrateur général adjoint, le président de la société par action actions simplifiée qui, sciemment, ont procédé à une réduction de capital (...) sans respecter l'égalité des actionnaires... ». La réduction du capital social en soi n'est pas une infraction. Sa réalisation enfreint la loi lorsqu'elle est décidée sans respecter l'égalité des associés, alors que les dirigeants ont conscience de cette inégalité. L'inégalité proviendrait du non-respect de la proportionnalité d'actions dont dispose chaque actionnaire dans le capital. Elle entraînerait une diminution injuste des actions d'un associé au profit d'un autre qui ne le mérite pas. Cette réduction affecterait le nombre des actions que l'associé lésé pourrait céder, nantir, louer, prêter ou grever d'usufruit. Certes, la réduction s'impose lorsque les capitaux propres sont devenus inférieurs à la moitié du capital¹⁰⁶³ ; elle peut se faire, par la diminution du montant nominal des actions, soit par la réduction du nombre des actions¹⁰⁶⁴. Mais les dirigeants sont tenus de conduire une réduction du capital proportionnellement au montant des actions au risque d'encourir des sanctions pénales. Il en est de même lorsqu'ils portent atteinte au droit à l'information des tiers.

3. La proscription des atteintes au droit à l'information des tiers

410. Le droit à l'information n'est, en principe, reconnu qu'aux associés notamment les minoritaires¹⁰⁶⁵ en vue de combler leur déficit de pouvoir dans la gestion de la société ou de contrebalancer les pouvoirs des dirigeants¹⁰⁶⁶. Il « ...est protégé avant tout pour éviter non pas un abus de faiblesse, mais un abus de puissance, de prérogatives »¹⁰⁶⁷ notamment de la part des dirigeants¹⁰⁶⁸. Mais ce droit est attribué parfois aux tiers dans le seul but de les inciter à investir dans la société. D'ailleurs, l'information est la matière première des marchés financiers¹⁰⁶⁹. La capacité de mobilisation de l'investissement étant différente d'une forme sociale à l'autre, les sociétés fermées telles que la SNC, la SARL et la SA ne faisant pas appel public à l'épargne sont généralement réfractaires à l'ouverture de leur capital aux tiers. Seule la société faisant appel public à l'épargne est prédisposée à s'ouvrir aux tiers et à facilement mobiliser l'investissement vu son incapacité à se constituer sans avoir réuni au minimum un capital de cent millions (100 000 000) de francs CFA. C'est dans le cadre de l'appel public à l'épargne que le droit à l'information est reconnu aux tiers. A ce sujet, un auteur relevait qu' « on ne peut stimuler l'investissement dans les entreprises qu'en regagnant la confiance des épargnants, en leur donnant accès à des informations précises, exhaustives et contrôlées par des professionnels responsables »¹⁰⁷⁰. Les dirigeants qui transgresseraient ce droit des tiers à l'information dans le cadre de l'appel public à l'épargne seraient coupables du délit d'émission irrégulière d'actions.

¹⁰⁶³ Art. 665 de l'AUSCGIE.

¹⁰⁶⁴ Art. 627 de l'AUSCGIE.

¹⁰⁶⁵ Cf. A.-M. CARTRON et B. MARTOR, *L'associé minoritaire dans les sociétés régies par le droit OHADA*, Cah. dr. entr. n° 1, 2010, dossier 2 ; J.-P. DOM, *La protection des minoritaires*, Rev. sociétés 2001, p. 533 ; A. CANAC, *La protection des minoritaires lors des prises de contrôle*, préc., p. 35 ; D. SCHMIDT, *Quelques remarques sur le droit de la minorité dans les cessions de contrôle*, D. 1972, chron. 223.

¹⁰⁶⁶ Cf. L.-D. MUKA TSHIBENDE, *L'information des actionnaires, source d'un contre-pouvoir dans les sociétés anonymes de droit français et du périmètre OHADA*, préf. J. MESTRE, thèse Aix-Marseille III, PUAM, 2009.

¹⁰⁶⁷ C. KRIEF-VERBAERE, *Les obligations d'information dans le droit pénal des affaires. L'information, vecteur d'égalité et principe actif de fraternité*, RTD com. 1999 p. 586, n° 8.

¹⁰⁶⁸ *Ibid.*, n° 9.

¹⁰⁶⁹ N. RONTCHEVSKY, *L'information du marché par les émetteurs, Le droit boursier en mouvement*, cité par J.-P. MATTOU, *Information financière et responsabilité des dirigeants*, Dr. sociétés n° 12, déc. 2004, étude 19.

¹⁰⁷⁰ I. URBAIN-PARLEANI et M. BOIZARD, *L'objectif d'information dans la loi du 24 juillet 1966*, Rev. sociétés 1996, p. 447.

411. En application de l'article 905 de l'AUSCGIE, « *encourent une sanction pénale, (...) les présidents, (...) les directeurs généraux de société qui ont émis des valeurs mobilières offertes au public : 1°) sans qu'une notice soit insérée dans un journal habilité à recevoir les annonces légales, préalablement à toute mesure de publicité ; 2°) sans que les prospectus et circulaires reproduisent les énonciations de la notice prévue (...); 3°) sans que les affiches et les annonces dans les journaux reproduisent les mêmes énonciations, ou tout au moins un extrait de ces énonciations avec référence à ladite notice, et indications du numéro du journal habilité à recevoir les annonces légales dans lequel elle a été publiée ; 4°) sans que les affiches, les prospectus et les circulaires mentionnent la signature de la personne ou du représentant de la société dont l'offre émane et précisent si les valeurs offertes sont cotées ou non et, dans l'affirmative, à la bourse...* ». Cette disposition vient garantir l'application des articles 832 et suivants de l'AUSCGIE réglementant l'augmentation du capital social des sociétés anonymes faisant appel public à l'épargne. Mais il faut relever que l'émission de titres nominatifs n'est pas envisagée. C'est pourquoi le moyen de publicité de l'émission se limite à l'insertion de l'information dans une notice publiée dans un journal habilité à recevoir les annonces légales à l'exclusion de la transmission de l'information par lettre au porteur contre récépissé ou par lettre recommandée avec demande d'avis de réception. Il s'agit d'une stratégie destinée à atteindre le plus grand nombre d'investisseurs en vue d'obtenir le succès d'un appel de fonds. Les dirigeants sont tenus de procéder à la publication sans omettre de mentionner leur signature sur les affiches, prospectus et circulaires étant donné qu'ils sont les représentants de la société. Toutes ces mesures sont destinées à inscrire l'offre dans la légalité pour ne pas compromettre l'investissement des tiers. La violation par un dirigeant des prescriptions édictées l'expose à des sanctions pénales.

412. Toutefois, l'information des tiers n'est pas limitée au cadre de l'émission des actions. Les articles 846 à 853 de l'AUSCGIE mettent à la charge des dirigeants des sociétés ayant fait appel public à l'épargne des publications annuelles et semestrielles à réaliser. Ces publications permettent aux tiers d'avoir une information sur les états financiers de ces sociétés. Mais aucune sanction pénale n'est prévue pour réprimer les dirigeants en cas de manquement à ces obligations. La prévision d'une sanction rendrait efficace la réalisation de cette obligation et protégerait davantage l'intérêt des tiers.

413. En définitive, l'incrimination des actes intentionnellement malhonnêtes des dirigeants reflète la rigidité du statut des dirigeants dans la mesure où elle trace le cadre dans lequel doit s'inscrire la fonction directoriale. Même si le législateur de l'OHADA s'est limité à l'aspect théorique de la sanction, il a prévu un dispositif qui proscrie des comportements socialement inadmissibles en les dissuadant par le risque de sanction pour leurs auteurs. Les dirigeants ne sont donc pas autorisés à compromettre sciemment l'intérêt social. Ils ont le devoir de le préserver à toutes épreuves. Ce succès de la moralisation de la fonction directoriale par les sanctions pénales est visible effectivement sur le plan théorique même si elle est limitée aux incriminations prévues. Par contre dans la pratique, les résultats de la moralisation tirée des sanctions pénales sont inefficaces.

§ 2. L'inefficacité pratique de la moralisation des sanctions pénales

414. L'inefficacité pratique de la moralisation de la fonction sociale assurée par les sanctions pénales provient du défaut de transposition systématique des sanctions uniformisées au plan local et de l'émergence de paradis pénaux en l'absence de contraintes pénales uniformisées (A). Cette inefficacité peut néanmoins être palliée par d'autres dispositifs supplétifs à l'absence de peines uniformisées (B).

A. Les causes de l'inefficacité

415. Le partage de la politique criminelle entre le législateur de l'OHADA et les législateurs nationaux paralyse la mise en œuvre des sanctions pénales. Cette politique a consisté à faire harmoniser les infractions d'affaires au niveau communautaire et à laisser le soin aux États Parties de déterminer librement les peines qui leur sont applicables¹⁰⁷¹. Elle se justifie par le respect des particularismes des États et la souveraineté exclusive des États en matière pénale¹⁰⁷². Chaque Etat étant libre de déterminer les sanctions, il peut se créer des paradis pénaux lorsque pour la même infraction les sanctions de certains Etats sont plus sévères que d'autres. Même avant la fixation de la sanction, il faille que les incriminations nouvelles soient transposées dans les législations internes. Or, la transposition n'est pas systématique. Cette latitude donnée aux Etats au regard des transpositions favorise une lenteur des transpositions. Cette situation empêche toute visibilité des contraintes pénales au plan local où elles doivent en principe être appliquées. La moralisation de la fonction directoriale devient dès lors inefficace sur le plan pratique non seulement à cause du défaut de transposition systématique des incriminations uniformisées aux législations locales (1) mais aussi à cause des paradis pénaux qui se créent à cause du défaut d'uniformisation des contraintes pénales au plan local (2).

1. Le défaut de transposition systématique des incriminations uniformisées au plan local

416. En application de l'article 10 du Traité de l'OHADA, les Actes uniformes ont un effet abrogatoire sur les dispositions locales contraires¹⁰⁷³. En conséquence, les incriminations pénales prévues par le droit uniforme prévalent sur les incriminations locales anciennes de même nature, en dépit de la nécessité de l'appui de leur application sur la collaboration du droit interne à travers la technique de reproduction ou la technique d'intégration¹⁰⁷⁴. Certes le droit secrété par le Traité de l'OHADA constitue des règles matérielles directement applicables dans les Etats membres. Mais, s'agissant des incriminations nouvellement créées, leur transposition est nécessaire dans le droit pénal interne en vue de fixer les contraintes y relatives. Cette transposition est confrontée à deux obstacles majeurs qui font perdre aux sanctions pénales leur fonction moralisatrice. Il s'agit du retard dans les transpositions des nouvelles incriminations (a) et du risque de dénaturation des incriminations lors des transpositions (b).

¹⁰⁷¹ F. ANOUKAHA et alii, *OHADA Sociétés commerciales et GIE*, op. cit., p. 227, n° 348.

¹⁰⁷² A. FOKO, *Analyse critique de quelques aspects du droit pénal OHADA*, Penant n° 859, 2007, pp. 198-199.

¹⁰⁷³ Pour des études sur la question, V. not., J. ISSA-SAYEGH, *La portée abrogatoire des Actes uniformes de l'OHADA sur le droit interne des États parties*, *Ohadata D-02-14*, p. 10 ; *Réflexions et suggestions sur la mise en conformité du droit interne des États parties avec les Actes uniformes de l'OHADA et réciproquement*, Penant 2005, n° 850, p. 7 ; D. ABBARCHI, *La supranationalité de l'Organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires (OHADA)*, *RID Africain*, EDJA, n° 4, 2000, p. 26 ; P. N. KANTE, *Le caractère d'ordre public du droit uniforme des sociétés commerciales en Afrique*, *RTD com.* 2010 p. 1. – CCJA avis n° 1/2001/EP du 30 avril 2001, *Recueil de jurisprudence CCJA*, n° spécial, janv. 2003, p. 74 ; *Répertoire quinquennal OHADA 2000-2005*, p. 261.

¹⁰⁷⁴ M. MAHOUE, *Le système pénal OHADA ou l'uniformisation à mi-chemin*, Penant n° 846, 2004, p. 92.

a. Le retard de la transposition des incriminations nouvelles

417. Plusieurs incriminations précédemment inconnues des droits pénaux locaux et qui touchent au statut des dirigeants sociaux sont créées grâce à l'avènement du droit OHADA. Certaines sont indépendantes des formes sociales alors que d'autres ne visent que les dirigeants des sociétés anonymes. Relèvent des infractions communes nouvelles, l'abus de biens sociaux¹⁰⁷⁵, la répartition de dividendes fictifs¹⁰⁷⁶, la communication de faux états financiers de synthèse¹⁰⁷⁷, l'entrave à la participation d'un associé à une assemblée générale¹⁰⁷⁸, l'entrave à la désignation et à la fonction d'un commissaire aux comptes¹⁰⁷⁹, l'inaction du dirigeant face à la dissolution anticipée de la société¹⁰⁸⁰. En revanche, sont spécifiques aux dirigeants de sociétés anonymes les incriminations portant sur l'émission d'actions¹⁰⁸¹ ou de valeurs mobilières¹⁰⁸² irrégulières, l'augmentation¹⁰⁸³ ou la réduction¹⁰⁸⁴ irrégulières du capital social et la confirmation de faux rapports à l'assemblée générale appelée à décider de la suppression du droit préférentiel de souscription¹⁰⁸⁵.

418. En considération de la politique criminelle adoptée dans l'espace OHADA, ces infractions nouvelles ne peuvent être dotées de contraintes spécifiques en l'absence de leur transposition dans les droits pénaux locaux. Or, après plus d'une décennie de l'entrée en vigueur de l'AUSCGIE, la plupart des Etats n'ont encore introduit ces incriminations dans leur législation interne. Ce défaut de transposition est dû à deux facteurs majeurs. D'une part, les législateurs africains brillent généralement par leur lenteur dans la dotation de l'Etat d'instruments juridiques nouveaux et adéquats devant reformer les dispositifs hérités de la colonisation ou pris juste après les indépendances. L'éloignement des incriminations de dirigeants par leur localisation exclusive dans le droit pénal uniformisé, fait leur bonheur, car sans leur intégration au plan local, elles ne peuvent leur être appliquées. Cette situation paralyse le rôle moralisateur qui est en principe assigné aux sanctions pénales. D'autre part, le défaut de transposition est due à l'absence de sanction au plan communautaire pour contraindre les Etats à transposer dans un délai déterminé les incriminations dans leur législation interne. En réalité, les Actes uniformes ne sont pas des directives¹⁰⁸⁶ au regard desquels les Etats ont la liberté de prendre des mesures qui leur conviennent pour atteindre le but communément visé au plan communautaire. Ce sont des règles matérielles assimilables à des règlements¹⁰⁸⁷ dont les dispositions sont directement applicables dans les Etats Parties signataires de l'organisme qui les a émises.

¹⁰⁷⁵ V. *supra* n° 380-382.

¹⁰⁷⁶ V. *supra* n° 403-405.

¹⁰⁷⁷ V. *supra* n° 392-394.

¹⁰⁷⁸ V. *supra* n° 401-402.

¹⁰⁷⁹ V. *supra* n° 401-402.

¹⁰⁸⁰ V. *supra* n° 396-399.

¹⁰⁸¹ V. *supra* n° 406-408.

¹⁰⁸² V. *supra* n° 411.

¹⁰⁸³ V. *supra* n° 407.

¹⁰⁸⁴ V. *supra* n° 409.

¹⁰⁸⁵ V. *supra* n° 407.

¹⁰⁸⁶ M. J. V. KODO, *L'application des actes uniformes de l'OHADA*, Coll. « Publication de l'Institut Universitaire André Ryckmans », n° 5, Bruylant, 2010, p. 24.

¹⁰⁸⁷ *Ibid.*

419. Cette lenteur législative mérite d'être abandonnée pour rendre pratique la sécurité de la gestion des affaires sociales. Dans le cas contraire, il est donc nécessaire qu'une réflexion soit menée pour créer une mesure contraignante pour les Etats afin d'obliger ceux parmi eux qui sont réticents à réaliser les transpositions au risque de subir des sanctions. Au meilleur des cas, lorsqu'un Etat décide de procéder aux transpositions, des précautions méritent d'être prises pour éviter une dénaturation des incriminations.

b. Le risque de dénaturation des incriminations lors de la transposition

420. La transposition des incriminations uniformes au plan local est nécessaire avant la fixation des peines correspondantes. Lors de cette opération, le risque de dénaturation des incriminations n'est pas négligeable en tenant compte du mode opératoire. Les législateurs locaux ont l'option entre le renvoi aux dispositions uniformes ou la reproduction complète de l'incrimination. Le risque de dénaturation est très élevé dans la reproduction complète contrairement au mode du renvoi dont le risque y relatif se présente différemment.

421. En effet, le mode de reproduction complète des infractions au sein de l'arsenal législatif interne consiste à transcrire textuellement tous les éléments constitutifs des infractions dans le dispositif pénal interne tels que définis par l'Acte uniforme. Cette transcription mérite d'être fidèle. En d'autres termes, la reproduction de la disposition uniformisée au plan local doit être une copie conforme à l'originale sans omission de mots ou de ponctuations et sans adjonction de mots étrangers. L'inobservation de ces précautions entraîne une dénaturation de l'incrimination. Dans de telles circonstances, l'incrimination transposée ne concordera pas avec l'incrimination originale. Cela étant, un dirigeant au cours d'une instance devant aboutir à sa condamnation sur le fondement d'une incrimination mal reproduite peut demander la suspension du procès en soulevant la non-conformité de l'incrimination aux dispositions uniformes, le temps pour la juridiction locale de saisir la CCJA pour son avis sur la question. Les juges de la CCJA demeurent compétents pour se prononcer sur la qualification d'une infraction d'affaires même s'ils ne peuvent se prononcer sur la peine appliquée. Même le dirigeant condamné en appel peut toujours saisir la CCJA pour faire casser l'arrêt qui s'est fondé sur une incrimination dénaturée. La découverte de la dénaturation de l'infraction transposée au droit pénal local est un motif suffisant pour les juges de la CCJA pour déclarer l'incrimination locale non-conforme à l'incrimination uniformisée. Car la dénaturation de l'incrimination au moment de sa transposition la rend différente de sa correspondante prévue au plan communautaire. En raison de la force abrogatoire des dispositions issues du droit OHADA en général et celles relatives aux incriminations en particulier, l'incrimination originale abroge systématiquement l'incrimination mal reproduite. Le procès engagé contre le dirigeant mérite dès lors d'être arrêté et de s'accompagner d'une relaxe immédiate du dirigeant poursuivi sur le fondement d'une infraction dénaturée. Si la CCJA est saisie par un pourvoi en cassation, il est incontestable que l'arrêt d'appel ayant condamné le dirigeant sur le fondement d'incrimination dénaturée encourt la cassation. Une telle cassation force la relaxe du dirigeant malhonnête. Cette situation traduit l'inefficacité pratique de la moralisation assurée par les sanctions pénales, car un dirigeant reconnu coupable pourrait bénéficier de la relaxe dès que

l'incrimination qu'on lui reproche est dénaturée. Il appartient donc à l'Etat dont la législation comporte une incrimination dénaturée de reprendre la transposition en copiant intégralement et fidèlement l'incrimination originale.

422. Le remède à ces difficultés réside dans le choix de l'option de la technique de renvois aux dispositions uniformes par les législateurs locaux lors des transpositions. Certes, le renvoi est techniquement choquante en raison de la cascade de législateurs dans la définition de la sanction, mais juridiquement valable¹⁰⁸⁸. Le renvoi est une précaution qui évite la reproduction complète dans l'arsenal législatif interne et met à l'abri des dénaturations. Il suffit pour le législateur local de nommer l'infraction en la renvoyant avec précision à la disposition de l'AUSCGIE qui l'a prévue. L'inconvénient de ce mode de transposition est qu'il faille constamment modifier le code pénal chaque fois que des réformes apportées à l'AUSCGIE ont entraîné un changement de l'article visant l'incrimination auquel un renvoi avait été précédemment effectué. Pour éviter de telles perturbations, il faille que lors des réformes d'un Acte uniforme, le législateur de l'OHADA maintienne inchangé la numérotation des articles prévoyant les infractions tout en y abrogeant ou ajoutant leurs alinéas en fonction du besoin. Tous ces atteroiements ne peuvent véritablement prendre fin que lorsque les peines sont uniformisées.

423. En attendant une uniformisation des peines de la part du législateur de l'OHADA, une transposition fidèle des incriminations nouvelles au plan local peut être entreprise pour rapprocher le dispositif de répression des dirigeants. Sans nul doute, sa réalisation permet de doter les infractions de contraintes adéquates. Cette mesure renforce le rôle de dissuasion assigné aux sanctions pénales. En revanche, ce rôle est paralysé lorsque, pour la même infraction, les sanctions divergent d'un Etat à un autre. Cette divergence de sanctions favorise inévitablement le choix des Etats les moins répressifs par les dirigeants malhonnêtes pour y implanter leurs sociétés.

2. L'émergence des paradis pénaux en l'absence de répressions uniformisées

424. En application de l'article 5 du Traité de l'OHADA, « *les Actes uniformes peuvent inclure des dispositions d'incrimination pénale. Les Etats Parties s'engagent à déterminer les sanctions pénales encourues* ». Cette préservation de la compétence exclusive des législateurs locaux dans la définition des peines devant correspondre aux incriminations d'affaires prévues par le législateur de l'OHADA rend inefficace la fonction moralisatrice des sanctions pénales à l'égard des dirigeants. Tandis que certains Etats adoptent des contraintes pénales sévères pour une infraction, d'autres Etats peuvent prévoir des contraintes plus douces pour la même infraction. Les Etats les plus répressifs peuvent subir un dépeuplement des sociétés ou être confrontés à une réticence des dirigeants à y implanter leurs entreprises. Les Etats les plus répressifs vont connaître un exode des sociétés implantées sur leur territoire vers les Etats les moins répressifs. Ceux-ci vont devenir des paradis pénaux où les promoteurs d'entreprise malhonnêtes qui entendent en assumer eux-mêmes la direction, vont implanter leurs sociétés. Cette situation favorise l'exportation de la criminalité vers les paradis pénaux. La crainte que devaient inspirer les sanctions pénales est moins ressentie par les dirigeants eu égard à la modération des contraintes auxquelles ils peuvent être soumis.

¹⁰⁸⁸ M. HASCHKE-DOURNAUX, *Réflexion critique sur la répression pénale en droit des sociétés*, op. cit., p. 60, n° 81.

425. Plusieurs arguments sont évoqués pour soutenir l'impossibilité d'uniformiser les répressions devant correspondre aux incriminations uniformisées. Le premier argument considère la disparité du niveau de vie dans l'espace de l'OHADA. Le second est relatif à la spécificité du contexte social qui prévaut dans chaque Etat. En effet, la disparité du niveau de vie joue au niveau de la fixation des amendes. Il semble convenu que les mêmes amendes ne peuvent être prévues pour la même infraction dans tout l'espace de l'OHADA. Pour cela, le montant des amendes varie en fonction du pouvoir d'achat des citoyens d'un Etat donné¹⁰⁸⁹. Cette raison vient justifier la sévérité des amendes dans les Etats où le niveau de vie est très élevé et l'adoucissement des amendes dans les Etats où la population est pauvre. Quant au contexte social, il joue dans la fixation des peines. Le droit pénal demeure « *l'image de la société dont il relève* »¹⁰⁹⁰. Étant donné que tous les Etats ne sont pas confrontés à la même fréquence d'infractions par rapport à une incrimination donnée, chaque Etat pourra fixer les peines en tenant compte des comportements récurrents devant être dissuadés chez les dirigeants. Ce faisant, les peines seront lourdes pour les infractions fréquentes et douces pour les infractions rares. A l'échelle de l'espace de l'OHADA, il n'est pas exclu que les infractions fréquentes dans un Etat peuvent être rares dans un autre et *vice versa*. D'où la diversité de la politique criminelle entreprise au niveau de chaque Etat¹⁰⁹¹ avec pour corollaire la variation des peines d'un Etat à un autre pour la même infraction.

426. Pourtant ces arguments d'ordre sociologique et économique n'ont pas eu raison de l'unification des sanctions pénales applicables aux dirigeants des sociétés d'assurances. Or, la quasi-totalité des Etats parties au Traité de l'OHADA sont fondateurs de la CIMA¹⁰⁹² mais ont abandonné leur compétence au législateur en matière de fixation des sanctions au législateur de la CIMA. A titre d'exemple, en application de l'article 333-1 du Code CIMA, « *sont passibles d'un emprisonnement de huit à quinze jours et d'une amende de 18.000 à 360.000 FCFA ou de l'une de ces deux peines seulement les dirigeants d'entreprise qui méconnaissent les obligations ou interdictions résultant des articles 310 alinéa 3, 303, 304, 306, 329-2, 329-5, 330-35 alinéa 1, 334-1, 335, 401, 404. En cas de récidive, la peine d'emprisonnement pourra être portée à un mois et celle d'amende de 360.000 à 720.000 F CFA* ». L'article 333-2 du même Code précise que « *pour l'application des pénalités (...), sont considérés comme dirigeants d'entreprise le président directeur général, le président, les administrateurs, les directeurs généraux adjoints, les directeurs, (...) les gérants...* ». Dans le cadre de la CIMA, le réalisme juridique a prévalu sur les considérations d'ordre social et économique pour que tous les dirigeants soient exposés aux mêmes répressions indépendamment de l'Etat où se situe le siège de leur société. Cette mesure exclut l'émergence des paradis pénaux. Le réalisme juridique mérite de prévaloir au sein de l'espace de l'OHADA pour que la force de dissuasion soit restée aux sanctions pénales indépendamment de l'Etat où la fonction directoriale serait exercée. Pour y parvenir, la politique criminelle au sein de l'OHADA mérite d'être réformée. Il s'agira pour

¹⁰⁸⁹ F. M. SAWADOGO, *OHADA, Droit des entreprises en difficulté*, éd. Bruylant, 2002, p. 348, n° 370.

¹⁰⁹⁰ M.-L. RASSAT, *Droit pénal spécial, Infractions des et contre les particuliers*, 5^e éd., Précis Dalloz, 2006, p. 2.

¹⁰⁹¹ Chaque Etat aura sa politique criminelle même s'il s'agit d'un Etat autoritaire, V. J. DANET, *Relire « la politique criminelle des Etats autoritaires »*, *Mélanges en l'honneur de Reynald OTTENHOF, Le champ pénal*, Dalloz, 2006, p. 67.

¹⁰⁹² Conférence Interafricaine des marchés d'Assurances (CIMA).

les Etats d'abandonner leur compétence de fixation des sanctions pénales au législateur de l'OHADA. En attendant l'adoption de ces mesures, des palliatifs peuvent administrés contre l'inefficacité partique de la fonction des sanctions pénales.

B. Les palliatifs à l'inefficacité

427. Les failles dans l'uniformisation des contraintes pénales semblent procurer une immunité pénale aux dirigeants marquant une inefficacité des sanctions pénales. Cette inefficacité peut être palliée par d'autres modes de sanction associés aux sanctions pénales et qui participent de la moralisation de la fonction directoriale : la nullité de certains actes incriminés coupables (1) et la régularisation de certaines omissions coupables (2).

1. La nullité de certains actes coupables

428. La sanction pénale a, en principe, d'une part, pour fin de maintenir l'ordre social, d'autre part, pour effet de sanctionner des comportements d'une gravité particulière¹⁰⁹³. La violation d'un interdit pénal porte une atteinte à l'ordre public. Généralement, une atteinte même non-pénale à l'intérêt justifie parfois l'annulation des contrats. C'est le cas lorsque le contrat a, soit une cause qui porte atteinte à l'ordre public, soit un objet illicite. De même, certaines infractions qui sont commises par les dirigeants et qui portent atteinte à l'ordre public, doivent être sanctionnées par la nullité en dehors des contraintes pénales. En effet, en présence d'un contrat constitutif d'un abus de biens sociaux, sanctionné pénalement au titre de l'article L. 242-6, 3°, du code de commerce, la Cour d'appel de Montpellier a justifié sa nullité « *comme ayant pour cause ou objet un fait réprimé par la loi pénale* »¹⁰⁹⁴. Le cautionnement, en l'espèce, avait pour objet de garantir sur l'actif social des dettes personnelles d'un dirigeant, nées de « *causes totalement indépendantes de l'activité de la société et totalement étrangères à l'objet social* ». Cet arrêt nota, de manière plus générale, « *que la politique répressive en matière de société a pour objet et finalité la protection nécessaire des intérêts des tiers qui font crédit à la société et notamment des créanciers sociaux dont les biens de la société constituent le gage général ; qu'elle est destinée à assurer la sécurité des transactions et du commerce juridique* ». Le commentateur de cet arrêt observa que « *le constat effectué par le juge civil de la réunion des éléments constitutifs d'une infraction lui permet de sanctionner, sans crainte d'iniquité, les agissements répréhensibles. [...] Le seul fait qu'il y ait eu infraction (...) rend l'acte contraire à l'ordre public et permet, sur le fondement de l'article 6 du code civil, d'annuler le contrat qui est un élément constitutif de l'infraction* »¹⁰⁹⁵. La nullité de l'acte de cautionnement est ainsi expliquée à l'aune de la finalité de la sanction pénale. Dans des circonstances analogues, où l'acte pénalement répréhensible se poursuit, nonobstant l'application de la sanction pénale, la nullité de l'acte litigieux se justifie par la nécessité de mettre fin à l'infraction qui continue de porter préjudice aux tiers ou à

¹⁰⁹³ F. BARRIERE, *Ordre public et impérativité (Observations en droit pénal des sociétés anonymes)*, *Rev. sociétés* 2008, n° 3, p. 715.

¹⁰⁹⁴ CA Montpellier, 7 janv. 1980, *Rev. sociétés* 1980. 736, note Ch. MOULY.

¹⁰⁹⁵ Ch. MOULY, note sous CA Montpellier, 7 janv. 1980, *Rev. sociétés* 1980, p. 750.

l'intérêt général¹⁰⁹⁶. Dès lors, « *loin d'apparaître hostile au droit des sociétés, la sanction civile se présente comme un complément utile pour parfaire l'ordonnement sociétaire* »¹⁰⁹⁷.

429. Ainsi, en dehors des contraintes pénales, le dirigeant demeure-t-il sous la crainte de l'annulation de son acte qui lui procure un avantage aux dépens de la société et qui puise sa source dans une infraction pénale. Il s'agit donc de priver le dirigeant du bénéfice illégitime qu'il entend retirer de l'acte incriminé. En ce sens, un auteur a relevé que dans le contexte de ces conflits d'intérêts où un mandataire conclut un acte dans son intérêt personnel, « *un même principe doit s'appliquer dans ces circonstances et conduire le plus souvent à la nullité de l'acte* »¹⁰⁹⁸. Il ajoute que dans les cas où la nullité ne sert l'intérêt protégé, « *...il pourrait être utile de recourir à d'autres modes de sanction de manière à priver l'auteur du conflit de l'avantage recherché sans pour autant remettre en cause l'acte accompli* »¹⁰⁹⁹. Dans ce cas, lorsque la sanction de la faute pénale par la nullité ne sert l'intérêt protégé, le dirigeant peut être soumis à une peine privée pouvant être prononcée par les juridictions civiles¹¹⁰⁰. Pour certains cas, lorsque la nullité est inopportune, s'agissant surtout des omissions coupables, la régularisation est recommandée en dehors des sanctions pénales.

2. La régularisation de certaines omissions coupables

430. Certaines omissions sont incriminées. Il s'agit de l'omission du dirigeant de convoquer l'associé ou l'actionnaire à l'assemblée générale, de provoquer la désignation des commissaires aux comptes ou de les convoquer aux assemblées générales, d'empêcher la dissolution anticipée de la société lorsque les capitaux propres deviennent inférieurs à la moitié du capital social. Ces omissions peuvent être régularisées même après la constitution ces infractions.

431. S'agissant de l'omission du dirigeant de convoquer l'associé ou l'actionnaire à l'assemblée générale, cet acte expose le dirigeant à des sanctions pénales et à la nullité la délibération qui sera issue de l'assemblée irrégulière. Mais la nullité et les contraintes pénales deviennent inopportunes si tous actionnaires étaient présents ou représentés à l'assemblée générale¹¹⁰¹. Il s'agit d'une régularisation de la situation¹¹⁰². Cet instrument constitue un obstacle non seulement à la nullité¹¹⁰³ mais aussi à la sanction pénale. Au plan civil, cette présence de tous les actionnaires efficace

¹⁰⁹⁶ F. BARRIERE, *Ordre public et impérativité (Observations en droit pénal des sociétés anonymes)*, préc., n° 14.

¹⁰⁹⁷ M. AZAVANT, *La sanction civile en droit des sociétés (Ou l'apport du droit commun au droit spécial)*, préc., n° 8.

¹⁰⁹⁸ P.-F. CUIF, *Le conflit d'intérêts (Essai sur la détermination d'un principe juridique en droit privé)*, RTD com. 2005, n° 69, p. 15.

¹⁰⁹⁹ *Ibid.*

¹¹⁰⁰ M. HASCHKE-DOURNAUX, *Réflexion critique sur la répression pénale en droit des sociétés*, op. cit., n° 554, p. 393. Pour des études sur la peine privée, V. not., L. HUGUENEY, *L'idée de peine privée en droit contemporain*, th. Dijon, 1904 ; B. STARCK, *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa fonction de garantie et de peine privée*, th. Paris 1947 ; S. CARNAVAL, *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, préf. G. VINEY, LGDJ, 1995 ; G. VINEY, *Traité de droit civil*, sous la direction de J. GHESTIN, *Les obligations, Introduction à la responsabilité*, 2^e éd., LGDJ 1995, n° 74 – 3 et s. ; M. CREMIEUX, *Réflexion sur la peine privée moderne, Etude offerte à P. KAYSER*, PUAM 1979, t. 1, p. 261 et s.

¹¹⁰¹ V. art. 339 de l'AUSCIE pour les associés de SARL et l'art. 519 al. 4 pour les actionnaires.

¹¹⁰² V. par ex., R. NJEUFACK TEMGWA, *L'acte social irrégulier en droit des sociétés commerciales OHADA*, préc., p. 184.

¹¹⁰³ V. J.-P. LEGROS, *La nullité des décisions des sociétés*, préc., p. 275 ; M. GERMAIN, *De quelques limites à la nullité des décisions sociales prévue par l'article 360 de la loi de 1966*, Bull. Joly Sociétés 1992. 491 ; Ch. HANNOUN, *L'action*

le vice qui entache la convocation et éteint l'action en nullité faute d'intérêt à agir. Au plan pénal, elle traduit des actes préparatoires des dirigeants non suivis d'exécution. Elle empêche l'infraction de se constituer.

En ce qui concerne le défaut nomination du commissaire aux comptes, l'omission peut être régularisée après la constitution de l'infraction. Le besoin de désignation des commissaires aux comptes peut naître à la naissance de la société ou en cours de vie sociale à la suite du décès ou de démission du commissaire aux comptes qui était en fonction. L'omission de la provocation de la désignation du commissaire est un artifice du dirigeant pour se mettre à l'abri de la révélation de ses maladroites. La régularisation de cette situation passe par une convocation de l'assemblée générale par le dirigeant pour obtenir la désignation d'un nouveau commissaire aux comptes. Pour la non-convocation du commissaire aux comptes à l'assemblée générale, il appartient au dirigeant de stopper la continuité de cette infraction en le convoquant à la prochaine assemblée.

432. Enfin, au regard de l'omission du dirigeant à sauver la société d'une dissolution anticipée, l'infraction est constituée si l'omission dépasse les quatre mois suivant l'approbation des états financiers ayant fait apparaître les pertes. Mais l'article 665 de l'AUSCGIE accorde un délai supplémentaire qui peut être exploité par le dirigeant. Il dispose que, « *si la dissolution n'est pas prononcée, la société est tenue, au plus tard à la clôture du deuxième exercice suivant celui au cours duquel la constatation des pertes est intervenue, de réduire son capital, d'un montant au moins égal à celui des pertes qui n'ont pu être imputées sur les réserves si, dans ce délai, les capitaux propres n'ont pas été reconstitués à concurrence d'une valeur au moins égale à la moitié du capital* ». Si à l'expiration de ce délai supplémentaire, l'AGE n'a pu délibérer valablement sur cette convocation, tout intéressé peut demander en justice la dissolution de la société¹¹⁰⁴. Le juge saisi de cette demande peut accorder à la société un délai maximal de six mois pour régulariser la situation¹¹⁰⁵. Ces rallongements de délai sont destinés à favoriser une régularisation de la situation de la société indifféremment de l'infraction du dirigeant. Il appartient au dirigeant qui a bénéficié de toutes ses prolongations de prouver sa bonne foi en activant la régularisation de la société.

En définitive, la régularisation par le dirigeant de ses actes omis peut permettre de faire échec à la constitution d'une infraction ou d'interrompre la continuité d'une infraction. Elle traduit la prise de conscience par le dirigeant de ses omissions et son engagement à réparer le tort causé à l'ordre social. Elle sert à pallier l'inefficacité des sanctions pénales au même titre que la nullité dans la moralisation de la fonction directoriale. Elle sera confortée lorsque les contraintes pénales seront prévues au plan communautaire ou local pour les nouvelles infractions en vue de dissuader efficacement les infractions.

en nullité et le droit des sociétés (Réflexions sur les sources procédurales du droit de critique et leurs fonctions), préc., p. 227 ; P. LE CANNU, *La canalisation des nullités subséquentes en droit des sociétés*, Mélanges P. BEZARD, Montchrestien, 2002, p. 113 ; A. CHARVERIAT, *De quelques difficultés relatives à la nullité d'une décision sociale irrégulière*, préc., p. 212 ; B. O. KASSIA, *Le recul de la nullité dans l'acte uniforme sur les sociétés commerciales et le groupement d'intérêt économique*, Penant n° 848, p. 370 et s. ; J.-J. ANSAULT, *Le contrôle de l'intérêt à agir en nullité des délibérations sociales*, Rev. sociétés 2012, p. 7.

¹¹⁰⁴ Art. 667 al. 1^{er} de l'AUSCGIE.

¹¹⁰⁵ Art. 668 de l'AUSCGIE.

Conclusion du chapitre 1.

433. Les dirigeants ne peuvent échapper aux sanctions lorsqu'ils se rendent coupables d'actes répréhensibles au plan civil comme au plan pénal. Lorsque la société est *in bonis*, ces actes donnent lieu à des sanctions spécifiques. La fonction moralisatrice de ces sanctions consiste à soumettre les dirigeants à une éthique professionnelle. La moralisation de la fonction directoriale mérite d'être renforcée par une définition uniforme des contraintes pénales par le législateur de l'OHADA en vue d'éradiquer l'exposition de la société *in bonis* à des risques anormaux et de sécuriser, par voie de conséquence, l'intérêt des associés et des tiers. Lorsque cet objectif n'a pu être atteint et que la société est en faillite, d'autres sanctions sont prévues pour traiter le dysfonctionnement de la direction.

CHAPITRE 2

LA FONCTION THÉRAPEUTIQUE DES SANCTIONS DANS LES SOCIÉTÉS EN DIFFICULTÉ

444. L'endettement est une maladie financière contre laquelle aucune entreprise n'est immunisée. C'est un phénomène universel¹¹⁰⁶ qui peut faire l'objet d'un traitement juridique¹¹⁰⁷. Il n'est pas exclu qu'il serve techniquement au financement d'une société et à constituer un outil de sa gestion, permettant de procéder à des opérations de croissance externe ou de réguler les rapports de pouvoirs au sein de la société¹¹⁰⁸. Mais lorsqu'il devient pathologique et que l'actif disponible est insuffisant pour faire face au passif exigible¹¹⁰⁹, la société est en cessation des paiements¹¹¹⁰. Les causes de ces difficultés financières peuvent être exogènes ou endogènes. Les causes exogènes sont généralement les aléas de l'économie¹¹¹¹, l'inadaptation des produits de la société aux attentes des clients entraînant la mévente, les crises économiques et financières à l'échelle nationale, continentale ou planétaire¹¹¹², la compromission de la survie de la société par la concurrence déloyale¹¹¹³ et/ou par les pratiques

¹¹⁰⁶ En ce sens, S. GJIDARA, *L'endettement et le droit privé*, thèse Paris II, préf. A. GHOZI, Bibl. dr. pr., t. 316, L.G.D.J., 1999, p. 2 et s., n° 3 et s.

¹¹⁰⁷ V. F. RIZZO, *Le traitement juridique de l'endettement*, thèse Aix-Marseille, préf. J. MESTRE, PUAM, 1996.

¹¹⁰⁸ A. REYGROBELLET, *Essai sur le concept juridique d'endettement des entreprises*, *RTD com.* 2001, p. 315. Cf. aussi Y. CHAPUT, *L'endettement - Mode de financement des entreprises*, Litec, 1997 ; B. OPPETIT, *L'endettement et le droit*, Mélanges A. BRETON et F. DERRIDA, Dalloz, 1991, p. 300 ; X. LAGARDE, *L'endettement des particuliers*, LGDJ, Coll. droit des affaires, 1999. S. GJIDARA, *L'endettement et le droit privé*, LGDJ, bibl. dr. pr., t. 316, 1999.

¹¹⁰⁹ Sur le sujet, v. F. X. LUCAS, *La notion de passif exigible*, *D.* 2004, p. 2143.

¹¹¹⁰ V. G. GRANCHET, *La notion de cessation des paiements dans la faillite et le règlement judiciaire*, Bibl. dr. pr., t. 35, LGDJ, 1962 ; MARTINEAU-BOURGNINAUD, *La cessation des paiements, notion fonctionnelle*, *RTD com.* 2002, p. 245 ; G. BERTHELOT, *La cessation des paiements : une notion déterminante et perfectible*, *JCP éd. E*, 2008, 2232, p. 31 ; F. DERRIDA, *Sur la notion de cessation des paiements*, in *Mélanges Jean-Pierre SORTAIS*, Bruylant, 2002, p. 73.

¹¹¹¹ J. SCHMIDT, *L'entreprise incomprise*, *Mélanges Y. GUYON*, Dalloz, 2003, p. 990.

¹¹¹² Au sujet de la contribution des crises financières à la faillite des entreprises, v. not. Th. MONTERAN, *Crise financière et défaillances d'entreprises*, *Gaz. Pal.* 2009, n° 22, p. 15 ; A. ROBERT et K. BOUAOUA, *La crise des « subprimes » devant le Conseil d'Etat*, *D.* 2008, p. 3124 ; J.-F. BERNICOT, *Une crise ou des crises ?*, *Revue française de finances publiques* 2010, n° Spécial Maroc, p. 61 ; N. RONTCHEVSKY et M. STORCK, *Une tentative de réponse française à la crise financière : commentaire de la loi de régulation bancaire et financière du 22 octobre 2010*, *RTD com.* 2011, p. 138 ; J.-P. MARKUS, *Aides aux entreprises affectées par la crise financière*, *JCP éd. E*, n° 34, 2010, 1730 ; Th. BONNEAU, G. C. BLANCARD et M. DIMITRIJEVIC, *Éclairage. Origines et solution à la crise financière*, *Bull. Joly Bourse* 2008 n° 6, p. 446 ; G. ECKERT, *Emprunts « toxiques » des collectivités territoriales, Quelles conséquences en tirer ?*, *AJDA* 2011, p. 1712 ; S. BERNARD, *L'actionnariat public et la crise*, *RFDA* 2010, p. 756 ; J.-Ch. VIDELIN, *Le droit public économique et les crises économiques : approche historique*, *RFDA* 2010, p. 727 ; S. NICINSKI, *Le plan de relance de l'économie*, *RFDA* 2009, p. 273 ; C. PRIETO, *L'Union économique et monétaire dans la tourmente des déficits publics*, *Revue trimestrielle de droit européen* 2010, p. 1 ; J.-C. VIDELIN, *Le droit public économique et les crises économiques : approche historique*, *RFDA* 2010, p. 727 ; M. GERMAIN, *La crise financière : aspects juridiques – Colloque du Magistère de juriste d'affaires-DJCE*, *JCP éd. E* 2009, 1569 ; W. KAHN, *Plan de relance aux Etats Unis : quel sort pour les investissements étrangers*, *JCP éd. E* 2009, 228 ; B. LEBRUN, *Crise financière et transparence*, *JCP éd. E* 2009, 1581 ; G. LECLAIR, *Impasses et crises au sein d'une société : quelques mesures pour en sortir*, *JCP éd. E* 2009, 2174 ; J.-D. LETOQUARD, *Une nécessaire évolution de la législation sur la solvabilité des institutions financières*, *JCP éd. E* 2009, 1579 ; L. LEVOYER, *Le plan de relance et les nouvelles conditions de financement des PPP*, *JCP éd. E* 2009, 1688 ; P. MORVAN, *La fin des bonus discrétionnaires ou l'égalité par le bas*, *JCP éd. E* 2009, 1558 ; J. D. HAMEL, *Crise de gestion et gestion de crise*, *JCP éd. E* 2009, 1570.

¹¹¹³ V. Ph. Le TOURNEAU, *Le parasitisme dans tous ses états*, *D.* 1993 p. 310 ; J. PASSA, *Propos dissidents sur la sanction du parasitisme économique*, *D.* 2000 p. 297 ; C. PRIETO, *L'action en concurrence déloyale neutralisée par les exigences du multimarquisme*, *D.* 2001 p. 3178 ; C. CARON, *L'articulation de l'action en contrefaçon et de l'action en concurrence déloyale ou parasitisme*, *JCP éd. E*, 2010, 235 ; C. CARON et G. DECOCQ, *Concurrence déloyale et pratiques restrictives*, *JCP éd. E*, 2007, 2303 ; S. GRANDVUILLEMIN, *Déontologie et concurrence déloyale*, *Petites affiches* 2011 n° 234, p. 10 ; D. FASQUELLE, *La réparation des dommages causés par les pratiques anticoncurrentielles*, *RTD com.* 1998, p. 763.

anticoncurrentielles¹¹¹⁴ telles que l'abus de position dominante et les ententes¹¹¹⁵. Ces causes sont indépendantes de la politique managériale des dirigeants et peuvent avoir raison de la vie de la société¹¹¹⁶. Mais il n'est pas exclu que les difficultés de la société soient dues au dysfonctionnement de sa direction. Le traitement de la maladie de la société ne saurait aboutir sans l'administration d'une thérapie au dysfonctionnement de sa direction. Cette thérapie consiste à sanctionner les fautes des dirigeants ayant provoqué ce dysfonctionnement.

445. Les sanctions administrées dans le cadre du dysfonctionnement de la direction ayant causé la cessation des paiements ont la fonction de réparer non seulement ce dysfonctionnement mais aussi ses conséquences. Elles exercent donc une fonction bithérapeutique (SECTION 1). En revanche, les sanctions attirées par le dysfonctionnement postérieur à la cessation des paiements tendent uniquement à protéger le gage général des créanciers de la société en difficulté. Elles exercent ainsi une fonction monothérapeutique (SECTION 2).

SECTION 1. LA BITHÉRAPIE APPLICABLE AU DYSFONCTIONNEMENT CAUSAL

446. Le dysfonctionnement est un mauvais fonctionnement d'un organe. Il est réel lorsque la direction se trouve impliquée dans la cessation des paiements de la société. Les membres de la direction engagent inévitablement leur responsabilité, lorsqu'ils commettent des fautes ayant contribué à l'apparition d'une insuffisance d'actif. Cette insuffisance d'actif apparaît lorsqu'il n'y a pas d'actif ou lorsque les frais de réalisation de l'actif excèdent les recettes attendues¹¹¹⁷. La détermination du montant de l'insuffisance d'actif¹¹¹⁸ à mettre à

¹¹¹⁴ Sur ce sujet, v. N. RAUD, *L'appréciation de la sanction en matière de pratiques anticoncurrentielles*, JCP éd. E, n° 39, 2010, act. 521 ; Ch. VILMART, *Le nouveau contrôle judiciaire des enquêtes de concurrence*, JCP éd. E, n° 27, 2010, 1653 ; B. MOUNIER-KUHN et E. DIENY, *Responsabilité des dirigeants et collaborateurs de l'entreprise dans le cadre des pratiques anticoncurrentielles : perspectives*, JCP éd. E, n° 7, 2008, 1232 ; I. HOEPFNER-LEGER, *Les poursuites privées en matière de pratiques anticoncurrentielles : pistes de réflexion*, JCP éd. E, n° 48, 2006, 2710.

¹¹¹⁵ V. N. PETIT, *L'actualité du droit des ententes en 2007*, *Petites affiches* 2008, n° 133, p. 5 ; *Oligopoles, collusion tacite et droit communautaire de la concurrence*, Bruylant, LGDJ, 2007 ; P. HUBERT, *L'efficacité préventive des décisions en matière d'ententes*, *Petites affiches* 2000, n° 259, p. 11 ; P. ARHEL, *Modernisation des règles relatives aux ententes et abus de position dominante*, *Petites affiches* 2000, n° 241, p. 7 ; P. CHARLETY, *Peut-on concevoir abus de position dominante et ententes dans le système boursier ?*, *Petites affiches* 1999, n° 144, p. 40 ; G. LHUILIER, *Le critère jurisprudentiel d'application du droit de la concurrence*, *RTD com.* 1994, p. 645.

¹¹¹⁶ En ce sens, R. GNAHOUI DAVID, *Conflit de lois et sort des salariés face à la liquidation de la compagnie air afrique*, *RBSJA* n° 15, 2005, p. 21 ; J. PAILLUSEAU, *Quel droit pour les entreprises dans les pays en voie de développement ?*, in *Droit des entreprises en difficulté*, Bruylant, 1991, p. 44.

¹¹¹⁷ F. M. SAWADOGO, in *OHADA, Traité et actes uniformes commentés et annotés*, 2^e éd., Bruylant, 2002, p. 930.

¹¹¹⁸ Pour être constatée, il suffit, même sans être chiffrée, que l'existence de l'insuffisance d'actif soit certaine (Cass. com. 17 juill. 1956, *RTD com.* 1956. 693, obs. J. RAULT, *ibid.* 1956. 729, obs. R. HOUIN ; 28 mai 1991, *Rev. sociétés* 1992. 373, note A. HONORAT ; 25 janv. 1994, *Bull. civ.* IV, n° 32) Il ne peut avoir de condamnation pour insuffisance d'actif lorsque celle-ci est incertaine, puisque le montant du passif admis et vérifié est inconnu de même que l'actif existant au jour de l'ouverture de la procédure (Cass. com. 3 déc. 2003, *RJDA* 4/2004, n° 458). L'existence de l'insuffisance d'actif doit être appréciée au moment où statue la juridiction saisie de l'action tendant à la faire supporter par les dirigeants sociaux (Cass. com. 27 févr. 1978, *Bull. civ.* IV, n° 63, *D.* 1978, IR 334 ; 30 janvier 1990, *D.* 1990 p. 52 ; 16 mars 1999, *JCP* 1999, panor. 843, *RJDA* 5/1999, n° 585 ; *D.* 1999, p. 103). Le juge peut néanmoins condamner le dirigeant à un comblement de passif, avant même l'arrêt définitif des créances et avant la réalisation de la totalité de l'actif à la condition, qu'au moment où il statue, il constate que l'insuffisance d'actif est certaine et en tout cas supérieure au montant de la condamnation (Cass. com., 28 mai 1991, n° 89-21.116, *Bull. civ.* 1991, IV, n° 187, p. 133 ; CA Aix-en-Provence, 27 févr. 2002, *Dr. sociétés* 2002, comm. 195, note J.-P. LEGROS ; Cass. com., 25 janv. 1994, n° 91-20.236, *Bull. civ.* 1994, IV, n° 31, p. 24 ; Cass. com., 15 mars 2005, n° 02-19.577, *Cts Seusse c. Piec*, ès qual. et PG CA Saint-Denis de la Réunion). Dans le contexte de la démission du dirigeant, le fait pour la société d'être, avant cette cessation des fonctions, en état de cessation des paiements et ses fonds propres étant négatifs, traduit la certitude d'une insuffisance d'actif, peu important son montant exact (Cass. com., 6

la charge du dirigeant ne prend en compte que les dettes sociales antérieures au jugement d'ouverture¹¹¹⁹ à l'exclusion des dettes postérieures à l'ouverture de la procédure¹¹²⁰. L'insuffisance d'actif est inévitablement la conséquence des fautes commises par les dirigeants pendant que la société est *in bonis*¹¹²¹. Les sanctions attirées par ces fautes sont plurielles. Il peut s'agir d'une sanction patrimoniale à travers la responsabilité pour insuffisance d'actif, d'une sanction disciplinaire par le dessaisissement ou d'une sanction professionnelle par l'interdiction de gérer. Les deux dernières permettent de dépanner le dysfonctionnement en débarrassant la direction de ses membres auteurs du dysfonctionnement alors que la première permet de réparer les conséquences de ce dysfonctionnement. Puisque la caractérisation du dysfonctionnement dépend de l'apparition de l'insuffisance d'actif issue des fautes des dirigeants alors que l'insuffisance d'actif est une conséquence du dysfonctionnement, il convient d'exposer la thérapie applicable aux conséquences du dysfonctionnement (§ 1) avant de voir celle applicable au dysfonctionnement même (§ 2).

§ 1. La réparation des conséquences du dysfonctionnement causal

447. En application de 183 alinéa 1^{er} de l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif, « *lorsque le redressement judiciaire ou la liquidation des biens d'une personne morale fait apparaître une insuffisance d'actif, la juridiction compétente peut, en cas de faute de gestion ayant contribué à cette insuffisance d'actif, décider, à la requête du syndic ou même d'office, que les dettes de la personne morale seront supportées (...) par (...) les dirigeants...* ». L'apparition d'une insuffisance d'actif infecte *a priori* toute la direction. Lorsqu'elle est unique, l'infection est totale. En cas de direction plurale, l'infection est partielle si les fautes ayant entraîné l'insuffisance d'actif ne sont reprochées qu'à certains membres. Le paiement du passif mis à la charge d'un dirigeant permet de réparer les conséquences du dysfonctionnement de la direction.

oct. 2009, n° 06-15.141, F-D, X. *c/ Mandin ès qual.*, *RJDA* 2010, n° 273, note *Rev. proc. coll.* 2010, comm. 114, A. MARTIN-SERF).

¹¹¹⁹ Cass. com., 2 juin 1987, *Bull. civ.* 1987, IV, n° 130 ; Cass. com., 16 févr. 1993, n° 90-21.331, *P : Juris Data* n° 1993-000298 ; *Bull. civ.* 1993, IV, n° 67 ; Cass. com., 28 févr. 1995, n° 92-18.572, *D : Juris Data* n° 1995-001249 ; *RJDA* 5/1995, n° 651 ; Cass. com., 28 avr 1998, *RJDA* 8-9/1998, p. 748. Dans le même sens, A. HONORAT, *L'action en comblement du passif social ne peut concerner les frais de réalisation de l'actif*, *D.* 1993, p. 319.

¹¹²⁰ Cass. com., 18 mars 2008, n° 02-21.616, arrêt n° 385, F-D, *Juris-Data* n° 2008-043272 ; *D.* 2009, p. 349, note J.-M. DELENEUVILLE ; *JCP E* 2008, 2022, note C. DELATTRE ; *Dr. sociétés* 2008, comm. 151, obs. J.-P. LEGROS. Cette exclusion des dettes postérieures est partagée par certains auteurs dont le professeur HONORAT. A ce sujet, il affirme qu'au regard du montant de l'insuffisance d'actif, « *il ne doit être tenu aucun compte de l'évolution du passif de la société postérieurement à l'ouverture de la procédure collective ; seule la différence entre, d'une part, la valeur de l'actif appréciée, si celui-ci a déjà été réalisé au jour où le tribunal statue, à la date de la réalisation et sans que les frais de cette réalisation puissent être déduits de la valeur ainsi constatée, ou bien s'il n'a pas encore été réalisé, à sa valeur vénale et, d'autre part, l'ensemble du passif antérieur à l'ouverture de la procédure collective (...), doit entrer en ligne de compte et servir de plafond à la condamnation prononcée ...* » (A. HONORAT, *L'action en comblement du passif social ne peut concerner les frais de réalisation de l'actif*, préc., p. 319). Mais une partie de la doctrine rejette cette exclusion. Certains auteurs estiment que l'action en comblement de l'insuffisance d'actif social étant inhérente à l'ouverture d'une procédure collective et faisant corps avec elle, les conséquences nécessairement attachées à l'ouverture de la procédure, telles que les frais de justice et le coût des licenciements qu'il aura fallu prononcer en raison de cette ouverture, peuvent être mises à la charge des dirigeants condamnés (F. DERRIDA, obs. *D.* 1985. *IR.* 232, n° 12 ; rappr. J.-P. GASTAUD, *Le comblement de l'insuffisance d'actif social*, in *Travaux du Colloque Crajefe*, Sophia-Antipolis, 22 et 23 mars 1991 sur L'application de la loi du 25 janv. 1985. Bilan, p. 249, spéc. p. 257).

¹¹²¹ BOURRIE-QUENILLET, *Faute de gestion du dirigeant de société en cas d'insuffisance d'actif*, *JCP éd. E* 1998, p. 455.

447 bis. La responsabilité pour insuffisance d'actif est non-cumulative avec la responsabilité de droit commun¹¹²². Ce non-cumul se justifie par le fait que les actions spéciales du droit des procédures collectives sont déjà des actions en responsabilité civile, dont la finalité première est d'assurer la réparation d'un préjudice subi¹¹²³. L'exclusion du cumul ne peut être écartée qu'à la double condition pour le créancier qui entend poursuivre le dirigeant sur le fondement de l'article 1832 de prouver non seulement un préjudice personnel distinct du préjudice des autres créanciers mais aussi la détachabilité de la faute du dirigeant de ses fonctions¹¹²⁴. Ces conditions d'admission de la responsabilité de droit commun rendent illusoire son cumul avec la responsabilité pour insuffisance d'actif.

Pour déterminer la responsabilité du dirigeant pour insuffisance d'actif, le juge n'est pas contraint de convoquer préalablement le dirigeant fautif avant de le condamner¹¹²⁵. Son office est de fixer le montant de l'insuffisance d'actif devant être supporté par le dirigeant fautif (A). Il appartient au syndic d'activer les mécanismes destinés à contraindre le dirigeant condamné à s'exécuter (B).

A. La fixation du taux de la réparation tiré de l'insuffisance d'actif

448. La fixation de la proportion de l'insuffisance d'actif devant être mise à la charge des dirigeants fautifs obéit à des principes fondamentaux (1) et s'effectue selon des modalités précises (2).

1. Les principes directeurs de la fixation

449. Le pouvoir souverain d'appréciation des juges dans la fixation du passif à la charge des dirigeants fautifs s'exerce dans le respect de deux principes directeurs : le principe de fixation correspondante au montant de l'insuffisance d'actif (a) et le principe de proportionnalité de la faute au montant fixé (b).

a. Le principe de fixation correspondant au montant de l'insuffisance d'actif

450. Le premier principe directeur de la fixation du montant du passif à la charge des dirigeants ayant manqué à leur devoir d'exercer les pouvoirs dans l'intérêt social est celui de la fixation correspondante au montant de l'insuffisance d'actif. Ce principe n'est pas formellement prévu par l'article 183 de l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives. Cet article se contente d'envisager que le passif de la société sera supporté par les dirigeants. Cette disposition fait accroître le pouvoir d'appréciation des juges dans la fixation de la contribution à l'insuffisance d'actif. Mais la détermination préalable du montant de l'insuffisance d'actif inclinerait les juges à ne pas fixer une contribution des dirigeants qui excéderait ce montant.

¹¹²² Cass. com., 28 févr. 1995, *Bull. Joly Sociétés*, 1995, p. 544, § 194 ; Cass. com., 20 juin 1995, *Bull. Joly Sociétés*, 1995, p. 988, § 356. V. aussi, J.-J. DAIGRE, *Une évolution jurisprudentielle bienvenue, le non-cumul de l'action en comblement du passif et des actions en responsabilité de droit commun*, *Bull. Joly Sociétés*, 1995, p. 953, § 346.

¹¹²³ F. PEROCHON et R. BONHOMME, *Entreprises en difficulté, Instruments de crédit et de paiement*, LGDJ, 7^e éd., n° 560-1.

¹¹²⁴ Cass. com., 7 mars 2006, n° 04-16536, *Bull. Joly Sociétés*, 01 juillet 2006 n° 7, § 186, p. 938, note F.-X LUCAS. V. aussi, P. MARTIN, *La réparation du préjudice individuel des créanciers dans les procédures collectives*, *Petites affiches*, 18 septembre 2001 n° 186, p. 4.

¹¹²⁵ V. par ex., P.-M. LE CORRE, *Variations sur la convocation personnelle du dirigeant recherché en comblement de l'insuffisance d'actif*, *Gaz. Pal.* 2009, n° 118, p. 3.

En droit français, les hésitations par rapport à la fixation du montant de la contribution des dirigeants à l'insuffisance d'actif ne sont plus permises. Car, depuis l'ordonnance n° 2008-1345 du 18 décembre 2008, il est formellement exigé de fixer la contribution des dirigeants par rapport au montant de l'insuffisance d'actif. Cette mesure est prévue en son article 131 – dont le correspondant est l'article L. 651-2 du Code de commerce – qui dispose : « lorsque la liquidation judiciaire d'une personne morale fait apparaître une insuffisance d'actif, le tribunal peut, en cas de faute de gestion ayant contribué à cette insuffisance d'actif, décider que le montant de cette insuffisance d'actif sera supporté, en tout ou en partie, par tous les dirigeants de droit ou de fait, ou par certains d'entre eux, ayant contribué à la faute de gestion... ». Ce principe consiste à fixer le montant à concurrence du celui de l'insuffisance d'actif constaté à l'exclusion de tout montant qui l'excèderait. En effet, ce principe dérive de la combinaison de deux autres principes antérieurement évoqués : le principe de l'antériorité des fautes de gestion à l'ouverture de la procédure¹¹²⁶ et celui de la limitation exclusive du montant de l'insuffisance d'actif aux dettes nées avant cette ouverture¹¹²⁷. Ces principes excluent la considération de tout fait juridique qui pourrait survenir après l'ouverture de la procédure. Par conséquent, les dirigeants ne pourraient être condamnés à combler que l'insuffisance d'actif préalablement déterminée par le juge.

451. Ce premier principe directeur constitue une garantie contre la fixation arbitraire de la contribution des dirigeants du passif social impayé. Il vient constituer *de facto* une limite au pouvoir souverain d'appréciation des juges du fond dont la décision est exposée à la cassation en cas de violation de ce principe. Ce principe est sans réserve défendu par le professeur LEGROS qui soutient à juste titre que « les juges du fond disposent d'un large pouvoir d'appréciation, sous réserve de ne pas dépasser le plafond représenté par le montant de l'insuffisance d'actif »¹¹²⁸. Les dirigeants sont donc à l'abri d'une surévaluation de leur contribution au passif social. Le montant de l'insuffisance prédéterminé constitue le plafond du montant de la contribution des dirigeants. Toute condamnation inférieure ou égale à ce plafond est possible en considération du principe de proportionnalité.

b. Le principe de proportionnalité de la faute au montant fixé

452. Un second principe directeur gouverne la fixation du montant l'insuffisance d'actif mis à la charge des dirigeants fautifs : c'est le principe de proportionnalité de la faute à la contribution des dirigeants à l'insuffisance d'actif. Affirmé plus tôt dans le cadre d'une condamnation à la faillite personnelle¹¹²⁹, le principe de proportionnalité a été repris dans un arrêt du 15 décembre 2009¹¹³⁰ au sujet de la condamnation au comblement du passif. La Cour de cassation française avait précisé que « si le montant de la condamnation prononcée relève de l'appréciation

¹¹²⁶ V. *supra* n° 446.

¹¹²⁷ V. *supra* n° 446.

¹¹²⁸ Cf. J.-P. LEGROS, *Lien de causalité et solidarité*, notre sous Cass. com., 21 juin 2005, Uregei c/ Schmid, *Juris-Data* n° 2005-029071, *Droit des sociétés* 2005, comm. 193 ; *Antériorité de la faute de gestion*, note sous Cass. com., 7 juill. 2009, n° 08-18.895, F-D, W. c/ D., *Juris-Data* n° 2009-049309, *Droit des sociétés* 2010, comm. 99 ; *Solidarité*, note sous, CA Orléans, ch. com., 29 mai 2008, n° 07/02711, L. P c/ Jousset, *JurisData* n° 2008-367845, *Droit des sociétés* 2009, comm. 37.

¹¹²⁹ Cass. com., 1^{er} déc. 2009, n° 08-17.187, *Juris-Data* n° 2009-050595 ; *JCP G* 2010, 55, note Ph. ROUSSEL GALLE.

¹¹³⁰ Cass. com., 15 déc. 2009, n° 08-21.906, *Debono c/ Canet, ès qual. Liquidateur judiciaire*, FS P+B+R+I : *Juris-Data* n° 2009-050876, *JCP E* 2010, 155, note Ph. DELMOTTE et Ph. ROUSSEL GALLE ; *JCPE* 2010, 1296 n°14, note Ph. PETEL.

souveraine des juges du fond dès lors qu'il n'excède pas l'insuffisance d'actif, il importe, lorsque plusieurs fautes de gestion ayant contribué à cette insuffisance d'actif, sont retenues, que chacune d'entre elles soit légalement justifiée ». Le recours expressément par les juges au principe de proportionnalité dans cette décision est vivement critiqué par une partie de la doctrine qui n'y trouve pas d'intérêt étant donné que les juges du fond disposent d'un pouvoir souverain d'appréciation¹¹³¹. Mais en y ayant recours, le juge entend trancher l'affaire dans l'équité dans la détermination de l'insuffisance d'actif à mettre à la charge des dirigeants fautifs. Dans ce cas, le juge tient compte de l'ampleur de la faute dans l'aggravation du passif social pour lui faire correspondre la réparation équivalente.

453. Ainsi, certaines circonstances entourant la faute peuvent-elles aggraver l'endettement de la société alors que d'autres peuvent l'atténuer et ainsi déterminer, selon le cas, le montant de la contribution des dirigeants.

En effet, les juges sont enclins à l'indulgence lors de la fixation du montant de la condamnation lorsque certains éléments permettent d'atténuer la responsabilité des dirigeants. Ainsi, comme l'a relevé le professeur BOURRIE-QUENILLET, peuvent être pris en compte : la renonciation d'un gérant à toute rémunération pendant quelques mois ; la preuve non rapportée de la poursuite abusive de l'activité déficitaire dans un intérêt personnel et des facultés contributives réduites ; le fait pour un dirigeant d'être caution et de contribuer personnellement à ce titre à l'apurement du passif ; des efforts pour réduire le passif et l'abandon de la créance en compte courant d'associé ; le fait qu'une société ait été victime d'une concurrence déloyale, que des pourparlers aient eu lieu en vue de céder l'exploitation, que les pouvoirs publics soient intervenus et le dirigeant soit disposé à abandonner ses droits à des repreneurs¹¹³². Aussi, dans une espèce, le juge a-t-il pris en compte l'installation d'un concurrent, ainsi qu'un vol dont la société a été victime pour réduire la condamnation du dirigeant au passif social¹¹³³.

En revanche, la responsabilité des dirigeants peut être aggravée notamment par le manquement à leur devoir d'information¹¹³⁴, la confusion de patrimoines des sociétés¹¹³⁵, la fictivité de la société par l'action du dirigeant¹¹³⁶, la poursuite déficitaire de l'exploitation. Ces faits constituent des circonstances aggravantes pour la responsabilité des dirigeants.

454. Le principe de proportionnalité semble commander une justice distributive de la contribution en fonction de l'ampleur des conséquences de la faute. Elle donne lieu, en présence d'un seul dirigeant à une justification raisonnable de la faute par rapport à sa contribution à l'insuffisance d'actif et, en cas de pluralité de dirigeants fautifs, à une répartition égalitaire de la contribution des dirigeants proportionnellement aux conséquences inévitables de la faute dans l'insuffisance d'actif. Peu importe que la faute soit grave. Le repère pour la fixation de

¹¹³¹ Ph. PETEL, note sous Cass. com., 15 déc. 2009, préc. *Adde*, F. TERRE, *La proportionnalité comme principe ?*, JCP éd. G, n° 25, 15 Juin 2009, 31.

¹¹³² M. BOURRIE-QUENILLET, *La faute de gestion du dirigeant en cas d'insuffisance d'actif*, préc., n° 81 et s.

¹¹³³ CA, Aix-en-Provence, ch. 8 A, 28 janv. 2004, Me H. Bor ès qual. c/ J.-C. Spaeth, *Juris-Data* n° 2004-237349, *Droit des sociétés* 2004, comm. 212, note P. LEGROS.

¹¹³⁴ Th. GAUTHIER, *Les dirigeants et les groupes de sociétés*, *op. cit.*, p. 431 et s.

¹¹³⁵ *Ibid*, p. 460 et s.

¹¹³⁶ *Ibid*, p. 477 et s.

la contribution est la mesure des conséquences produites par la faute. Par exemple, les hypothèses suivantes ne sont pas exclues : une faute légère peut produire une conséquence grave ; une faute grave peut n'entraîner qu'une conséquence minime.

455. Au demeurant, le principe de proportionnalité et le principe de fixation de la contribution correspondante au montant de l'insuffisance d'actif jouent un rôle majeur dans la régulation des pouvoirs d'appréciation des juges du fond dans la fixation de la contribution des dirigeants au passif social impayé. Néanmoins, ces principes ne s'imposent pas avec la même force : le principe de fixation correspondante au montant de l'insuffisance d'actif s'impose avec une rigueur absolue alors que l'autre principe est plus flexible. Cette rigueur se traduit par l'exposition des décisions fixant la contribution des dirigeants au-delà du montant de l'insuffisance d'actif à la cassation pour non-respect de la loi. La cassation de la décision du juge du fond sera encourue, car les juges de droit peuvent estimer que l'arrêt d'appel manque de justification. De son côté, le principe de proportionnalité est flexible, car il est en phase avec le pouvoir souverain des juges du fond et qu'un texte ne saurait prévoir au préalable un quantum de la contribution des dirigeants à l'insuffisance d'actif. Il va sans dire que les modalités de fixation de la contribution sont laissées à la libre appréciation des juges.

2. Les modalités de la fixation

456. Les dirigeants sont exposés à des sanctions patrimoniales lorsque le juge est convaincu de leur culpabilité dans la défaillance de la société. L'application des sanctions pose le problème des modalités de la fixation chiffrée de la contribution des dirigeants à l'insuffisance d'actif. Les modalités ne sont pas toujours identiques selon qu'il s'agisse d'un seul ou de plusieurs dirigeants fautifs. Lorsque la faute n'est reconnue qu'à l'encontre d'un seul dirigeant, il peut être condamné à supporter tout le montant ou une partie de l'insuffisance d'actif. Dans le cas d'une pluralité de dirigeants fautifs, ils peuvent non seulement être condamnés à supporter tout le montant ou une partie de l'insuffisance d'actif mais aussi être contraints à y procéder solidairement. Chaque modalité a une fonction précise : la condamnation des dirigeants fautifs à contribuer partiellement ou totalement donne lieu à l'application des principes directeurs de la fixation (a) tandis que la condamnation solidaire constitue une garantie efficace du paiement des créanciers (b).

a. La condamnation solitaire du dirigeant

457. La fonction de la modalité de condamnation partielle ou totale du dirigeant fautif au comblement de l'insuffisance d'actif est de mettre en œuvre les principes directeurs de la fixation du montant de la condamnation. La condamnation totale se traduit par la mise à la charge du dirigeant du montant total de l'insuffisance d'actif : c'est l'application du premier principe selon lequel la fixation de la contribution des dirigeants doit se limiter au plafond du montant de l'insuffisance d'actif prédéterminé. Ainsi, en mettant la totalité de l'insuffisance d'actif à la charge d'un dirigeant, ce principe semble respecté, étant donné qu'en raison de sa rigidité, il s'impose incontestablement aux juges. De l'autre côté, la condamnation du dirigeant à une partie de l'insuffisance d'actif fait appel à la mise en œuvre du principe de proportionnalité. La contribution des fautes à l'insuffisance d'actif doit

être justifiée¹¹³⁷. Dans ce contexte, les circonstances des infractions ne sauraient être ignorées, car elles peuvent favoriser une aggravation ou une réduction¹¹³⁸ de l'insuffisance d'actif. Ce faisant, le recours au principe de proportionnalité permettra d'aboutir à une justice distributive dans la répartition des contributions à l'insuffisance d'actif. Il s'en suivra la fixation du quantum de contribution de chaque dirigeant au passif social. Grâce à la flexibilité du principe de proportionnalité, il n'est pas exclu que les juges prennent en compte dans la fixation de la contribution du dirigeant sa situation personnelle ainsi que ses facultés contributives¹¹³⁹. Si d'autres dirigeants sont reconnus responsables de l'insuffisance d'actif, la condamnation peut être solidaire.

b. La condamnation solidaire des dirigeants

458. La seconde modalité de fixation de la contribution des dirigeants fautifs à l'insuffisance d'actif consiste à les condamner à supporter solidairement¹¹⁴⁰ le passif social. Cette modalité vise à garantir les créanciers contre l'insolvabilité de certains dirigeants condamnés. Elle est indifférente de l'ampleur de la contribution de la faute des dirigeants à l'insuffisance d'actif – à l'égard des créanciers – et ne tend qu'à renforcer la garantie du paiement des dettes mises à la charge des dirigeants. A cet effet, en cas de pluralités de dirigeants fautifs, l'un peut être tenu solidairement d'une partie du passif avec l'autre alors que ce dernier peut être tenu pour le tout¹¹⁴¹. Aussi, le dirigeant d'une personne morale peut-il être déclaré responsable, même si la faute de gestion qu'il a commise n'est que l'une des causes de l'insuffisance d'actif et peut être condamné à supporter totalement ou partiellement le passif social, même si sa faute n'est à l'origine que d'une partie d'entre elles¹¹⁴². Dans sa fonction, la condamnation solidaire des dirigeants donne droit au syndic de réclamer réparation totale, indifféremment, à tel ou tel d'entre eux, parce que leur faute a été la condition *sine qua non* et, par conséquent la cause de l'insuffisance d'actif. À cet effet, la Cour de cassation française avait déjà précisé que « *chacun des coresponsables d'un même dommage doit être condamné à le réparer en sa totalité sans qu'il y ait lieu de tenir compte du partage de responsabilité auquel il est procédé entre eux et qui n'affecte pas l'étendue de leurs obligations envers la partie lésée* »¹¹⁴³. Dans ce contexte, le syndic peut poursuivre le plus solvable des dirigeants pour lui exiger le paiement du montant arrêté. La condamnation solidaire fait perdre aux dirigeants le bénéfice de discussion et celle de division généralement reconnu à une caution simple¹¹⁴⁴. Le syndic trouve dans la condamnation solidaire des dirigeants une garantie du paiement des créanciers dont il représente les intérêts.

¹¹³⁷ Cass. com., 15 déc. 2009, préc.

¹¹³⁸ V. *supra* n° 453.

¹¹³⁹ CA Versailles, 13e ch., 27 sept. 2001, n° 01/01834, Mandin c/ Perrard, *Juris-Data* n° 2001-167235 ; *Bull Joly Sociétés* 2002, p. 48, note J.-J. DAIGRE.

¹¹⁴⁰ V. P. RAYNAUD, *La nature de l'obligation des coauteurs d'un dommage. Obligation "in solidum" ou solidarité ?*, in *Etudes offertes à Jean VINCENT*, Dalloz, 1981, p. 317.

¹¹⁴¹ V. par ex. CA Orléans, ch. com., 29 mai 2008, n° 07/02711, L. P c/ Jousset, *Juris-Data* n° 2008-367845 ; *JCP G* 2008, IV, 2737, *Dr. sociétés* 2009, comm. 37, note J.-P. LEGROS.

¹¹⁴² Cass. com., 21 juin 2005, Uregei c/ Schmid, *Juris-Data* n° 2005-029071, *Dr. sociétés* 2005, comm. 193, note J.-P. LEGROS.

¹¹⁴³ Com., 14 janv. 1997, *Bull civ.*, IV, n° 16. V. aussi Com., 5 mars 1996, *Bull. civ.*, IV, n° 70.

¹¹⁴⁴ Cf. F. ANOUKAHA et « *autres* », *OHADA Sûretés*, Bruylant, 2002, p. 18, n°s 33 à 36.

459. Par ailleurs, la solidarité est sans effet dans les rapports entre les codirigeants. Chacun doit contribuer au passif à concurrence du montant de l'insuffisance qui est mis à sa charge. Le sentiment le plus élémentaire de justice conduit à répartir entre eux la charge définitive de la réparation¹¹⁴⁵. Celui des coresponsables qui a indemnisé la victime dispose contre les autres d'une action récursoire pour obtenir leur part contributive¹¹⁴⁶. Mais, un arrêt du 29 mai 2008 de la Cour d'appel d'Orléans semble introduire ces mesures dans le rapport entre le liquidateur judiciaire et les codirigeants responsables de l'aggravation des dettes sociales. La Cour avait «...confirmé le jugement déféré dans ses dispositions touchant Mme L., ex-épouse P., mais seulement en ce qui concerne le principe de sa condamnation à supporter l'insuffisance d'actif de la société DJET et, l'infirmité sur le montant de cette condamnation, la condamne personnellement à payer à Me Jousset, ès qualités de liquidateur judiciaire de la société DJET la somme de 30 000 euros, cette condamnation étant solidaire avec celle de son ex-époux, mais à concurrence de cette somme, de sorte que Me Jousset pourra soit réclamer à Mme L. la somme de 30 000 euros et celle de 70 000 euros à M. P. soit, au titre de l'obligation à la dette solidaire, réclamer à M. P. la somme totale de 100 000 euros déterminée par le premier juge, M. P. n'ayant, lui-même, un recours contre son ex-épouse qu'à concurrence de 30 000 euros »¹¹⁴⁷. Un auteur ayant commenté cet arrêt y relève à juste titre que « la solidarité est donc à sens unique : l'ex-mari est solidaire de la dette de son ex-épouse mais la réciproque n'est pas vraie. La solidarité peut être totale ou partielle »¹¹⁴⁸. Il s'agit de la combinaison exceptionnelle des deux principes directeurs de la fixation du passif à la charge des dirigeants et de la solidarité. Ainsi, la solidarité peut-elle, dans de rares cas, jouer entièrement à l'égard du dirigeant condamné pour la totalité du passif mais partiellement à l'égard du dirigeant débiteur d'une contribution inférieurement limitée à concurrence du passif social mis à sa charge. Sauf précision formelle par le juge d'une solidarité partielle, la condamnation solidaire soumet chaque codirigeant à l'obligation de payer seul toute l'insuffisance d'actif, sous réserve du droit de se retourner contre ses collègues et leur réclamer ce qu'il a payé à leur place. Car l'avantage de l'obligation solidaire est de ne pas faire supporter par la victime la charge de l'insolvabilité éventuelle de l'un des dirigeants mais par les autres responsables.¹¹⁴⁹ La condamnation des dirigeants malhonnêtes les contraint à apporter du crédit au patrimoine de la société afin d'apurer son passif restant dû.

B. L'assujettissement du dirigeant au comblement du passif social

460. La condamnation des dirigeants au comblement du passif social les assujettit à approvisionner le compte de la société spécialement ouvert¹¹⁵⁰ pour la procédure afin de recueillir tous fonds pour constituer les deniers devant servir à l'apurement du passif restant. Potentiellement, tous les biens des dirigeants constituent la provision pour le paiement du passif mis à leur charge. La mise de cette provision (1) à la disposition de la société en redressement judiciaire ou liquidée permet de contribuer à l'apurement du passif restant (2).

¹¹⁴⁵ J. FLOUR et J.-L. AUBERT, *Les obligations, les faits juridiques*, op. cit., p. 152, n° 162.

¹¹⁴⁶ A. BENABENT, *Droit civil, Les obligations*, op. cit., n° 564.

¹¹⁴⁷ CA Orléans, ch. com., 29 mai 2008, préc.

¹¹⁴⁸ J.-P. LEGROS, préc.

¹¹⁴⁹ A. BENABENT, *Droit civil, Les obligations*, op. cit., n° 687.

¹¹⁵⁰ Selon l'article 45 de l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives, pour les besoins de la procédure, un compte spécial doit être ouvert auprès d'un établissement bancaire ou postal ou au Trésor.

1. La constitution forcée de la provision destinée au comblement

461. Un auteur écrivait que « *la constitution d'une provision suppose toujours l'existence d'une obligation qui en constitue la justification et la limite* »¹¹⁵¹. Par contre, un autre a trouvé que « *...toute provision, quelle que soit la discipline juridique qui intègre l'utilisation, repose sur l'existence d'une obligation préalable, concomitante ou future* »¹¹⁵². Dans notre contexte, l'obligation du dirigeant fautif préexiste à la constitution de la provision qu'elle fonde. Il ne s'agit pas d'une provision amiable mais d'une provision forcée dont la constitution repose sur des mesures dignes d'une exécution forcée. Les dirigeants condamnés sont obligés de mobiliser tous leurs moyens pour verser à la société la somme correspondante au passif mis à leur charge. Le syndic peut même réclamer l'intégralité des sommes dues¹¹⁵³ à tous ou l'un des dirigeants solidairement condamnés. Certes, la provision pour le comblement du passif est constituée de l'actif du patrimoine des dirigeants. Mais, pour empêcher les dirigeants d'organiser leur insolvabilité, des mesures appropriées sont prévues pour les exproprier de certains biens ciblés dans leur patrimoine, en raison de leur proximité avec la société, afin de faciliter la constitution de la provision pour le paiement de leur dû. La première mesure consiste à rendre indisponibles les titres sociaux des dirigeants. La seconde est la retenue des rémunérations des dirigeants. La troisième mesure est l'extension de la procédure aux dirigeants. Une dernière voie est la prise en charge de la responsabilité du dirigeant par l'assurance.

a. La saisie des droits sociaux des dirigeants

462. L'un des moyens pour contraindre les dirigeants à constituer une provision pour le paiement du montant du passif mis à leur charge est la provocation de l'indisponibilité de leurs titres sociaux. L'article 57 de l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives précise qu' « *à partir de la décision d'ouverture d'une procédure collective contre une personne morale, les dirigeants de droit ou de fait, apparents ou occultes, rémunérés ou non, ne peuvent, à peine de nullité, céder les parts sociales, actions ou tous autres droits sociaux qu'avec l'autorisation du Juge-commissaire... La juridiction compétente prononce l'incessibilité des droits sociaux de toute personne qui s'est immiscée dans la gestion de la personne morale à quelque moment que cette immixtion a été constatée. Les titres constatant les droits sont déposés entre les mains du syndic. A défaut de remise volontaire, le syndic met en demeure les dirigeants de procéder au dépôt entre ses mains. La non remise de ces titres est constitutive de l'infraction prévue à l'article 231, 7° ci-après* ». L'infraction prévue à l'article 231 est la banqueroute simple. Ce n'est qu'après la vente de ces titres que le produit de leur réalisation sera affecté à l'approvisionnement du compte spécial de la société. A cet effet, l'article 185 de l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives prévoit que « *la juridiction compétente peut enjoindre aux dirigeants à la charge desquels a été mis tout ou partie du passif de la personne morale de céder leurs actions ou parts sociales de celle-ci ou ordonner leur cession forcée par les soins du syndic, au besoin après expertise ; le produit de la vente est affecté au paiement de la part des dettes de la personne morale mise à leur charge de ces dirigeants* ».

¹¹⁵¹ P. LE BATTEUX, *La protection de l'acquéreur immobilier par la pratique du référé-provision*, *Gaz. Pal.* 1976, 2, doc. 584.

¹¹⁵² A. BOUJEKA, *La provision : essai d'une théorie générale en droit français*, thèse, préf. A. BENABENT, *Bibl. dr. pr.*, t. 349, L.G.D.J., 2001, p. 27, n° 45.

¹¹⁵³ V. F. GRUA, *L'obligation et son paiement*, *Mélanges Y. GUYON*, Dalloz, 2003, p. 479, spéc. n° 4.

463. Cette mesure d'expropriation des dirigeants de leurs titres sociaux n'est efficace que si les dirigeants sanctionnés sont associés de la société qu'ils dirigent. Dans le cas contraire, cette mesure serait infructueuse. L'article 57 de l'AUPC semble étendre le prononcé de l'incessibilité des droits sociaux à l'égard des dirigeants de fait mais est muet à l'égard des dirigeants retirés. En droit français, dans un arrêt du 19 février 2008, la Cour de cassation s'est prononcée sur le sujet. Elle affirmait que, « *ne peut donc être ordonnée la cession des actions détenues dans la société anonyme par le dirigeant qui a donné sa démission de ses fonctions antérieurement au jugement, dès lors que cette démission était effective à la date à laquelle le tribunal statue, peu important qu'elle n'ait pas été publiée* »¹¹⁵⁴. Dans le même sens, le professeur PÉTEL trouve que, « *il suffit (...) de démissionner de ses fonctions en temps utile pour échapper à la cession forcée de ses parts* »¹¹⁵⁵. Il relève qu'un tel « *...résultat peut surprendre, mais il peut être justifié par la nécessité d'interpréter strictement une règle portant une atteinte aussi exceptionnelle aux droits fondamentaux de l'associé* »¹¹⁵⁶. La privation du droit de vote d'un associé ne pouvant résulter que d'une disposition légale¹¹⁵⁷, et qu'au regard de la limitation du domaine d'expropriation aux dirigeants en fonction, le dirigeant retiré est à l'abri de la saisie de ses droits sociaux en dépit de sa responsabilité dans l'insuffisance d'actif.

464. Si les droits sociaux des dirigeants fautifs retirés échappent à l'incessibilité susceptible d'être prononcée par le juge, ils demeurent exposés à la saisie dans le cadre des voies d'exécution lorsque le liquidateur estime que leur cession peut donner lieu à un accroissement de la provision¹¹⁵⁸. Cette saisie ne se limite pas aux droits sociaux dont dispose le dirigeant dans la société qu'il a antérieurement dirigée. Elle peut s'étendre aux droits sociaux qui lui appartiendraient dans toute autre société sans pour autant qu'il en ait assumé la direction.

Le produit de la réalisation des titres sociaux dépend de la participation des dirigeants au capital social. Il serait élevé si le dirigeant est l'associé majoritaire voire unique de la société. Dans ce cas, la cession des droits sociaux fait perdre aux dirigeants le contrôle de la société pour donner lieu à son transfert à l'acquéreur¹¹⁵⁹. A

¹¹⁵⁴ Cass. com., 19 févr. 2008, n° 06-18.446, F-D, *Vayriot et a. c/ SARL City Boeuf et a.*, *Juris-Data* n° 2008-042878, *Rev. proc. coll.* 2008, 117, comm. C. LEBEL ; *Droit des sociétés* 2008, 126, comm. J. P. LEGROS. – Cf. aussi Cass. com., 27 avr. 1993, *D.* 1994, Somm. p. 45, obs. F. DERRIDA ; *Rev. sociétés* 1993, p. 648, note CHAPUT ; *Act. proc. coll.* 6/2008, n° 98, obs. J.-Ch. PAGNUCCO ; *Gaz. Pal.* 27-29 avr. 2008, p. 22, obs. D. VOINOT ; *Dr. sociétés* 2008, n° 126, note J.-P. LEGROS ; *JCP éd. E* 2008. 2062, n° 14, obs. PÉTEL ; *Rev. proc. coll.* 2009, n° 3, obs. J.-J. FRAIMOUT ; *RTD com.* 2008, p. 852, obs. C. SAINT-ALARY-HOUIN ; *JCP éd. E* 2008. 1716, note A. CERATI-GAUTHIER – Cass. com., 4 févr. 2003, *Cts Thirion c/ SARL Conception et réalisation de moules des Vosges et a.*, *Juris-Data* n° 2003-017630, *Dr. sociétés* n° 8, Août 2003, comm. 144, note J.-P. LEGROS. – Com. 9 février 2010, F-D, n° 09-10.800, *Rev. sociétés* 2010 p. 194, note Ph. ROUSSEL GALLE.

¹¹⁵⁵ Ph. PÉTEL, note sous Com., 20 oct. 2009, n° 08-18942, *S^{té} Akess*, *Bull. Joly Sociétés* 2010, p. 283, § 62.

¹¹⁵⁶ *Ibid.*

¹¹⁵⁷ Cass. com., 9 févr. 1999, *Rev. sociétés* 1999, p. 81, note P. LE CANNU. – Cass. com., 23 oct. 2007, *D.* 2007, p. 2726, note A. LIENHARD ; *Dr. sociétés* 2007, 219, note H. HOVASSE ; *D.* 2008, p. 47 note Y. PACLOT ; *Bull. Joly Sociétés* 2008, p. 101, note D. SCHMIDT.

¹¹⁵⁸ En application de l'article 236 de l'Acte uniforme portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et de voies d'exécution, « *la saisie est effectuée soit auprès de la société ou de la personne morale émettrice, oit auprès du mandataire chargé de conserver ou de gérer les titres* ». Par la suite, « *l'acte de saisie rend indisponible les droits pécuniaire du débiteur...* » (art. 239 du même Acte uniforme).

¹¹⁵⁹ Cf. J.-M. de BERMOND de VAULX, *Le sort des droits sociaux détenus par le dirigeant d'une société en redressement*

l'exception d'une main levée obtenue par le dirigeant fautif retiré en contrepartie de la consignation d'une somme suffisante pour apurer le passif mis à sa charge, la cession des droits sociaux peut se solder par une perte par le dirigeant de sa qualité d'associé dans la société où ils sont logés si tous ses droits sociaux ont fait l'objet de cession. Mais toutes ces mesures demeureraient stériles à l'égard des dirigeants non associés. Pour cela, il est nécessaire d'étendre l'assiette de la provision aux rémunérations des dirigeants sanctionnés.

b. La retenue des rémunérations des dirigeants

465. L'assiette de la provision est extensible aux rémunérations des dirigeants en vue d'accroître les deniers, car ces rémunérations peuvent être retenues en guise de compensation¹¹⁶⁰ du passif mis à leur charge. Ce moyen est envisagé par l'article 165 alinéa 2 de l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives, précise que « *la part correspondant aux créances sur l'admission desquelles il n'aurait pas encore été statué définitivement et, notamment, les rémunérations des dirigeants des personnes morales tant qu'il n'aura pas été statué sur leurs cas, est mise en réserve* ». Cette réserve constitue une ressource susceptible de servir de provision.

En effet, l'ouverture de la procédure ne dessaisit le débiteur qu'en cas du prononcé de la liquidation. Pendant le redressement judiciaire, les dirigeants encore en fonction servent la société et doivent recevoir en retour des rémunérations. En raison des difficultés financières de la société, le non-paiement de ces rémunérations peut être pratiqué pour les mettre en réserve. Cette réserve prendra de la valeur au fur et à mesure que dure le redressement. Mais la condamnation des dirigeants au comblement du passif dont le montant dépasse largement ces retenues de rémunérations viendrait justifier leur affectation totale à l'approvisionnement du compte spécial de la société. Cette mesure serait très efficace lorsque la fonction sociale n'est pas gratuite.

466. En plus des rémunérations, la retenue peut s'étendre aux salaires des dirigeants qu'ils sont en droit d'obtenir en raison de la conclusion d'un contrat de travail avec la société si elle est maintenue après l'ouverture de la procédure. En effet, formellement prévu en faveur de certains dirigeants sociaux des sociétés anonymes tels que le président directeur général¹¹⁶¹, le directeur général¹¹⁶², le directeur général adjoint¹¹⁶³, l'administrateur général¹¹⁶⁴, l'administrateur adjoint¹¹⁶⁵, le contrat de travail permet à ces dirigeants de disposer du statut additif de salarié. Le défaut de prévision formelle de contrat de travail au bénéfice des gérants ne peut empêcher ceux-ci de le conclure étant donné que sa conclusion n'est pas interdite. Car, en raison de leur statut de salariés,

ou en liquidation judiciaires, Rev. sociétés 1990 p. 221 ; A. DIESBECQ, *La cession interne : un mode original de transmission de l'entreprise en difficulté, Gaz. Pal.* 2009, p. 3.

¹¹⁶⁰ Sur la notion de compensation, V. par ex., L. ANDREU, *Réflexions sur la nature juridique de la compensation, RTD com.* 2009, p. 655.

¹¹⁶¹ Art. 466 de l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du GIE.

¹¹⁶² 489 de l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du GIE.

¹¹⁶³ Art. 473 de l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du GIE.

¹¹⁶⁴ Art. 499 de l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du GIE.

¹¹⁶⁵ Art. 513 de l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du GIE.

les dirigeants ont droit aux salaires conformément aux règles du droit du travail¹¹⁶⁶. Mais l'ouverture d'une procédure contre la société viendra justifier la retenue des salaires perçus par les dirigeants salariés. La condamnation des dirigeants à supporter le passif social mis à sa charge viendra faire échec au privilège dont bénéficient en principe les salariés¹¹⁶⁷ dans l'apurement du passif. Il appartient alors au syndic de saisir le salaire des dirigeants sanctionnés en vue de l'affecter au paiement passif mis à leur charge. Si les fonds perçus sont insuffisants pour couvrir le montant de la condamnation, la provision peut s'accroître grâce à la déclaration personnelle du dirigeant fautif en redressement ou liquidation judiciaire.

c. La déclaration personnelle du dirigeant en redressement ou liquidation des biens

467. En vue de ratisser large pour approvisionner davantage le compte spécial de la société, la déclaration personnelle du dirigeant fautif en redressement ou liquidation des biens constitue aussi un moyen efficace. Appelée improprement l'extension de la procédure, cette déclaration est envisagée par l'article 189 de l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif. En cas de redressement judiciaire ou de liquidation des biens d'une personne morale, peut être déclaré personnellement en redressement judiciaire ou liquidation des biens, tout dirigeant qui a, sans être en cessation des paiements lui-même, abusé de la personnalité de la société, et/ou de son crédit et de ses biens, poursuivi une exploitation déficitaire ayant entraîné la cessation des paiements de la société. A ces fautes la jurisprudence française ajoute la fictivité¹¹⁶⁸ des sociétés ou la confusion de leurs patrimoines¹¹⁶⁹ par l'action des dirigeants. Ces causes jurisprudentielles d'extension se singularisent par leur récurrence dans le cadre des groupes de sociétés¹¹⁷⁰. La déclaration personnelle est indifférente à une procédure déjà ouverte contre son dirigeant¹¹⁷¹. Dans ce contexte, les créanciers admis dans la procédure collective ouverte contre la personne morale liquidée sont admis de plein droit, dans le redressement judiciaire ou la liquidation des biens de la dirigeante. Le passif comprend, outre le passif personnel du dirigeant dont l'ouverture de procédure est provoquée, celui de la personne morale qu'il a dirigé et qui est mis à sa charge.

468. En ce qui concerne les dirigeants personnes morales sanctionnée par l'extension, elles recueillent les conséquences d'une gestion fautive, soit dans le cadre d'une direction de fait, soit dans le cadre d'une direction

¹¹⁶⁶ CA Dakar, soc. 2, Arrêt n° 263 du 14 juin 2005, *Affaire Bank Of Africa c/ Bonneau*, Rev. EDJA n° 76, janv. – fév. – mars 2008, p. 75 ; *Répertoire quinquennal OHADA 2006-2010*, t. II, p. 754.

¹¹⁶⁷ Selon l'article 95 de l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif, « les créances résultant du contrat de travail (...) sont garanties, encas de redressement judiciaire ou de liquidation des biens par le privilège des salaires ... ». L'article 96 al. 1^{er} poursuit en précisant qu'« au plus tard, dans les dix jours qui suivent la décision d'ouverture et sur simple décision du Juge-commissaire, le syndic paie toutes les créances super privilégiées des travailleurs sous déduction des acomptes déjà perçus ».

¹¹⁶⁸ Com., 22 juin 1999, Rev. sociétés 2000, préc. ; Com. 5 avril 1994, *Jeandet c/ Me Lafont*, Rev. sociétés 1994 p. 318, Y. GUYON. Cf. aussi P. ROUAST-BERTIER, *Société fictive et simulation*, Rev. sociétés 1994, p. 725.

¹¹⁶⁹ Com., 10 déc. 2002, Rev. sociétés 2003, p. 151, note Y GUYON ; Com. 21 sept. 2010, Rev. sociétés 2010, p. 537, note Ph. R. GALLE ; Cass. com., 26 mai 2010, F-D, n° 09-66.615, *Sté Roussy c/ Roussel ès qual*, Rev. sociétés 2011, p. 119, N. MORELLI.

¹¹⁷⁰ V. not., B. GRELON, *La confusion des patrimoines au sein d'un groupe*, Rev. sociétés 2006, p. 281 ; A. LIENHARD, *Condition de la confusion des patrimoines d'une filiale et de la société holding*, D. 2004, p. 2500 ; B. GRIMONPREZ, *Pour une responsabilité des sociétés mères du fait de leurs filiales*, préc., p. 719.

¹¹⁷¹ Cass. com., 4 janvier 2005, *Lamole c/ Bréjon*, Rev. sociétés 2005 p. 451, note Th. BONNEAU.

régulière au travers de leur représentant permanent. Ce faisant, lorsque la société dirigeante est déclarée en redressement judiciaire, cela permettra d'accroître les probabilités de désintéressement des créanciers. Cette probabilité est moins forte si le dirigeant était déjà soumis à une procédure collective¹¹⁷². Mais la probabilité est forte si le dirigeant n'était pas encore en cessation des paiements au moment de la déclaration, car, son actif étant supérieur à son passif, il y a de fortes chances pour le désintéressement de ses créanciers personnels ainsi que ceux de la société qu'elle a dirigée et qui sont admis dans sa procédure. La provision peut être davantage consistante si le dirigeant a souscrit à une assurance responsabilité.

d. L'indemnisation assurantielle

469. Le report de la responsabilité sur l'assurance¹¹⁷³ peut être envisagé en faveur des dirigeants¹¹⁷⁴. Contrairement à la grande majorité des populations africaines qui ont un désintérêt pour les assurances de responsabilité justifiable par des raisons diverses notamment l'absence dans leurs pays d'un tissu économique soutenu par une infrastructure industrielle viable¹¹⁷⁵, les dirigeants font partie de la minime couche intéressée par ce genre d'assurance. La probabilité pour les dirigeants de voir « *...leur responsabilité engagée, ou du moins mise en cause, dans de nombreuses hypothèses (...) a aussi pour conséquence de décourager les managers les plus compétents d'accepter certains mandats sociaux devenus aussi rémunérateurs qu'à haut risque. Les sociétés sont alors dans l'obligation de chercher un moyen d'attirer des talents tout en pondérant et en gérant le risque de voir cette responsabilité engagée* »¹¹⁷⁶. L'assurance permet au dirigeant d'être en sécurité¹¹⁷⁷. Ce faisant, les fautes de gestion étant assurables sauf si elles sont intentionnelles¹¹⁷⁸ ou tombent sous le coup d'une infraction pénale¹¹⁷⁹, les dirigeants peuvent bénéficier d'une assurance responsabilité. Dans ce contexte, la réunion des conditions de mise en œuvre de l'assurance-responsabilité¹¹⁸⁰ est évident, du moment où le dirigeant a été condamné à combler le passif à une certaine proportion que le syndic lui réclamera nécessairement. Il appartient dès lors à la société d'assurance de procéder à l'indemnisation conformément aux stipulations du contrat d'assurance. L'assurance responsabilité civile constitue donc un moyen certain pour approvisionner le compte d'apurement du passif social.

¹¹⁷² Par ex. Cass. com., 22 janv. 2002, *Dr. sociétés* n° 11, 2002, comm. 194, note J.-P. LEGROS.

¹¹⁷³ V. Y. LAMBERT-FAIVRE, *Réflexion sur la nature juridique des assurances de responsabilité*, *Mélanges Jean VINCENT*, Dalloz, 1981, p. 193 ; L. NURIT-PONTIER, *Pouvoirs et risque du dirigeant*, préc., p. 22-23.

¹¹⁷⁴ F. DESCORPS DECLERE, *Pour une réhabilitation de la responsabilité civile des dirigeants sociaux*, préc., p. 24.

¹¹⁷⁵ M. P.-B. L. GOUGOU, *Le Traité CIMA : contribution à l'étude des relations entre l'assurance et le développement en droit économique africain*, thèse Nice-Sophia Antipolis, 2008, p. 223, n° 184 ; H. HUSSON et M. LESTIENNE, *Le périmètre de la garantie : les personnes couvertes, les risques couverts*, *Bull. Joly Sociétés* 2010 n° 9, § 163, p. 775.

¹¹⁷⁶ J. E. AHDAB, *La prise en charge financière par la société de la responsabilité de ses dirigeants : vers un modèle américain ?*, *Rev. sociétés* 2008, p. 239.

¹¹⁷⁷ A. COURET, *Le droit des sociétés et le besoin de sécurité à l'aube du troisième millénaire*, *Rev. sociétés*, 2000, p. 89.

¹¹⁷⁸ Cass. 2° civ., 14 juin 2012, n° 11-17367, *Bull. Joly Bourse* 2012, p. 340. – Cass. 2e civ., 6 oct. 2011, n° 10-16.685, P+B, Sté Axa France IARD, *JurisData* n° 2011-021032, JCP éd. G, n° 4, 2012, p. 73, note Y. JOSEPH-RATINEAU. – V. aussi J. KULLMANN, *Le périmètre de la garantie : les risques non couverts*, *Bull. Joly Sociétés* 2010 n° 9, p. 783, § 164 ; *Amendes pénales et amendes administratives infligées au dirigeant : pour une assurance raisonnée*, JCP E 2009. 1226 ; J. MONNET, *Assurance et faute séparable des fonctions de dirigeant de la société*, *Dr. sociétés* novembre 2007, repère 1.

¹¹⁷⁹ Cf. A. CONSTANTIN, *L'utilité de l'assurance des dirigeants sociaux au regard de la jurisprudence de la Cour de cassation*, *Bull. Joly Sociétés* 2010 n° 9, p. 762 ; C. FREYRIA, *L'assurance de responsabilité civile du « management »*, *D.* 1995, p. 120 ; L. NURIT-PONTIER, *Pouvoirs et risque du dirigeant*, préc., p. 23.

¹¹⁸⁰ Eu égard au droit CIMA, Cf. A.-M. H. ASSI-ESSO, J. ISSA-SAYEG et J. LOHOUES-OBLES, *CIMA Droit des assurances*, *Coll. Droit uniforme africain*, Bruylant, Bruxelles 2002, p. 284 et s.

En définitive, la constitution forcée d'une provision à travers la saisie des titres sociaux des dirigeants, la retenue des rémunérations et des salaires des dirigeants salariés, l'extension de la procédure au dirigeant permettra, la prise en charge de la responsabilité du dirigeant par l'assurance, en plus d'autres éléments de l'actif de leur patrimoine potentiellement saisissables, permettent certainement de réaliser le paiement du passif mis à la charge des dirigeants fautifs.

2. La réalisation forcée du comblement

470. Le paiement est en général l'exécution de toute obligation¹¹⁸¹ et, particulièrement dans le contexte du comblement du passif, le versement par les dirigeants fautifs de somme d'argent devant combler le passif mis à leur charge. Les sommes sont exigibles dès lors que la décision d'où elles sont issues est passée en force de chose jugée¹¹⁸² ou n'est plus susceptible de recours. S'il s'agit d'un jugement, l'exigibilité devient certaine lorsque le délai d'appel est écoulé. Lorsqu'un appel est relevé, il suspend l'exécution du jugement et par conséquent celle du paiement. En cas de reconduction de la condamnation par une Cour d'appel, la somme à verser devient systématiquement exigible en dépit de la formation d'un pourvoi en cassation. La réalisation du paiement libère les dirigeants de la condamnation. Lorsque la condamnation est solidaire, un seul dirigeant peut être poursuivi pour le paiement de tout le passif mis à sa charge, quitte à lui de se retourner contre ses collègues pour réclamer ce qu'il a payé à leur place. Dans ce contexte, le dirigeant payeur est subrogé dans les droits des créanciers et est en droit de contraindre les autres dirigeants à lui verser leur contribution. Le paiement s'impose aux dirigeants de leur vivant et même à leur décès et toute transaction pour réduire le montant de la condamnation après la condamnation est exclu.

471. De leur vivant, les dirigeants peuvent opter pour un paiement volontaire des dettes mises à leur charge. Ce paiement volontaire empêche toute expropriation des dirigeants de leurs titres sociaux, de leurs rémunérations et salaires – pour les dirigeants salariés – ainsi que toute extension de la procédure à leur égard. En l'absence de paiement volontaire, l'expropriation et l'extension sont inévitables. Mais lorsque l'application d'une des mesures suffit pour dégager une provision importante susceptible de couvrir le passif, les autres mesures ne sont plus nécessaires. Dans le cas contraire, ces mesures peuvent être cumulées en vue de recueillir des fonds suffisants pour payer le passif à concurrence du montant de la condamnation. Au pire des cas, lorsque le cumul de ces mesures est insuffisant pour dégager les fonds nécessaires pour le paiement du passif social, les dirigeants, qu'ils soient personnes physiques¹¹⁸³ ou morales, peuvent être poursuivis sur d'autres biens de leur patrimoine.

¹¹⁸¹ Cf. N. CATATA, *La nature juridique du paiement*, th. Paris, préf. J. CARBONNIER, LGDJ, 1961.

¹¹⁸² Pour une étude sur la notion d'autorité de la chose jugée, v. D. TOMASIN, *Essai sur l'autorité de la chose jugée en matière civile*, préf. de P. HEBRAUD, Bibl. dr. pr., t. 143, LGDJ, 1975.

¹¹⁸³ Car pour les personnes morales, l'extension de la procédure permet déjà d'appréhender tous leurs biens.

472. A la mort du dirigeant fautif personne physique¹¹⁸⁴, le passif mis à sa charge est supporté par sa succession. Toutes les clauses destinées à aménager la transmission de ses droits sociaux à ses héritiers¹¹⁸⁵ sont systématiquement paralysées et peuvent devenir stériles si ces droits sociaux ont été tous cédés dans le cadre de la constitution de la provision¹¹⁸⁶. En cas de poursuite d'un dirigeant, le décès de ce dernier en cours d'instance n'entraîne pas l'extinction de l'action qui doit être poursuivie, à son égard, les héritiers étant appelés en la cause¹¹⁸⁷. Le taux de paiement peut dépendre de l'option des héritiers au regard de la succession. Lorsque les héritiers acceptent purement et simplement la succession¹¹⁸⁸, les chances pour un paiement intégral semblent évidentes, car l'assiette de la provision comprend l'actif de la succession et les biens personnels des héritiers. Concrètement, en cas d'insuffisance d'actif successoral à couvrir à combler le passif social retenu à l'encontre du dirigeant décédé, les héritiers pourront personnellement supporter le reste. Cependant, en cas d'acceptation sous bénéfice d'inventaire¹¹⁸⁹ par les héritiers ou de renonciation à la succession¹¹⁹⁰, le passif social ne sera supporté qu'à concurrence de l'actif de la succession. Les héritiers sont à l'abri du passif successoral¹¹⁹¹. Si l'actif successoral est insuffisant pour couvrir le passif social, la procédure est vouée à une clôture pour insuffisance d'actif. Dans le cas contraire où l'actif serait suffisant, la procédure serait close pour extinction du passif.

473. En outre, toute transaction ou tout compromis tendant à diminuer le poids de la condamnation après la décision judiciaire sont exclus. En principe, la transaction ou le compromis ne peut être envisagée qu'avant la condamnation. Selon l'article 148 alinéa 1 et 2 de l'Acte uniforme portant procédure collective d'apurement du passif, *« le syndic peut, avec l'autorisation du Juge-commissaire compromettre et transiger sur les contestations qui intéressent la masse même sur celle qui sont relatives à des droits et actions immobiliers. Si l'objet du compromis ou de la transaction est d'une valeur indéterminée ou excède la compétence de la juridiction compétente en dernier ressort, le compromis ou la transaction doit, en outre, être homologué par la décision de la juridiction compétente »*. Cette disposition correspond en droit français à l'article L. 622-20 L. 624-3 du Code de commerce. Ainsi, la transaction n'est-elle pas interdite dans le cadre des procédures collectives. Au contraire, elle est expressément envisagée par la loi. Mais au regard de sa définition donnée par l'article 2044, alinéa 1^{er} du code civil qui dispose que la transaction est *« un contrat par lequel les parties terminent une contestation née, ou préviennent une contestation à naître »*, il apparaît

¹¹⁸⁴ Le décès des personnes morales se traduit par leur liquidation. Dans ce cas, lorsqu'à l'issue de l'extension de la procédure, l'addition du passif personnel de la dirigeante personne morale au passif mise à sa charge n'a pu être absorbée par son actif, la liquidation de ses biens s'avère inévitable, d'où son décès.

¹¹⁸⁵ Sur ces clauses, v. not., A. RABREAU, *La disparition du chef d'entreprise : les aménagements sociétaires*, in *La disparition du chef d'entreprise : Anticiper – Gérer – Transmettre*, Actualités de droit de l'entreprise, t. 29, Litec, 2012, p. 27 ; J. VAUTIER, *Aménagements sociétaires : clauses relatives au décès du dirigeant, clauses en matière de démembrement de propriété*, in *La disparition du chef d'entreprise : Anticiper – Gérer – Transmettre*, Actualités de droit de l'entreprise, t. 29, Litec, 2012, p. 43.

¹¹⁸⁶ V. *supra* n° 462-464.

¹¹⁸⁷ Cass. com., 21 juin 2005, *Rev. sociétés* 2006, p. 416, note Ph. R. GALLE ; *D.* 2005, *Somm.* p. 1849. Précédemment : Com., 5 juin 1973, *Bull. civ. IV*, n° 198 ; Cass. com., 1er juin 1965, *Bull. civ. IV*, n° 349 ; *RTD com.* 1966, p. 393, obs. R. HOUIN.

¹¹⁸⁸ V. art. 446 et s. au sujet de l'acceptation pure et simple dans le Code Togolais des Personnes et de la famille.

¹¹⁸⁹ V. art. 465 et au sujet de l'acceptation sous bénéfice d'inventaire dans le Code Togolais des Personnes et de la famille.

¹¹⁹⁰ V. art. 456 et s. au sujet de la renonciation à la succession dans le Code Togolais des Personnes et de la famille.

¹¹⁹¹ Pour une étude sur la notion, v. P. DURNERIN, *La notion de passif successoral*, préf. de G. CORNU, *Bibl. dr. pr.*, t. 217, LGDJ, 1992.

clairement que la transaction ne peut intervenir qu'avant la décision définitive donnant lieu à la condamnation. La transaction post-décision judiciaire n'est pas envisagée. Ceci étant, la condamnation ne peut faire l'objet d'une transaction aux fins de la réduire. Sur cette question, la chambre commerciale de la Cour de cassation française s'est prononcée dans un arrêt de principe en date du 5 novembre 2003 en précisant que « *les condamnations au paiement des dettes sociales prononcées (...) ne peuvent faire l'objet d'une transaction* »¹¹⁹². Ce principe est transposable en droit de l'OHADA étant donné le régime de la transaction en général et particulièrement dans le cadre des procédures collectives et identique dans le système juridique français.

474. En somme, le paiement du passif social mis à la charge des dirigeants fautifs éteint simultanément leur responsabilité dans l'insuffisance d'actif. Dans le cas contraire, la condamnation au comblement peut être couplée avec d'autres sanctions permettant de redresser la direction de la société en difficulté.

§ 2. La réparation du dysfonctionnement causal

475. La réparation du dysfonctionnement causal consiste à débarrasser la direction de ses membres maladroits pour procéder à sa reconstitution. Les membres ayant entraîné une société dans une déconfiture¹¹⁹³ ne sont plus dignes de présider aux destinées de cette société. Ils s'exposent par leurs fautes à des sanctions extrapatrimoniales. Généralement, les sanctions extrapatrimoniales encore dénommées « sanctions personnelles », recouvrent la faillite personnelle et l'interdiction de diriger une société. En droit français, les deux sanctions sont prononcées parfois distinctement par le juge¹¹⁹⁴ alors qu'en droit de l'OHADA, le prononcé de la faillite personnelle entraîne de plein droit l'interdiction de diriger. Cela étant, il n'est pas nécessaire d'accorder une étude séparée des deux sanctions. On peut ajouter à ces sanctions extrapatrimoniales, le dessaisissement. En réalité, s'il est vrai que le dessaisissement est une sanction, du moment où il se traduit par un affaiblissement du pouvoir des dirigeants¹¹⁹⁵, il apparaît moins comme une sanction pour faute. Mais il est une mesure destinée à décharger les dirigeants d'une partie de leurs fonctions pour les mettre à la disposition de la justice vu les soupçons de fautes qui pèseraient sur eux, étant donné qu'ils ne sont pas toujours étrangers à la cessation des paiements¹¹⁹⁶. Si le redressement de la société a réussi, les dirigeants sont à l'abri des sanctions professionnelles. En revanche, s'il apparaît une insuffisance d'actif, un procès serait engagé contre le dirigeant pour déterminer sa responsabilité dans l'insuffisance d'actif, ce qui a généralement du succès. Au même moment, le dirigeant dessaisi est soumis à l'obligation de collaborer avec le syndic au risque d'aggraver sa situation. En conciliant l'affaiblissement des pouvoirs du dirigeant avec la mise à sa charge de l'obligation de coopération, le dessaisissement apparaît comme un traitement chirurgical du dysfonctionnement (A). En

¹¹⁹² Com. 5 nov., 2003 *RTD com.* 2004, p. 604, note C. MASCALA.

¹¹⁹³ V. M.-H. RENAULT, *La déconfiture du commerçant, Du débiteur sanctionné au créancier victime*, *RTD com.* 2000, p. 533.

¹¹⁹⁴ V. H. MATSOPOULOU, *Réflexions sur la faillite personnelle et l'interdiction de gérer après les ordonnances récentes de 2004 et 2005, et la loi de sauvegarde des entreprises du 26 juillet 2005*, *D.* 2007, p. 104.

¹¹⁹⁵ G. RIPERT et R. ROBLOT, par Ph. DELEBECQUE et M. GERMAIN, *Traité de droit commercial, Effets de commerce Banque et Bourse Contrats commerciaux Procédures collectives*, t. 2, 16^e éd. LGDJ, Paris, 2000, p. 968, n° 3036.

¹¹⁹⁶ F. THERA, *La réforme de l'OHADA et les procédures collectives d'apurement du passif*, L'harmattan Mali, 2012, p. 155, n° 214.

revanche, les fautes attirant l'interdiction de diriger sont centrées autour de l'incompétence et de la mauvaise foi du dirigeant. Cela étant, l'interdiction de diriger est une mesure qui renvoie les dirigeants indélicats à un redressement personnel (B).

A. Le traitement chirurgical du dysfonctionnement par le dessaisissement

476. Le prononcé de la liquidation d'une société emporte dessaisissement de ses dirigeants¹¹⁹⁷. Le dirigeant dessaisi peut rester en fonction mais avec des pouvoirs réduits, car le dessaisissement opère un transfert au liquidateur des pouvoirs sur les droits et actions patrimoniaux de la société. Le dirigeant ne peut en principe exercer que des droits propres de la société (1) et est obligé de coopérer avec le liquidateur (2).

1. Le maintien en fonction du dirigeant dessaisi avec des pouvoirs réduits

477. Le régime actuel du dessaisissement des sociétés en liquidation judiciaire en droit de l'OHADA est analogue à celui du droit français antérieur à la réforme du 25 juillet 2005. Cette réforme a considérablement changé la physionomie du dessaisissement en France depuis son entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2006, même si les procédures collectives ouvertes avant son application restent soumis au régime antérieur¹¹⁹⁸. Selon l'article 53 alinéa 2 et 3 de l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif, « *la décision qui prononce la liquidation des biens emporte, de plein droit, à partir de sa date, et jusqu'à la clôture de la procédure, dessaisissement pour le débiteur de l'administration et la disposition de ses biens présents et de ceux qu'il peut acquérir à quelque titre que ce soit, sous peine d'inopposabilité de tels actes, sauf s'il s'agit d'actes conservatoires. Les actes, droits et actions du débiteur concernant son patrimoine sont accomplis ou exercés, pendant toute la durée de la liquidation des biens, par le syndic agissant en représentation du débiteur* ». Le contenu de cette disposition est identique à l'article L. 622-9 ancien du Code de commerce. Par contre, selon l'article L. 641-9 du Code de commerce issu de la réforme de 2005, « *Le jugement qui ouvre ou prononce la liquidation judiciaire emporte de plein droit, à partir de sa date, dessaisissement pour le débiteur de l'administration et de la disposition de ses biens même de ceux qu'il a acquis à quelque titre que ce soit tant que la liquidation judiciaire n'est pas clôturée. Les droits et actions du débiteur concernant son patrimoine sont exercés pendant toute la durée de la liquidation judiciaire par le liquidateur. Toutefois, le débiteur peut se constituer partie civile dans le but d'établir la culpabilité de l'auteur d'un crime ou d'un délit dont il serait victime. Le débiteur accomplit également les actes et exerce les droits et actions qui ne sont pas compris dans la mission du liquidateur ou de l'administrateur lorsqu'il en a été désigné. Lorsque le débiteur est une personne morale, un mandataire peut être désigné, en cas de nécessité, au lieu et place des dirigeants sociaux par ordonnance du président du tribunal sur requête de tout intéressé, du liquidateur ou du ministère public...* ». La réforme du 25 juillet 2005 marque la vision nouvelle du législateur français au sujet du dessaisissement contrairement au législateur de l'OHADA.

¹¹⁹⁷ V. H. KENFACK, *Effets du jugement prononçant la liquidation judiciaire d'une société*, D. 1998, p. 348.

¹¹⁹⁸ V. Cass. com., 19 oct. 2010, n° 09-66784, L'ESSENTIEL Droit des entreprises en difficulté, 01 décembre 2010 n° 11, p. 6, note I. PARACHKEVOVA.

478. Le droit de l'OHADA semble user du dessaisissement à titre d'instrument chirurgical au sein des directions des sociétés liquidées pour provoquer le retrait des pouvoirs de représentation à ses membres au profit du syndic. Sur ce point, le droit des sociétés a un impact significatif sur l'application du droit des entreprises en difficulté. Selon l'article 200-6° de l'AUSCGIE révisé, la société prend fin par « l'effet par l'effet d'un jugement ordonnant la liquidation des biens de la société ». Le correspondant de cette disposition en droit français est l'article 1844-7-7° du Code civil. A l'instar de l'article 201 alinéa 3 de l'AUSCGIE, l'article 1844-8 alinéa 4 du Code civil prévoit que la personnalité morale de la société subsiste pour les besoins de la liquidation. Interprétant ces deux textes de manière combinée, la jurisprudence a constamment affirmé que les dirigeants de la société n'avaient plus qualité pour la représenter¹¹⁹⁹. Une société dissoute ne pouvant plus être représentée, la liquidation met fin automatiquement à la fonction de ses dirigeants. Le dessaisissement contraint les dirigeants à opérer, dès le prononcé de la liquidation, la passation de services en faveur syndic. Cette passation de service se matérialise par la remise au syndic de tous les documents de travail par les dirigeants ou par un tiers détenteur¹²⁰⁰. Il s'agit notamment des livres comptables ou tout autre document devant renseigner le syndic pour la réalisation de ses travaux. La mise de ces documents à la disposition du syndic vient clore le chapitre de l'exercice des pouvoirs de représentation par les dirigeants et par conséquent leur élimination de la direction sociale.

Ce moyen d'élimination du dirigeant des affaires paralyse l'exercice des droits propres de la société. Car, n'étant pas un organe social, le liquidateur ne peut exercer que les droits et actions patrimoniaux de la société¹²⁰¹. Cette peine de mort infligée aux sociétés par la liquidation avait aussi prévalu en France avant l'entrée en vigueur de la loi de sauvegarde du 26 juillet 2005¹²⁰². Elle a d'ailleurs entraîné la condamnation de la France par la Cour européenne des droits de l'homme, dans un arrêt *Arma c/ France*¹²⁰³, pour ses règles antérieures à la réforme du 26 juillet 2005, à propos de la représentation d'une société dissoute du fait de l'ouverture d'une liquidation judiciaire. Il était notamment question de l'impossibilité pour l'ancien dirigeant d'une personne morale d'exercer une voie de recours, le privant, ni plus, ni moins, de son droit d'accès à un tribunal.

479. Cependant, depuis le 1^{er} janvier 2006 marquant l'entrée en vigueur de la loi de sauvegarde du 26 juillet 2005, la situation a changé en France au regard du dessaisissement des dirigeants. La liquidation judiciaire ne met plus fin aux fonctions du dirigeant. C'est la fin de la peine de mort infligée aux sociétés¹²⁰⁴. Certes, les dirigeants sociaux sont privés du pouvoir d'exercer les droits et actions patrimoniales de la société, puisque ce pouvoir est

¹¹⁹⁹ Cass. com., 16 mars 1999, n° 96-19078, D. 2000, p. 513, note H. KENFACK.

¹²⁰⁰ V. art. 55 de l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif.

¹²⁰¹ Cass. crim., 10 févr. 2010, n° 08-87357, Bull. Joly Sociétés, 01 juillet 2010 n° 7, p. 670, § 142, note E. M. BASSILANA.

¹²⁰² V. pa ex., Y. PACLOT et Ph. ROUSSEL GALLE, *Quelques remarques sur la réparation du préjudice d'une société dissoute par l'effet d'une liquidation judiciaire. - (à la suite de l'arrêt rendu par la chambre commerciale de la Cour de cassation le 13 mars 2007)*, JCP éd. E, n° 37, 11 Septembre 2008, 2101.

¹²⁰³ CEDH, 8 mars 2007, n° 23241/04, D. 2007, p. 870, note A. LIENHARD ; Rev. sociétés 2007 p. 607, note P.-M. LE CORRE. V. aussi, H. CANTIN, *La représentation d'une société en liquidation judiciaire*, Rev. proc. coll. janv. 2008, étude 4.

¹²⁰⁴ F.-X. LUCAS, *Pour en finir avec la peine de mort infligée aux sociétés*, Bull. Joly Sociétés 2008, p. 371, éditorial.

transféré au liquidateur. Mais ils sont habilités à exercer les droits propres de la société au nombre desquels figurent ses actions personnelles lui permettant de former un recours contre le jugement d'ouverture de la procédure collective¹²⁰⁵, de se défendre contre une action pénale intentée à son encontre¹²⁰⁶ ou de demander la réparation d'un préjudice de la société liquidée¹²⁰⁷. Il n'est pas exclu qu'un mandataire soit exceptionnellement désigné au lieu et place des dirigeants sociaux par ordonnance du président du tribunal sur requête de tout intéressé, du liquidateur ou du ministère public¹²⁰⁸.

Il est donc regrettable que pour cause de dettes, une société soit mise à mort, alors que pour la même cause, la mise à mort du débiteur surendetté prévue par la loi des XII tables a été longtemps supprimée ainsi que la prison pour dettes des personnes physiques¹²⁰⁹. Même si le législateur français a supprimé la décapitation des sociétés pour cause de dettes, il importe qu'il modifie l'article 1844-7, 7°, du Code civil en n'incluant la liquidation au nombre des causes de dissolution qu'à condition que la procédure soit close pour insuffisance d'actif¹²¹⁰. Une telle réforme permet à une société d'échapper à la mort et de rebondir dans l'hypothèse où la procédure collective à laquelle est confrontée est close pour extinction du passif avec la possibilité pour ses dirigeants de continuer à assurer sa direction. La même réforme peut être entreprise par le législateur de l'OHADA pour éviter la peine de mort aux sociétés qui ne la méritent en dépit de leur liquidation. La réduction des pouvoirs des dirigeants à l'exercice des droits résiduels de la société n'exclut pas que le liquidateur ait recours à leur service dans la réalisation de sa mission.

2. Les rôles complémentaires du dirigeant dessaisi

480. S'il est vrai que le dessaisissement diminue les pouvoirs des dirigeants, il n'exclut pas pour autant toute proximité des dirigeants avec le liquidateur judiciaire. Les dirigeants ont le droit de contrôler les actes du syndic et peuvent se faire confier des rôles non-directoriaux.

S'agissant de leur rôle de contrôle, les dirigeants veillent à l'exercice efficient des pouvoirs de représentation du syndic. Selon l'alinéa 4 de l'article 53 de l'AUPC, « *si le syndic refuse d'accomplir un acte ou d'exercer un droit ou une action concernant le patrimoine du débiteur, (...) les dirigeants de la personne morale (...) peuvent l'y contraindre par décision du Juge-commissaire...* ». La répartition des rôles entre les dirigeants et le syndic semble apparaître davantage clarifiée : le syndic a le pouvoir de représentation tandis que les dirigeants ont le pouvoir de contrôle qu'ils partagent avec les contrôleurs nommés. En vertu de leur pouvoir de contrôle, les dirigeants dessaisis

¹²⁰⁵ H. CANTIN, *La représentation d'une société en liquidation judiciaire*, *Rev. proc. coll.* janv. 2008, étude 4.

¹²⁰⁶ Par ex., Cass. crim., 10 févr. 2010, préc.

¹²⁰⁷ V. par analogie, Y. PACLOT et Ph. ROUSSEL GALLE, *Quelques remarques sur la réparation du préjudice d'une société dissoute par l'effet d'une liquidation judiciaire. - (à la suite de l'arrêt rendu par la chambre commerciale de la Cour de cassation le 13 mars 2007)*, préc., n° 16 s.

¹²⁰⁸ V. A. BEUVE, *La coexistence du liquidateur judiciaire et du liquidateur amiable après la loi de sauvegarde des entreprises*, *JCP N* 2007, 1170.

¹²⁰⁹ F.-X. LUCAS, *Pour en finir avec la peine de mort infligée aux sociétés*, préc., p. 371.

¹²¹⁰ En ce sens, H. CANTIN, *La représentation d'une société en liquidation judiciaire*, préc., n° 32 ; F.-X. LUCAS, *Pour en finir avec la peine de mort infligée aux sociétés*, préc., p. 371.

peuvent exercer les droits individuels de la société¹²¹¹, notamment la possibilité d'exercer des voies de recours à l'encontre de certaines décisions : ils peuvent exercer un recours contre la décision du juge-commissaire admettant ou rejetant une créance¹²¹², autorisant la vente aux enchères publiques d'un immeuble lui appartenant¹²¹³. Ils peuvent également demander au juge-commissaire de saisir le tribunal en vue du remplacement du liquidateur¹²¹⁴. De même, les dirigeants peuvent demander que la décision de clôture pour insuffisance d'actif soit rapportée sur justification que les fonds nécessaires aux frais des opérations ont été consignés entre les mains du syndic¹²¹⁵. La direction échappe aux dirigeants mais leur proximité avec la direction se fonde sur la mutation de leur fonction en contrôleur.

481. S'agissant de leur rôle de conseil, les dirigeants sont sollicités par le liquidateur pour l'éclairer sur certains points concernant la vie passée de la société. Pour cela, comme le prévoit l'alinéa 2 de l'article 114 de l'AUPC, « *en cas de liquidation des biens, (...) les dirigeants de la personne morale peuvent être employés pour faciliter la gestion qu'avec l'autorisation de la juridiction compétente...* » à la requête certaine du syndic. Dans ce contexte, le syndic a recours aux expériences et avis des dirigeants et non à leur expertise. Expériences, car en raison du temps passé à la direction sociale, les dirigeants disposent d'une maîtrise incontestable des arcanes du pouvoir au sein de la société ainsi que du milieu environnant de la société et surtout ses rapports avec les tiers. A partir de leurs expériences, les dirigeants peuvent renseigner le liquidateur sur la vie de la société et ses rapports avec les tiers pour faciliter la réalisation des opérations liquidatives. Il pèse sur les dirigeants l'obligation de collaborer avec le liquidateur au point que tout refus d'un dirigeant de satisfaire à cette obligation pourrait être considéré comme fautif comme, c'est le cas en matière d'administration provisoire¹²¹⁶. De plus, les dirigeants sont consultés par le syndic pour recueillir leur avis sur les offres d'acquisition faite au sujet de tout ou partie de l'actif mobilier ou immobilier à céder¹²¹⁷.

Toutefois, le recours aux dirigeants n'est pas effectué en raison de leur expertise sur deux points majeurs. D'une part, leur expertise en matière de direction est remise en cause par la conduite de la société à la ruine. Ils n'ont fait montre d'aucune expertise crédible. Ils ont plutôt démontré toute leur incompétence à assumer la direction de l'entreprise. D'autre part, la liquidation des biens est, en revanche, confiée au syndic en raison de son expertise dans le domaine. Il est choisi en considération de son expertise avérée provenant de ses formations et qualifications professionnelles en la matière. A ces atouts dont dispose le syndic, peuvent s'adjoindre ses expériences personnelles en la matière, s'il a déjà dirigé dans le passé d'autres opérations liquidatives.

¹²¹¹ V. not., F. PEROCHON et R. BONHOMME, *Entreprises en difficulté et instruments de crédit et de paiement*, 3e éd., LGDJ, 1997, n° 374 ; M.-N. LEGRAND, *Les pouvoirs du débiteur dessaisi*, *Rev. proc. coll.* 1991, p. 11.

¹²¹² Art. 88 al. 2 de l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif.

¹²¹³ V. Cass. com., 2 avr. 1996, *D.* 1996, *IR* p. 123 ; *RJDA* 1996, n° 1117.

¹²¹⁴ Art. 42 de l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif.

¹²¹⁵ Art. 175 de l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif.

¹²¹⁶ H. M. G. OUEDRAOGO, *L'administration provisoire des sociétés commerciales*, *Rev. Burkinabè de droit*, n° 24, décembre 1993, p. 202. – V. aussi J. CAVALLINI, *Le juge des référés et les mandataires de justice dans les sociétés in bonis*, *Rev. sociétés* 1998 p. 247.

¹²¹⁷ Art. 161 al. 1 de l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif.

482. Enfin, le dessaisissement marque l'élimination progressive des dirigeants des affaires à travers leur marginalisation de la sphère de décision de la société. Ils sont réduits à exercer les droits propres de la société, à contrôler et conseiller le liquidateur. Le parachèvement de l'élimination des dirigeants interviendra plus tard avec la déchéance de leur droit de diriger par la condamnation à la faillite personnelle dans le but de les renvoyer à un redressement personnel.

B. Le renvoi judiciaire des dirigeants fautifs à un redressement personnel

483. Certaines fautes commises par les dirigeants sont dues à leur incompétence et à leur déloyauté. Il s'agit des fautes sanctionnées par la faillite personnelle. Certes, cette sanction donne lieu à une éjection des dirigeants de la société mais poursuit un autre objectif certain. Elle renvoie les dirigeants pendant le temps de leur exclusion de la fonction à se redresser en suivant des formations pour acquérir les outils de la bonne gouvernance ou renforcer leur capacité et abandonner les attitudes déloyales. C'est la dimension curative de la réparation du dysfonctionnement causal consistant à convier les dirigeants maladroits vers une prise de conscience de leur incompétence et de leur état moral en vue de chercher à s'améliorer pendant le temps de leur isolement. Ainsi, l'interdiction de gérer découlant d'application de la faillite personnelle sert-elle de thérapie pour éloigner le dirigeant fautif des affaires pour qu'il fasse son autocritique et cherche les voies et moyens pour se relever de ses indécidatesses. (1). Ce renvoi à un redressement personnel du dirigeant fautif est garantie par la sanction de la violation de l'interdiction de diriger (2).

1. Un renvoi par l'interdiction de diriger issue de la faillite personnelle

484. L'interdiction de diriger est une sanction qui participe de l'assainissement des professions commerciales et industrielle¹²¹⁸. Considérée comme un diminutif de la faillite personnelle¹²¹⁹, elle constitue son effet automatique¹²²⁰ et par voie de conséquence une incapacité commerciale¹²²¹ des dirigeants. Un auteur a entrepris une distinction entre l'interdiction de diriger et la déchéance en se servant du critère d'incombance qu'il désigne par « ...une exigence de comportement imposé dans la mise en œuvre d'un droit »¹²²². Pour lui en effet, d'une part, l'interdiction de diriger sanctionne les conditions de formation d'un droit alors que la déchéance sanctionne les conditions d'exercice d'un droit¹²²³. D'autre part, « ...la déchéance sanctionne le non-respect d'une condition

¹²¹⁸ G. RIPERT, *L'assainissement des professions commerciales et industrielles*, D. 1947, chron., p. 141 ; F. DERRIDA, *A propos de la faillite personnelle*, D. 1975, p. 204, n° 10 ; R. DE BOUBÉE, *Le nouveau régime des interdictions professionnelles selon la loi du 29 déc. 1972*, D. 1973, chron. 275 ; THOMAS, *Le relèvement des interdictions, déchéances ou incapacités professionnelles*, D. 1973, I, 2581.

¹²¹⁹ Ph. PETEL, *Procédures collectives*, 2^e éd., Dalloz 1998, p. 213, n° 432.

¹²²⁰ H. MATSOPOULOU, *Réflexions sur la faillite personnelle et l'interdiction de gérer*, D. 2007, p. 110.

¹²²¹ Cf. B. BOULOC, *Le droit nouveau des incapacités commerciales*, *Rev. sociétés* 2009, p. 763.

¹²²² F. LUXEMBOURG, *La déchéance des droits (Contribution à l'étude des sanctions civiles)*, th. Paris II, préf. A. GHOZI, Edition Panthéon Assas, 2007, spéc. n°s 679 et 688 à 696.

¹²²³ *Ibid*, n° 694.

de l'exercice de certains droits, contrairement à l'interdiction qui punit un comportement juridiquement répréhensible indépendamment de toute condition de l'exercice d'un droit »¹²²⁴.

Certes les deux sanctions se distinguent sur leurs causes, mais il n'en est pas de même au sujet de leurs résultats. L'interdiction de diriger comme la déchéance limite les marges de manœuvre de leur débiteur à l'égard de leurs droit et pouvoirs.

485. La déchéance du pouvoir de représentation. A l'égard des dirigeants, l'interdiction de diriger entraîne une déchéance de leurs pouvoirs de représentation. Contrairement au dessaisissement qui affaiblit les pouvoirs des dirigeants, l'interdiction de diriger exclut le dirigeant de toutes les sociétés existantes ou à exister pendant toute sa durée. Néanmoins, cette sanction est exclue à l'égard du dirigeant dans la cadre d'une seconde procédure ouverte dans un Etat différent de celui où la procédure principale est ouverte¹²²⁵. L'interdiction de diriger est un effet direct de la faillite personnelle en droit de l'OHADA. L'article 203 de l'Acte uniforme est le siège des effets de la faillite personnelle. Ce texte précise que « *la décision qui prononce la faillite personnelle emporte de plein droit l'interdiction de faire le commerce et notamment de diriger, de gérer, administrer ou contrôler une entreprise commerciale...* ». La faillite personnelle peut frapper autant les personnes physiques dirigeantes que les représentants permanents de personnes morales dirigeantes d'une société¹²²⁶. La fixation de sa durée dépend du pouvoir souverain des juges mais elle ne saurait être inférieure à trois ans ou supérieure à dix ans¹²²⁷. Toutefois, si la sanction infligée relève de l'appréciation souveraine des juges du fond, il importe, lorsque plusieurs faits sont retenus, que chacun d'entre eux soit légalement justifié¹²²⁸.

485 bis. La levée de l'interdiction de diriger. L'interdiction de diriger est levée simultanément lorsque la durée de la faillite personnelle finit ou si, avant la fin de cette durée, les dirigeants sont réhabilités. La réhabilitation est entraînée par la décision de clôture pour extinction du passif¹²²⁹, plus précisément lorsque les dirigeants paient les dettes mises à leur charge¹²³⁰. C'est le cas aussi lorsque les dirigeants exécutent, selon le droit français après les réformes issues de l'ordonnance du 18 décembre 2008, une condamnation en responsabilité pour insuffisance d'actif¹²³¹. Cette condition de la levée de l'interdiction ne résout que l'une de ses causes, cette cause étant, selon l'article 198-3° de l'Acte uniforme, le non acquittement du passif social mis à la charge des dirigeants. Quant aux autres causes que sont le problème de l'incompétence des dirigeants et le problème d'éthique des dirigeants, cette condition de levée de la déchéance ne peut leur servir de solution adéquate, d'où la nécessité d'y trouver des solutions.

¹²²⁴ *Ibid*, n° 695.

¹²²⁵ Com. 22 janv. 2013, n° 11-17.968, F-P+B, *Rev. sociétés* 2013, p. 183, note L. C. HENRY.

¹²²⁶ Art. 194 de l'Acte uniforme portant procédures collectives d'apurement du passif.

¹²²⁷ Art. 203 al. 2 de l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif.

¹²²⁸ Com., 1^{er} déc. 2009, *Rev. sociétés* 2010 p. 256, note N. MORELLI.

¹²²⁹ Art. 204 al. 1^{er} de l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif.

¹²³⁰ Par ex. CA Paris, 9^e ch., 3 févr. 2011, n° 09/28413, *Juris-Data* n° 2011-001578, *Dr. sociétés* n° 7, 2011, comm. 137, note J.-P. LEGROS.

¹²³¹ Ph. R. GALLE, *Le dirigeant de société et le "nouveau" droit des entreprises en difficulté issu de la réforme du 18 décembre 2008*, *Rev. sociétés* 2009, p. 249, n° 48.

486. Le problème de l'incompétence du dirigeant interdit de fonction. En ce qui concerne l'incompétence, elle constitue en soi une faute autonome nécessitant la déchéance du droit de diriger. A ce sujet, l'article 198-1° de l'AUPC prévoit que le dirigeant ayant fait preuve d'une incompétence manifeste peut être condamné à l'interdiction de diriger. Au-delà, les infractions aux règles et usages du commerce prévues à l'article 196-5°, lesquelles infractions sont détaillées à l'article 197 du même Acte uniforme peuvent être favorisées par l'incompétence des dirigeants reposant sur leur ignorance de ces règles ou sur le défaut pour eux d'avoir reçu une formation appropriée pour faciliter l'assimilation de ces règles. En conséquence, les dirigeants peuvent, en toute ignorance, se donner à l'exercice de leur fonction contrairement aux interdictions des Actes uniformes. Le défaut de maîtrise des règles comptables entraîne une tenue hasardeuse de la comptabilité. La non-maîtrise ou l'ignorance par les dirigeants des règles régissant le marché peut favoriser la réalisation des achats au-dessus du cours. Le défaut d'expertise dans les négociations contractuelles peut priver les dirigeants d'aptitudes nécessaires pour éviter la souscription pour le compte d'autrui sans contrepartie d'engagement trop important au moment de la conclusion sans pour autant que les dirigeants sachent que ces actes affecteront la situation de l'entreprise. L'accomplissement de ces actes pourtant incriminés peut être mis sur le compte de l'incompétence des dirigeants ignorant la plupart des règles régissant les affaires.

487. Le problème du manque d'éthique du dirigeant interdit de fonction. S'agissant du manque d'éthique des dirigeants, elle se traduit par la méprise des dirigeants à l'égard du patrimoine et de l'existence de la société. Comme le relève l'article 196 de l'AUPC, ce manque d'éthique des dirigeants se traduit notamment par la soustraction de la comptabilité de l'entreprise, le détournement ou la dissimulation de son actif, la reconnaissance frauduleuse de dettes fictives à la charge de la société, le règlement des conflits d'intérêts au détriment de la société, l'abus du crédit et des biens sociaux, l'obtention d'un concordat frauduleux annulé par la suite. Ces actes incriminés sont des fautes intentionnelles. A cet égard, point n'est besoin de formation quelconque pour adopter des attitudes d'une personne raisonnable. Ces fautes nécessitent une élimination des dirigeants non seulement de l'entreprise compromise par leurs actes mais aussi de toute autre société existante ou à créer pour empêcher une récurrence de ces actes. La négligence des solutions au problème d'incompétence et d'éthique des dirigeants expose toujours le monde des affaires à un risque de désorganisation, à un risque de compromission des intérêts sociaux par les actes des dirigeants revenus aux affaires.

488. Le traitement du problème de l'incompétence du dirigeant interdit de fonction. Au regard de ces actes traduisant l'incompétence, la levée de l'interdiction de diriger ne saurait se limiter à la condition du paiement du passif mis à leur charge. Il y a lieu d'instituer d'autres mesures dont le juge doit tenir compte avant de lever, avant son terme, la déchéance du droit de diriger. Pour cela, des réformes sont nécessaires pour permettre au juge de tenir compte d'autres éléments avant la levée de la déchéance. La plupart des fautes de gestion donnant lieu à la faillite personnelle laissent entrevoir l'incompétence des dirigeants à diriger en raison du défaut de formation adéquate pour assumer la fonction. Il y a lieu d'ériger, au nombre des conditions de la levée de l'interdiction de

gérer, la preuve d'une formation complémentaire reçue par les dirigeants antérieurement déçus. Ils doivent présenter des garanties démontrant leur capacité à diriger reposant sur les efforts de formation qu'ils auraient consentis, en particulier la formation professionnelle, des stages, des recyclages, en plus de leur expérience passée et les compétences qui leur sont reconnues¹²³².

488 bis. Le traitement du problème du manque d'éthique du dirigeant interdit de fonction. Au sujet de l'éthique des dirigeants, ceux-ci doivent prendre un engagement sur l'honneur de tenir la comptabilité conformément aux règles et usages du commerce, d'exercer dorénavant les pouvoirs exclusivement dans l'intérêt social et de s'abstenir de tout acte qui pourrait porter atteinte au patrimoine et à l'existence de la société. L'engagement étant pris devant le juge, il s'agira d'un serment. Peu importe la forme de ce serment. Il peut être oral ou écrit. Son importance réside dans son impact sur la fonction future des dirigeants obligés à le respecter au bénéfice de la société sous peine de voir aggravée leur responsabilité en cas de violation de ce serment. Un dirigeant déchu qui ne fournit pas ces garanties ne mérite pas de réintégrer le monde des affaires avant la fin de sa peine de déchéance. La méprise de sa sanction aggrave sa situation.

2. Un renvoi garanti par la sanction de la violation de l'interdiction de diriger

489. L'hypothèse de la violation par les dirigeants de l'interdiction de diriger ne saurait être totalement exclue, d'où la nécessité de garantir son respect. Si la représentation d'une société dotée de personnalité morale par un failli est impossible, celle de la gestion des sociétés sans personnalité juridique ne saurait être exclue. L'hypothèse de la direction des sociétés dotées de personnalité morale par le failli est inenvisageable, car la décision de la faillite étant mentionnées au Registre du commerce et du crédit mobilier tenu au greffe du tribunal, le greffier rejettera toute demande d'immatriculation d'une société dont la direction serait confiée à un failli¹²³³. Mais cette impossibilité est relative, car elle peut être contournée par la technique de délégation de pouvoirs¹²³⁴ ou de signature¹²³⁵ par les dirigeants légaux au bénéfice du failli. L'hypothèse de la gestion des sociétés sans personnalité morale est envisageable dans la mesure où la société en participation et la société créée de fait peuvent être gérées par des faillis étant donné que l'existence de ces sociétés ne dépend pas d'un quitus du greffier. Aussi, la déchéance du droit de diriger emportant l'interdiction de contrôler une entreprise, elle empêche impérativement l'exercice de la fonction de commissaire aux comptes par le failli. Quant au contrôle politique de la société par le biais de son capital, le failli peut se l'assurer à travers une participation minoritaire dans le capital

¹²³² J.-P. LEGROS, *Interdiction de gérer*, note sous CA Paris, 9^e ch., 3 févr. 2011, n° 09/28413 : *Juris-Data* n° 2011-001578, *Dr. sociétés* 2011, comm. 137.

¹²³³ V. art. 46-9° de l'Acte uniforme portant sur le droit commercial général.

¹²³⁴ Au sujet de la délégation de pouvoirs, v. *infra* n° 613 s.

¹²³⁵ Cf. J.-Ph. HAEHL, *Diversité des moyens utilisés par les dirigeants de fait pour masquer l'exercice de leurs pouvoirs de direction*, *RTD com.* 1996, p. 539.

d'une entreprise et en s'entourant d'hommes de paille qui auront un contrôle de droit par la détention minimale de la moitié des droits de vote¹²³⁶ afin qu'il puisse avoir un contrôle de fait ou indirect sur la société.

490. Ces moyens de contournement de l'interdiction peuvent être fermés par des instruments juridiques appropriés en vue d'amener les dirigeants interdits de gérer à prendre conscience de leur incompétence ou de leur manque d'éthique pour se corriger par des formations.

D'un côté, au regard du contournement par la gestion éventuelle des sociétés sans personnalité morale, des précisions doivent être apportées aux dispositions applicables pour étendre expressément l'interdiction à toutes les sociétés indépendamment de l'acquisition de la personnalité morale.

De l'autre, pour éviter le contournement par les participations éventuelles des dirigeants au capital des sociétés, il convient d'interdire les participations des faillis au capital d'une société. Toutes ces mesures sont garanties par la prévision par le législateur d'une sanction pénale supplémentaire à l'encontre des anciens dirigeants qui vont retrouver le monde des affaires avant l'expiration de la durée de la sanction sans chercher à se remettre à niveau. C'est pourquoi, l'article 233-4° de l'AUPC prévoit une peine de banqueroute pour les dirigeants qui auront contrevenu à leur déchéance.

En droit français, l'article L. 128-5 du Code de commerce qui avait prévu une peine de cinq ans d'emprisonnement et une amende de 375 000 euros pour méconnaissance de la déchéance a été par la suite abrogée par la loi du 4 août 2008 sans y suppléer une autre sanction. Sur la base de cette abrogation, les juges étaient en droit de renvoyer le prévenu des fins de la poursuite pour violation d'une interdiction de gérer¹²³⁷. Par la suite, l'article 434-40 du Code pénal français fit ressusciter la sanction de la violation de l'interdiction d'exercer une activité professionnelle ou sociale dont la punition est de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 euros d'amende¹²³⁸. Aussi, en droit de l'OHADA, sa violation est-elle pénalement sanctionnée par la peine de banqueroute frauduleuse¹²³⁹. Cette sanction semble garantir l'élimination des dirigeants des affaires et constituer une mesure dissuasive contre la violation de l'interdiction.

491. Enfin, la sanction de la violation de l'interdiction de gérer constitue une mesure appropriée pour garantir la remise forcée à niveau des dirigeants incompétents. Cette garantie se renforce par certains effets attachés à leur inactivité forcée traduits par l'irrecevabilité d'une action de l'interdit pour malversation d'un liquidateur¹²⁴⁰. Au-delà, elle doit servir à moraliser les dirigeants pour un changement d'attitude dans les affaires. Le prononcé de l'interdiction

¹²³⁶ Art. 175 de l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du GIE. Aussi sur la notion de contrôle, cf. not., J. PAILLUSSEAU, *La cession de contrôle*, JCP 1986, I, 3224 ; D. ROUX, *La spécificité des cessions de contrôle*, Rev. sociétés 1980, p. 49 ; B. OPPETIT, *Les cessions de droits sociaux emportant le transfert du contrôle d'une société : essai de synthèse*, Rev. sociétés 1978, p. 631.

¹²³⁷ Crim., 16 déc. 2009, Rev. sociétés 2010, p. 51, note B. BOULOC ; D. 2010, Somm. p. 147 ; AJ Pénal 2010, p. 77 ; RTD com. 2010, p. 442, note B. BOULOC ; Dr. pén. 2010, comm. 23.

¹²³⁸ INFOREG, *L'interdiction de gérer une entreprise commerciale depuis la LME*, Cah. dr. entr. 2010, prat. 18.

¹²³⁹ Art. 233-1-4° de l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif.

¹²⁴⁰ Crim. 10 mars 2010, Bull. crim. n° 50, D. 2010. 1276 ; AJ pénal 2010. 297 ; D. 2010, p. 2758, obs. B. BOULOC.

contre les dirigeants n'exclut pas leur condamnation à une autre interdiction sous réserve que la seconde interdiction ne puisse intervenir sur les mêmes faits ou dans une même procédure et que l'addition des peines ne saurait dépasser la maximale légale¹²⁴¹. Le non-respect de l'interdiction constitue une faute passible de peine de banqueroute qui partage avec la faillite personnelle le besoin d'assainir la direction.

SECTION 2. LA MONOTHÉRAPIE APPLICABLE AU DYSFONCTIONNEMENT POST-CAUSAL

492. Le dysfonctionnement post-causal de la direction est patent lorsque ses membres commettent de fautes postérieurement à la cessation des paiements. Ces fautes constituent des actes frauduleux traduisant la mauvaise foi des dirigeants. Elles passent toutes sous l'incrimination de banqueroute et attirent donc une thérapie uniforme. La banqueroute est la marque du manque d'égard des dirigeants pour les créanciers, car les fautes sont de natures à compromettre les chances de paiement de leurs créances pour lesquelles une procédure collective est nécessairement ouverte. Cela étant, le dysfonctionnement post-causal est traité grâce à une thérapie exclusivement contre la banqueroute (§ 1) en vue de préserver le gage des créanciers (§ 2).

§ 1. Une thérapie anti-banqueroute

493. Les divers cas de banqueroute visés aux articles 231 à 233 de l'AUPC comportent un élément intentionnel commun : l'aggravation conscience du passif social par le dirigeant en dépit de l'état de la cessation des paiements de la société et au mépris de l'intérêt des créanciers sociaux. Pour la banqueroute par détournement ou dissimulation de tout ou partie de l'actif du débiteur et pour la banqueroute par augmentation frauduleuse de passif du débiteur, un simple dol suffit¹²⁴². En revanche, l'élément moral du délit de banqueroute par tenue de comptabilité manifestement incomplète ou irrégulière exige un dol spécial, consistant dans le caractère manifeste de l'irrégularité¹²⁴³. Le dirigeant est sanctionné pour banqueroute lorsque les éléments de l'infraction sont réunis (A). Mais le dirigeant poursuivi pour banqueroute peut être relaxé en l'absence de réunion de ces éléments ou lorsque les faits délictueux sont prescrits (B).

A. La condamnation du dirigeant coupable de banqueroute

494. « *La banqueroute est une infraction complexe indissociable du contexte des procédures collectives* »¹²⁴⁴. Son avènement remonte au XVI^e siècle en France¹²⁴⁵. En effet, depuis une ordonnance de 1560, les commerçants, ne pouvant plus faire face à leurs engagements, étaient sanctionnés, au titre de la banqueroute, de la peine de mort. Le Code de commerce de 1807 a maintenu, dans son livre III, l'incrimination de la banqueroute frauduleuse, dont les peines étaient prévues par le Code pénal. Celui-ci retint la peine des travaux forcés à temps, sauf pour les courtiers et les agents de change pour qui la peine était celle des travaux forcés à perpétuité. Ce régime a été assoupli par la loi du 28 mai 1838 qui modifia les mesures de la banqueroute simple comprenant deux volets : la banqueroute

¹²⁴¹ Par ex. Crim., 31 oct. 2007, *Abd El Illah X*, *Rev. sociétés* 2008, p. 165.

¹²⁴² Cass. crim., 5 juin 1989, n° 87-91.278, *Bull. crim.*, n° 233 ; *JCP G* 1989, IV, p. 320, *Gaz. Pal.* 1991, 1, jur., p. 24

¹²⁴³ Lamy Droit Pénal des Affaires 2012, n° 2326.

¹²⁴⁴ A. CERF-HOLLENDER, *Banqueroute : autonomie du juge pénal et caractère purement formel de l'exigence de l'ouverture préalable d'une procédure de redressement ou de liquidation judiciaires*, *Act. proc. coll.* 2010, alerte 166.

¹²⁴⁵ H. MATSOPOULOU, *La banqueroute (Quelques aspects d'actualisation)*, *Petites affiches* 2008, n° 122, p. 30.

simple facultative et la banqueroute simple obligatoire. Dans les deux hypothèses, il s'agissait de délits punissables de peines correctionnelles. Le décret du 20 mai 1955 sur la réforme du droit de la faillite n'apporta pas d'aménagement. En revanche, l'ordonnance du 23 décembre 1958, outre qu'elle intégra la réforme de la faillite opérée par le décret de 1955 dans le Code de commerce, aménagea les sanctions. Désormais, la banqueroute frauduleuse n'est plus un crime, mais un délit puni des peines correctionnelles. Par la suite, le droit des procédures collectives fut réformé par la loi n° 67-563 du 13 juillet 1967 qui entendait distinguer l'homme et l'entreprise. Cette réforme fit une place à des sanctions civiles, comme la faillite personnelle, prononcées pour des faits pouvant aussi constituer des cas de banqueroute simple, tout en relevant de la compétence des juges commerciaux. Moins d'une décennie plus tard, ce droit a fait l'objet de modifications avec la loi n° 85-98 du 25 janvier 1985, relative au redressement et à la liquidation judiciaire des entreprises, ayant supprimé toute distinction entre les types de banqueroutes. Le dispositif répressif a été, ultérieurement, complété par la loi n° 94-475 du 10 juin 1994 qui a institué un autre cas de banqueroute, celui de la tenue d'une comptabilité manifestement incomplète ou irrégulière. Les réformes se sont poursuivies en France¹²⁴⁶, mais les textes antérieurs à l'avènement de l'OHADA ont inspiré le législateur communautaire africain dans la rédaction de l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif en général et particulièrement dans la prévision de la banqueroute.

495. En principe, la banqueroute n'est encourue que lorsque la procédure collective est ouverte conformément aux prescriptions légales. Cette ouverture se fait par le juge commercial dès lors qu'il constate l'état de cessation des paiements de la société. L'article 32 de l'AUPC précise que *« l'ouverture d'une procédure collective de redressement ou de liquidation ne peut résulter que d'une décision de la juridiction compétente »* : c'est l'affirmation de la faillite de droit au cours de laquelle peuvent être poursuivis les dirigeants pour banqueroute lorsqu'ils sont coupables des faits postérieurs à l'ouverture de la procédure. Néanmoins, selon l'article 236 de l'AUPC, *« une condamnation pour banqueroute (...) peut être prononcée même si la cessation des paiements n'a pas été constatée dans les conditions prévues dans le présent Acte uniforme »* : c'est la consécration exceptionnelle de la faillite de fait. Ainsi, la condamnation des dirigeants pour banqueroute peut-elle intervenir qu'il s'agisse d'une faillite de droit ou de fait. La coexistence de la faillite de droit et de la faillite de fait donne lieu à une faillite duale dans laquelle les dirigeants peuvent être condamnés pour banqueroute (1). De plus, le législateur de l'OHADA n'a prévu aucune peine de banqueroute renvoyant alors la définition des peines aux lois nationales. Ainsi l'uniformisation des peines de banqueroute dans l'espace de l'OHADA fait-elle défaut entraînant une disparité dans la durée de la peine en son sein (2).

¹²⁴⁶ La loi du 25 janvier 1985 dans le Code de commerce fut intégré au Code de commerce à la faveur de la codification opérée par l'ordonnance n° 2000-912 du 18 septembre 2000 suivie de la loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005 qui n'a entraîné que des changements mineurs quant aux comportements incriminés, mais a étendu le domaine d'application de l'incrimination notamment quant aux personnes pouvant avoir la qualité de banqueroutier. Par la suite, il y a eu loi du 4 août 2008.

1. Une condamnation indifférente au type de faillite

496. La condamnation des dirigeants à la banqueroute peut intervenir tant dans une faillite de droit que de fait. Étant une sanction pénale, la banqueroute ne peut être prononcée que par une juridiction répressive. Les tribunaux répressifs ne sont pas liés par les déclarations des tribunaux de commerce sur la date de l'ouverture des faillites ou sur celle de la cessation des paiements. Ils peuvent prononcer les peines de banqueroute en l'absence de tout jugement déclaratif de faillite ou en présence d'un jugement décidant de ne pas prononcer la faillite. La faillite de fait n'est admise au côté de la faillite de droit que dans le domaine pénal. En droit français, la faillite virtuelle fut abandonnée avec la loi du 25 janvier 1985 dont l'article 197 subordonne la poursuite pénale pour banqueroute à l'« *ouverture d'une procédure de redressement judiciaire* » à telle enseigne qu'un auteur a pu relever que la cessation des paiements revêt, par essence, les caractères d'une condition préalable de fond du délit de banqueroute¹²⁴⁷. Cette condition a été admise par la Cour de cassation française¹²⁴⁸. Le juge pénal français ne peut plus condamner à la banqueroute, en l'absence d'un constat préalable de l'état de cessation des paiements effectué par le juge consulaire. Pourtant certains arrêts étaient revenus sur la faillite virtuelle en affirmant que le juge répressif a le pouvoir de retenir, en tenant compte des éléments soumis à son appréciation, une date de cessation des paiements autre que celle fixée par la juridiction consulaire¹²⁴⁹. Le législateur de l'OHADA n'a pas suivi son homologue français dans l'abandon de la faillite virtuelle en procédant à son maintien dans le domaine pénal. La sanction de la banqueroute indifféremment de la nature des faillites est une mesure qui fonde l'autonomie du juge pénal (a) et facilite la punition des dirigeants indignes (b).

a. L'autonomie du juge pénal dans le constat de la cessation des paiements

497. L'admission de la faillite de fait au côté de la faillite de droit dans le cadre de la condamnation des dirigeants à la banqueroute fonde l'autonomie du juge pénal. En effet, l'histoire de la faillite de fait remonte à la loi de 1967 sous l'empire de laquelle, au regard de son article 139, le juge répressif bénéficiait d'une autonomie d'appréciation des faits donnant lieu à la cessation des paiements. Cette autonomie était favorisée par le silence de la loi sur la notion de cessation des paiements. En raison de ce silence, chaque juge avait sa propre définition de la notion. La définition pénale jurisprudentielle de la cessation des paiements correspondait à « *la situation irrémédiablement compromise* » du débiteur¹²⁵⁰, tandis que la définition commerciale de cet état de fait était l'impossibilité pour le débiteur « *de faire face au passif exigible avec son actif disponible* »¹²⁵¹. De cette distinction, pouvait découler la fixation de dates différentes de cessation des paiements par le tribunal correctionnel et le tribunal consulaire, ce qui

¹²⁴⁷ P. GIOANNI, *La cessation des paiements dans l'infraction de banqueroute*, D. 1994, p. 53.

¹²⁴⁸ Cass. crim., 10 mars 1986, n° 85-91.242, *Juris-Data* n° 1986-700526 ; *Bull. crim.* 1986, n° 97 ; D. 1986, p. 182, note F. DERRIDA ; D. 1986, IR, p. 407, obs. G. ROUJOU de BOUBÉE ; *JCP E* 1986, I,15774, obs. M. CABRILLAC et Ph. PETEL.

¹²⁴⁹ Cass. crim., 18 nov. 1991, deux arrêts, *JCP* 1993.II.22102, note M. -C. SORDINO ; D. 1992. IR.54 ; *Gaz. Pal.* 1992.2.515, note J. -P. MARCHI.

¹²⁵⁰ Cass. crim., 20 nov. 1978, D. 1979.525, note M. CULIOLI et F. DERRIDA.

¹²⁵¹ Cass. com., 14 févr. 1978, *Bull. civ.* IV, n° 66 ; D. 1978. IR. 443, obs. A. HONORAT ; 16 janv. 1979, *JCP* 1979. IV.99 ; 16 janv. 1980, *Bull. civ.* IV, n° 28.

favorise l'établissement de la faillite virtuelle¹²⁵². Le juge pénal n'est pas tenu par ce qui est jugé au civil¹²⁵³. Par la suite, le législateur français a semblé régler le problème en prévoyant une définition formelle de la cessation des paiements. Mais cette définition ne figurait que dans les textes intéressant le juge commercial. Il a manqué de mentionner la même définition dans le code pénal en vue de mettre un terme définitif à l'autonomie du juge pénal. Cette raison d'ordre technique couplée avec la différence des intérêts protégés de chaque côté par le juge pénal et le juge commercial¹²⁵⁴ vont faire échec à la suppression de la faillite virtuelle.

Ces problèmes n'ont pas été évités aussi en droit de l'OHADA. D'ailleurs, ils ont été activés par la prévision légale du pouvoir du juge pénal de condamner pour banqueroute, en l'absence d'un constat préalable de la cessation des paiements. En application de l'application de l'article 236 de l'AUPC, « *une condamnation pour (...) un délit assimilé à la banqueroute simple ou frauduleuse peut être prononcée même si la cessation des paiements n'a pas été constatée dans les conditions prévues...* ». Ainsi, cohabite-t-elles en droit de l'OHADA la faillite de droit et la faillite de fait.

498. La subsistance de la faillite de fait accorde une large autonomie aux juges répressifs. Elle n'est pas anodine. En droit de l'OHADA, un traitement particulier est réservé au domaine pénal, la compétence en matière pénale étant partagée entre le législateur communautaire qui prévoit l'infraction et les législateurs nationaux qui définissent les peines corresponsantes¹²⁵⁵. Dans cette démarcation, se situant au niveau de l'application des peines, les juges pénaux peuvent y procéder en toute autonomie étant donné que ces infractions peuvent être constituées avant ou après la cessation des paiements. Aussi, l'incompétence de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage en matière pénale favorise-t-elle cette autonomie des juges nationaux. Elle ne peut censurer une décision des juges pénaux nationaux ayant prononcé une condamnation pour banqueroute d'un dirigeant en l'absence d'un constat de la cessation des paiements. Enfin, les peines de banqueroute étant prévues par les lois nationales, les juges nationaux peuvent chercher à se conformer aux conditions spécifiques du droit pénal donnant lieu à la condamnation en présence d'une infraction. Il transparaît donc que la mise en œuvre de l'application de la banqueroute est abandonnée à chaque État Partie, d'où il ressort que la faillite virtuelle a de beaux jours devant elle, si les États n'ont pas intégralement abandonné au profit du législateur communautaire leur compétence en matière pénale¹²⁵⁶. La survie de la faillite virtuelle permet de faciliter la condamnation des dirigeants.

b. La facilitation de la condamnation pénale des dirigeants

499. La cohabitation en droit de l'OHADA de la faillite de droit avec la faillite virtuelle permet de faciliter la condamnation des dirigeants pour banqueroute sur le fondement des infractions commises tant avant qu'après le

¹²⁵² P. GIOANNI, *La cessation des paiements dans l'infraction de banqueroute*, préc. n° 11.

¹²⁵³ Ph. BONFILS, *L'autonomie du juge pénal, Mélanges dédiés à Bernard BOULOC, Les droits et le Droit*, Dalloz, 2007, p. 52, n° 9.

¹²⁵⁴ O. DECIMA, *Réflexions sur la cessation des paiements en matière pénale*, *Dr. pén.* 2008, étude 22, n° 18-25.

¹²⁵⁵ V. *supra* n° 415, 424-425.

¹²⁵⁶ Cf. N. J. FIPA, *Le rôle des juridictions supranationales de la CEMAC et de l'OHADA dans l'intégration des droits communautaires par les États membres*, thèse Paris, 2011, n° 206-209.

constat judiciaire de l'état de cessation des paiements. En effet, contrairement au fondement de la condamnation au comblement du passif sur les fautes de gestion antérieures à la cessation des paiements¹²⁵⁷, la condamnation pour banqueroute se fonde, en principe, sur les fautes commises postérieurement à la cessation des paiements¹²⁵⁸. Sur ce point, la Cour de cassation française qualifie de délit de banqueroute tout acte de disposition volontaire accompli sur le patrimoine social, après la cessation des paiements, par le dirigeant d'une société, à son profit et en fraude des droits des créanciers¹²⁵⁹. Il paraît indispensable que la société soit en redressement judiciaire pour qu'un délit de banqueroute puisse être légalement retenu¹²⁶⁰ puisque antérieurement à la cessation des paiements, il s'agirait d'un délit d'abus de biens sociaux¹²⁶¹. Cela étant, la faillite de droit a une importance, car son ouverture marque le point de départ des fautes susceptibles de donner lieu à la banqueroute¹²⁶².

Parmi les fautes de gestion prévues par le législateur pour donner lieu à la banqueroute, certaines s'inscrivent expressément dans la période postérieure au constat de la cessation des paiements. Il s'agit notamment du fait pour les dirigeants d'avoir payé ou fait payer un créancier au préjudice de la masse¹²⁶³, soustrait tout ou partie de leur patrimoine aux poursuites de la personne morale en état de cessation des paiements¹²⁶⁴, reconnu la personne morale débitrice de sommes qu'elle ne devait pas¹²⁶⁵, exercer la profession de dirigeants contrairement en violation de l'interdiction de diriger¹²⁶⁶. C'est le cas aussi du délit de banqueroute par détournement d'actif qui, pour être constitué à l'égard d'un dirigeant social, suppose l'existence d'une dissipation volontaire d'un élément du patrimoine d'une société en état de cessation des paiements¹²⁶⁷. Ces fautes commises exclusivement après la cessation des paiements peuvent incontestablement fonder la

¹²⁵⁷ V. *infra* n° 446.

¹²⁵⁸ Cf. not., B. BOULOC, *La place du droit pénal dans le droit des sociétés*, *Rev. science criminelle* 2000, p. 20 et s. ; M. BENEJAT, *Faut-il sauver la banqueroute ?*, *Rev. proc. coll.* 2010, étude 27, n° 10.

¹²⁵⁹ *Crim.*, 23 oct. 1997, Francis Bacquet, *Rev. sociétés* 1998 p. 141, note B. BOULOC.

¹²⁶⁰ B. BOULOC, *Condamnation au titre de la banqueroute pour des détournements d'actif antérieurs à la cessation des paiements de la société*, note sous *Cass. crim.*, 5 oct. 1992, n° U 91-86.770 P, X., *Bull. Joly Sociétés* 1993, p. 252.

¹²⁶¹ Sur la notion, cf. L. GODON, *Abus de confiance et abus de biens sociaux*, préc., p. 289.

¹²⁶² Par ex. *Cass. crim.*, 6 juin 2007, n° 06-85.644, F-D, *Juris-Data* n° 2007-040024, *Dr. sociétés* 2007, 187, comm. R. SALOMON ; *Cass. crim.*, 8 nov. 2006, n° 06-80-717, F-D, *Juris-Data* n° 2006-036388, *Dr. sociétés* 2007, 59, comm. R. SALOMON ; *Cass. crim.*, 5 avr. 2006, n° 04-87.765, FS-D, G., *Juris-Data* n° 2006-033277, *Dr. sociétés* 2006, 171, comm. R. SALOMON.

¹²⁶³ Art. 231-3° de l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif.

¹²⁶⁴ Art. 231-7° de l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif.

¹²⁶⁵ 233-3° de l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif.

¹²⁶⁶ 233-4° de l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif.

¹²⁶⁷ *Crim.*, 22 août 1995. *Balmefrezol*, *Rev. sociétés* 1996, p. 339, note D. OHL. – *Cass. crim.*, 24 janv. 1984, n° 83-92.675, *Bull. crim.* 1984, n° 141 ; *D.* 1984, p. 508, obs. J.-H. ROBERT ; *Gaz. Pal.* 1985, 1, p. 25, note J. Cosson. – *Cass. crim.*, 7 avr. 1998, n° 97-83.801, *D.* *JurisData* n° 1998-002267 ; *RTD com.* 1998, p. 947, obs. C. MASCALA ; *Rev. sociétés* 1998, p. 624, note B. BOULOC. – *Cass. crim.*, 12 janv. 2005, n° 04-81.545, F-D, *JurisData* n° 2005-026840 ; *JCP E* 2005, 1491, note J.-H. ROBERT ; *Dr. pén.* 2005, comm. 92, obs. J.-H. ROBERT ; *Dr. sociétés* 2005, comm. 147, obs. R. SALOMON). Le délit est caractérisé notamment en cas de retrait effectué dans la trésorerie de l'entreprise (*Cass. crim.*, 14 mai 1984, n° 83-91.119, *JurisData* n° 1984-701128 ; *Bull. crim.* 1984, n° 172), de versement de sommes pour frais et honoraires qui n'ont pas été affectées au paiement de dettes sociales, mais qui ont rétribué des diligences accomplies dans l'intérêt du dirigeant, de remboursement de compte courant à des membres de la famille du dirigeant social (*Cass. crim.*, 27 nov. 1997, n° 96-85.520, *D.* *Bull. crim.* 1997, n° 405 ; *RJDA* 3/98, n° 323) ou d'octroi de rémunérations excessives au profit du dirigeant (*Cass. crim.*, 18 juin 1998, n° 97-81.957, *D.* *JurisData* n° 1998-003434, *Dr. pén.* 1998, comm. 156, obs. J.-H. ROBERT).

condamnation des dirigeants pour banqueroute dans le cadre de la faillite de droit. Elles ne sauraient donner lieu à cette condamnation dans le cadre de la faillite de fait.

500. En, revanche, les fautes de gestion commises en l'absence de cessation des paiements ne sauraient être sanctionnées dans le cadre de la faillite de droit. C'est pourquoi la subsistance de la faillite de fait permet de punir, au plan pénal, les dirigeants pour des fautes de gestion commises en l'absence du constat de la cessation des paiements retenu par le juge des affaires commerciales. Ainsi, les juges répressifs n'hésitent pas à sanctionner, au titre du délit de banqueroute, des détournements commis antérieurement à la date de cette cessation. En particulier, la jurisprudence considère que le délit de banqueroute peut être retenu, lorsque les actes de détournement ont été à l'origine de la cessation des paiements¹²⁶⁸. Une fois l'infraction constituée au mépris de l'intérêt social, l'action publique peut être engagée par le ministère public¹²⁶⁹. S'agissant des fautes commises en l'absence de la cessation des paiements, il peut s'agir notamment du fait pour les dirigeants d'avoir retardé la cessation des paiements¹²⁷⁰, consommé des sommes appartenant à la société en faisant des opérations de pure hasard ou des opérations fictives¹²⁷¹, tenu ou fait tenir ou laissé tenir irrégulièrement ou incomplètement la comptabilité de la société, commis des actes incriminés à l'occasion de la procédure du règlement préventif¹²⁷².

La justification en est que le dirigeant sait ou doit savoir que la société est en cessation des paiements (et l'instruction du procès pénal mettra en lumière cet élément) tandis que le tribunal de commerce peut très bien ne pas avoir eu l'occasion d'en constater l'apparition¹²⁷³. Ainsi, la cohabitation des deux faillites permet-elle de punir les dirigeants en l'absence ou non du constat de la cessation des paiements. Contrairement au droit français¹²⁷⁴, la cessation des paiements en droit OHADA n'est pas elle-même un élément de l'infraction de la banqueroute, ce qui facilite la répression des dirigeants par le juge pénal même en son absence. De plus, cette cohabitation de la faillite de droit avec la faillite de fait facilite le travail des juges qui peuvent retenir une peine pour plusieurs cas de banqueroute à l'encontre d'un même prévenu sans méconnaître le principe du non-cumul des qualifications¹²⁷⁵.

501. Enfin, la condamnation des dirigeants à la banqueroute exclut effectivement les dirigeants fautifs des entreprises mais aussi du reste de la société s'ils écopent d'une peine d'emprisonnement ferme. La durée de la peine varie d'un État à un autre dans l'espace de l'OHADA en raison du défaut d'uniformisation du droit pénal.

¹²⁶⁸ Cass. crim., 5 oct. 1992 *Juris-Data* n° 1992-002730, *Bull. Joly Sociétés* 1993, p. 252, note B. BOULOC ; *JCP E* 1993, I, 295, n° 20, obs. M. CABRILLAC. - Cass. crim., 22 août 1995, *Bull. crim.* 1995, n° 267 ; *Rev. sociétés* 1996, p. 339, note D. OHL. - Cass. crim., 14 févr. 2007, *Juris-Data* n° 2007-038037 ; *Dr. pén.* 2007, comm. 73, note J.-H. ROBERT.

¹²⁶⁹ V. J.-F. RENUCCI, *Le parquet et les faillites*, *RSC* 1990, p. 235.

¹²⁷⁰ 231-2° de l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif.

¹²⁷¹ Art. 231-1° de l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif.

¹²⁷² Art. 233-2 de l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif.

¹²⁷³ D. OHL, *Banqueroute par détournement d'actif : la délicate appréhension de l'objet du détournement. Date des faits et qualification pénale*, note sous Cass. crim., 22 août 1995, *Rev. sociétés* 1996 p. 340.

¹²⁷⁴ M. BENEJAT, *Faut-il sauver la banqueroute ?*, préc., n° 10

¹²⁷⁵ Par ex. Cass. crim., 10 sept. 2008, n° 08-80.889, FD, *Juris-Data* n° 2008-045344, *Dr. sociétés* 2008, 259, comm. R. SALOMON.

2. Une condamnation aux peines et à des amendes non uniformisées

502. « Contrairement à son titre, l'OHADA ne réalise pas une harmonisation du droit des affaires des différents États Parties au Traité mais son unification. Le texte d'un acte uniforme – quel qu'il soit – s'applique de la même manière, par exemple à Dakar, Brazzaville, Cotonou, Ouagadougou, Conakry ou Abidjan. Il en est ainsi de tout l'espace OHADA »¹²⁷⁶. Cette uniformisation internationale des droits africains avait été déjà préconisée par le professeur DEGNI-SEGUI¹²⁷⁷. Aujourd'hui, les Actes uniformes en général et en particulier l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives témoignent cette uniformisation¹²⁷⁸.

Toutefois, cette uniformisation connaît des limites : elle n'est pas étendue aux peines. Ces limites sont formellement définies par l'article 5 alinéa 2 du Traité qui dispose que « les Actes uniformes peuvent inclure des dispositions d'incrimination pénale. Les États parties s'engagent à déterminer les sanctions pénales encourues ». Ainsi, comme le relève un commentateur de cet article, « s'opère un partage de compétence entre l'OHADA qui définit les éléments matériels et moraux de l'infraction et les États parties qui déterminent les sanctions pénales que leurs auteurs encourrent »¹²⁷⁹.

503. Cette division des compétences en matière pénale entraînant la conservation par les États de la compétence exclusive dans la définition des peines favorise une variation, d'un État à un autre, de la durée de la peine qu'écopent en général les dirigeants et particulièrement celle des banqueroutiers. Cette variation est inévitable, car elle est prévisible du moment où « les personnes déclarées coupables de banqueroutes et délits assimilés à la banqueroute sont punissables de peines prévues pour ces infractions par les dispositions du droit pénal en vigueur dans chaque État-Partie »¹²⁸⁰. En d'autres termes, la durée de l'exclusion professionnelle des dirigeants par la condamnation à la banqueroute ne saurait être identique dans toutes les législations pénales des États membres de l'OHADA¹²⁸¹. En dehors de la durée, le montant des amendes est susceptible de variation d'un État à un autre¹²⁸². Ce défaut d'uniformisation des peines empêche de publier, au plan régional, la condamnation des dirigeants pour banqueroute, du moment où sa transcription sur le fichier régional n'est pas formellement envisagée. Mais il favorise l'implantation des sociétés par des dirigeants indécidés sur les territoires des États les moins répressifs au détriment de ceux qui sont très répressifs.

504. D'un côté, le défaut d'uniformisation de la durée des peines, fait échec à la publication à l'échelle régionale de la condamnation des dirigeants pour banqueroute en raison de l'impossibilité de transcription de ces peines sur le fichier régional. Ce fichier tenu auprès de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage, est organisé

¹²⁷⁶ J. PAILLUSSEAU, *Le droit de l'OHADA, un droit très important et original*, préc., p. 2. – Cf. aussi B. MARTOR, *L'uniformisation du droit des affaires en Afrique par l'OHADA*, JCP- Cah. dr. entr., 2004, p. 5.

¹²⁷⁷ R. DEGNI-SEGUI, *Codification et uniformisation du droit*, in Encyclopédie juridique de l'Afrique, t. 1, p. 459.

¹²⁷⁸ Cf. H.-D. MODI KOKO BEBEY, *La réforme du droit des sociétés commerciales de l'OHADA*, préc., p. 255.

¹²⁷⁹ J. LOHOUES-OBLE, in *OHADA Traités et Actes uniformes commentés et annotés*, op. cit., p. 34.

¹²⁸⁰ Art. 226 de l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif.

¹²⁸¹ V. supra n° 424-425.

¹²⁸² V. supra n° 425.

aux fins de « *centraliser les renseignements et informations consignés dans chaque Fichier National, permettre de satisfaire l'accès des assujettis et des tiers aux informations conservées par le Fichier Régional et permettre de satisfaire aux exigences de sécurité, de célérité, de transparence et de loyauté nécessaires au développement des activités économiques...* »¹²⁸³. S'il est vrai que la décision prononçant la faillite personnelle doit être transcrite sur le registre du commerce et du crédit mobilier¹²⁸⁴, c'est-à-dire sur le fichier national puis sur le fichier régional, il n'en est pas de même pour la décision condamnant à la banqueroute. La condamnation pour banqueroute, selon l'article 246 de l'AUPC, n'est destinée qu'à une publication au journal habilité à recevoir les annonces légales ainsi qu'au journal officiel. Sa transcription au registre du commerce ou au fichier national n'est pas expressément envisagée.

L'impossibilité de mentionner cette condamnation sur le fichier national empêche sa mention sur le fichier régional. Le défaut de cette mention exclut toute diffusion de la condamnation des dirigeants pour banqueroute au plan régional. Ainsi, le fichier régional ne saurait-il informer les citoyens de l'espace de l'OHADA sur la condamnation des dirigeants à la banqueroute, sauf pour eux de consulter le journal habilité à recevoir les annonces légales ou le journal officiel de l'État où la sanction est rendue. Ce faisant, les banqueroutiers auront tendance à aller faire le commerce, après la purge de leur peine, dans des États autres que celui dans lequel ils ont été condamnés en vue de masquer leur passé pénal. Mais, pour pallier cette technique, la nomination des dirigeants nécessiterait la production par le candidat de son casier judiciaire. Dans ce cas, leur casier judiciaire permettra de renseigner le greffier de la juridiction de l'État où le dirigeant entend implanter sa société, sur son passé et de révéler, s'il y a lieu, sa condamnation antérieure à la banqueroute. Ce qui pourra entraîner une reconsidération de sa nomination à la direction de la société par ses partenaires fondateurs de la société.

505. De l'autre côté, le défaut d'uniformisation de la durée de l'exclusion favoriserait l'implantation des sociétés par les dirigeants indécis sur le territoire des États les moins répressifs de l'espace de l'OHADA¹²⁸⁵. Pour pallier le dépeuplement de certains États au profit d'autres en matière d'implantation des sociétés, l'uniformisation du droit des affaires doit parvenir à son achèvement par l'abandon par les États de leur compétence en matière pénale à l'OHADA qui se chargera d'unifier en général les peines¹²⁸⁶ et en particulier la durée de la banqueroute en particulier¹²⁸⁷.

506. En somme, la banqueroute est incontestablement un moyen d'épuration de la direction de ses membres indécis. Elle salit le casier judiciaire des dirigeants et peut même constituer pour eux, à l'expiration de la durée de la peine, un handicap pour leur nomination au poste de direction d'une société où ils ne détiennent pas la

¹²⁸³ Art. 76 de l'Acte uniforme portant sur le droit commercial général.

¹²⁸⁴ Art. 202 al. 1 de l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif.

¹²⁸⁵ V. *supra* n° 424-425.

¹²⁸⁶ V. *supra* n° à 426.

¹²⁸⁷ V. *supra* n° 426.

majorité du capital. Mais lorsqu'à l'issue du contrôle judiciaire, la culpabilité des dirigeants dans les difficultés de la société n'a pu être retenue, ils sont dans ce contexte à l'abri d'une élimination du monde des affaires.

B. La relaxe éventuelle du dirigeant poursuivi pour banqueroute

507. Les dirigeants méritent la peine de banqueroute lorsque les faits qui leur sont reprochés rentrent dans les incriminations prévues par le législateur. Ces faits peuvent constituer une banqueroute simple ou frauduleuse. Mais lorsque l'acte pour lequel les dirigeants sont pénalement poursuivis échappe aux qualifications prévues, ils doivent bénéficier de la relaxe (1). Aussi, la relaxe s'impose-telle lorsque les faits délictueux reprochés aux dirigeants sont prescrits (2).

1. La relaxe pour requalification du chef d'accusation

508. La relaxe des dirigeants poursuivis pour banqueroute peut se fonder sur l'échec de la qualification du chef d'accusation en banqueroute. Cette qualification relève du pouvoir des juges pénaux. Dans ce cadre, on constate malheureusement que « dans de nombreux États parties au Traité de l'OHADA, on ne relève aucune décision relative à la banqueroute depuis l'indépendance »¹²⁸⁸. C'est pourquoi, il convient de faire recours à la jurisprudence française. A ce sujet, la jurisprudence française relève que la seule constatation de la résiliation d'un bail ne saurait constituer un acte de détournement punissable¹²⁸⁹. Il en est de même du détournement de clientèle par le locataire gérant d'un fonds de commerce, dès lors que ladite clientèle n'est pas la propriété de la société en cessation des paiements et ne figure pas dans ses actifs¹²⁹⁰. Aussi, ne tombent-elles pas non plus sous le coup de l'incrimination, la constatation d'actes d'administration critiquables¹²⁹¹ ou la cession à des créanciers sociaux, pendant la période suspecte, de biens de la société, dans la mesure où la créance des bénéficiaires, égale ou supérieure à la valeur de ces biens, est certaine, liquide, et exigible¹²⁹². D'ailleurs, si le dirigeant effectue un retrait dans la limite de son solde créditeur, il ne peut s'agir que d'un paiement préférentiel non répréhensible, depuis la loi du 25 janvier 1985 ayant abrogé l'ancien article 131, alinéa 3, de la loi du 13 juillet 1967¹²⁹³. En outre, il n'y a pas de place pour l'incrimination, lorsque celle-ci n'est pas accomplie personnellement par le dirigeant de la société débitrice¹²⁹⁴. Ainsi, si la vente d'un bien est réalisée par le liquidateur, avec l'autorisation du juge-commissaire, fût-ce au profit d'une société dans laquelle le gérant de la société en

¹²⁸⁸ F. M. SAWADOGO, in *OHADA Traité et actes uniformes commentés et annotés, op. cit.*, p. 946.

¹²⁸⁹ Cass. crim., 9 mars 1987, *Bull. Joly Sociétés* 1987, p. 305.

¹²⁹⁰ Cass. crim., 22 août 1995, *Balmefrezol, Rev. sociétés* 1996, p. 339, D. OHL.

¹²⁹¹ Cass. crim., 5 juin 1989, *Bull. crim.* 1989, n° 233.

¹²⁹² Cass. crim., 16 janv. 1989, *Bull. crim.* 1989, n° 15 ; D. 1989, inf. rap. p. 78 ; D. 1990, somm. p. 363, obs. G. ROUJOU DE BOUBÉE. - Cass. crim., 21 juin 1993, *Juris-Data* n° 1993-704840 ; *Bull. crim.* 1993, n° 217 ; *RJDA* 1993, p. 819 ; *JCP G* 1993, IV, 2430 ; *Rev. proc. coll.* 1994, p. 279, obs. J. DEVEZE. - Cass. crim., 21 mars 2001, *Dr. pén.* 2001, comm. 103, note J.-H. ROBERT.

¹²⁹³ Cass. crim., 21 juin 1993, *Bull. crim.* 1993, n° 217 ; V. aussi : Cass. crim., 16 janv. 1989, D. 1989, IR. p. 78.

¹²⁹⁴ Cass. crim., 22 févr. 1996, *LPA* 23 déc. 1996, p. 7, note M.-Ch. SORDINO. - Cass. crim., 20 oct. 2004, *Bull. crim.* 2004, n° 249 ; *AJP* 2005, p. 22, obs. J. C.

liquidation judiciaire a des intérêts, il n'y pas de délit imputable à ce dernier, faute d'acte personnel de disposition¹²⁹⁵.

509. Par ailleurs, sans même prononcer la relaxe, la décision de condamnation pour banqueroute est condamnée à l'annulation lorsqu'elle manque de motivation au regard de la peine retenue et non au regard de la culpabilité du dirigeant. Ce principe est issu d'un arrêt de la Chambre criminelle de la Cour de cassation française rendu le 6 avril 2011¹²⁹⁶. La Haute Cour avait précisé que ne justifie pas sa décision la cour d'appel qui, pour condamner le prévenu à la peine de dix-huit mois d'emprisonnement pour abus de biens sociaux et banqueroute, retient que cette peine est adaptée en raison du montant des abus de biens sociaux, de la gravité des faits et des nombreux antécédents judiciaires de ce dernier, dont le casier judiciaire ne comporte pas moins de dix-neuf mentions. Tout jugement ou arrêt doit comporter les motifs propres à justifier la décision ; l'insuffisance ou la contradiction des motifs équivaut à leur absence. Cela étant, l'absence de motivation de la condamnation d'un dirigeant pour banqueroute par un tribunal ou une cour d'appel est vouée à l'annulation par la Haute Cour. Cette annulation permet la relaxe du dirigeant poursuivi comme dans le cas où les faits qui lui sont reprochés sont prescrits.

2. La relaxe pour prescription de l'acte qualifié de banqueroute

510. Les dirigeants doivent bénéficier de la relaxe lorsque les faits même qualifiés de banqueroute sont prescrits. Le délai de prescription est de trois ans en France. Dans l'espace de l'OHADA, la durée du délai de prescription varie d'un Etat à un autre. Par exemple, au Togo, la durée de la prescription en matière de délit est de cinq ans selon l'article 7 alinéa 1^{er} du Code de procédure pénale. Sa prescription est donc de cinq ans. Le problème se pose généralement à l'égard du point de départ de ce délai. Ce point de départ ne saurait être identique selon qu'il s'agisse d'une faillite de fait ou d'une faillite de droit. La similarité des dispositions de la faillite du droit de l'OHADA avec la loi française du 13 juillet 1967 peut donner lieu à une issue identique.

Cette loi avait fixé le point de départ du délai de trois ans à la date de cessation des paiements, dès lors que les faits incriminés étaient apparus avant cette date. Mais dans le contexte de la faillite de droit, les actes délictueux sont accomplis postérieurement à la date de cessation des paiements, la prescription ne pouvait commencer à courir qu'à partir du jour de leur commission. Au regard de la date de computation du délai concernant les faits apparus après l'ouverture de la procédure, les législateurs africains comme leur homologue français sont restés silencieux.

¹²⁹⁵ Cass. crim., 22 févr. 1996, *Juris-Data* n° 1996-001594, *Bull. Joly Sociétés* 1996, p. 694, note J.-F. BARBIERI.

¹²⁹⁶ Cass. crim., 6 avr. 2011, n° 10-85.457, F-D, *Juris-Data* n° 2011-008388, *Act. proc. coll.* 2011, Somm. alerte 170 ; *JCl. Procédures collectives*, Fasc. 2930. - *JCl. Commercial*, Fasc. 2930.

Comme l'a relevé le professeur MATSOPOULOU¹²⁹⁷ devant une telle lacune, deux tendances ont apparu au niveau de la doctrine : une tendance minoritaire soutient qu'il faut s'en tenir au principe, c'est-à-dire à la date de la commission du délit. En revanche, la doctrine majoritaire pense qu'il faut raisonner comme pour l'abus de biens sociaux, en retenant comme point de départ du délai de prescription le jour où les faits délictueux sont apparus et ont été constatés dans des conditions permettant l'exercice de l'action publique¹²⁹⁸.

A notre avis, comme en matière de délit civil commis dans le cadre des conventions réglementées¹²⁹⁹, il serait cohérent que la prescription commence par courir à partir de la date de la commission du délit de banqueroute. Toutefois, si le délit a été dissimulé, le point de départ du délai de la prescription est reporté au jour où il est découvert. Ainsi, lorsque les faits sont totalement prescrits, l'action publique ne saurait-elle aboutir une fois que la prescription est évoquée devant le juge in *limine litis* par les dirigeants poursuivis. L'existence de la prescription entraîne l'abandon de toutes les charges d'accusation contre les dirigeants, d'où leur relaxe.

511. En définitive, les dirigeants poursuivis pour banqueroute peuvent échapper à la responsabilité pénale lorsque, soit les chefs d'accusation ne sauraient être qualifiés de banqueroute, soit les faits délictueux les destinant en principe à la banqueroute sont prescrits avant l'exercice de l'action publique. Dans le cas contraire, la banqueroute est encourue. Le rôle dissuasif de ce délit à l'égard des dirigeants permet d'empêcher une aggravation du passif social par les dirigeants dans l'intérêt des créanciers sociaux.

§ 2. Une thérapie visant la protection du gage des créanciers

512. La banqueroute a pour objet la protection pénale du patrimoine de la société en difficulté en général et, en particulier, l'intérêt des créanciers sociaux¹³⁰⁰. Elle permet de dissuader les dirigeants de commettre certains actes de nature à porter atteinte à l'actif social ou à aggraver l'endettement de la société dans un contexte où la situation de la société est déjà déplorable. Cette défense des intérêts des créanciers peut se justifier par l'admission de la primauté de ces intérêts sur d'autres qui pourraient les concurrencer. En conséquence, l'intérêt social ou même du groupe est relégué au second plan. En d'autres termes, l'administration de la thérapie anti-banqueroute pourvoit une protection générale à tous les créanciers (A) et une protection particulière aux créanciers des sociétés groupées (B).

¹²⁹⁷ H. MATSOPOULOU, *Banqueroute et autres infractions assimilées*, J.-Cl. Lois pénales spéciales, Fasc. 20, Cote : 01, 2008, n° 96.

¹²⁹⁸ Les partisans de cette thèse : F. DERRIDA, P. GODE et J.-P. SORTAIS, avec la collaboration de A. HONORAT, *Redressement et liquidation judiciaires des entreprises : cinq années d'application de la loi du 25 janvier 1985*, Dalloz, 1991, 3^e éd., p. 468, n° 623. - J. LARGUIER et Ph. CONTE, *Droit pénal des affaires*, 11^e éd., Armand Colin, 2004, n° 509. - J.-H. ROBERT, *Banqueroute et autres infractions : commentaire des dispositions pénales de la loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005*, *Dr. pén.* 2005, étude 15, n° 27.

¹²⁹⁹ V. *supra* n° 272.

¹³⁰⁰ J. LASSERRE CAPDEVILLE, *Le risque pénal du compte courant d'associé*, préc., n° 4.

A. La protection pénale générale des créanciers

513. Contrairement au contexte d'une société *in bonis* où le droit pénal tend à protéger non seulement l'intérêt social¹³⁰¹ mais aussi des intérêts catégoriels¹³⁰², dans le cadre d'une société en cassation des paiements, la protection du droit pénal ne vise prioritairement que l'intérêt des créanciers sociaux. Les créances sociales dans le cadre des procédures peuvent être regroupées en deux catégories : les créances antérieures à la cessation des paiements et les créances postérieures. Les créances antérieures peuvent être subdivisées en créances déclarées après vérification du syndic et en créances non déclarées. Les créances non déclarées dans les délais requis, alors même que leurs titulaires sont informés de l'ouverture de la procédure, sont forcloses mais non éteintes étant donné que leurs titulaires peuvent exiger leur paiement après la clôture de l'union¹³⁰³. En outre, « ...un créancier n'ayant pas bénéficié de l'avertissement aux créanciers connus d'avoir à déclarer leur créance par suite de son omission de la liste certifiée des créanciers et du montant des dettes est recevable à agir contre le débiteur, après clôture de la liquidation judiciaire pour insuffisance d'actif, en réparation du préjudice lié à l'extinction de sa créance sur le fondement de l'article 1382 du Code civil, à charge pour lui d'établir que le débiteur a commis une fraude en dissimulant intentionnellement sa dette »¹³⁰⁴. L'évocation de « l'extinction de sa créance » dans cette solution paraît impropre étant donné qu'une créance non déclarée n'est pas pour autant éteinte. Le terme de « *forclusion* » serait plus approprié puisque ces créances deviennent inopposables à la procédure¹³⁰⁵. Quant à créances créancières postérieures, elles naissent contre la société après la décision d'ouverture et constituent des créances contre la masse. Après le prononcé de la liquidation des biens de la société, tous les créanciers postérieurs sont constitués en union. En principe, toutes les créances bénéficient d'une protection identique. Mais, exceptionnellement, le paiement des salaires est soumis à un régime particulier qui lui accorde un rang privilégié qu'il dispute avec les créances postérieures et plus spécialement les frais de la liquidation. Donc, parmi les créanciers antérieurs, les salariés bénéficient d'une protection particulière (1) en concurrence avec celle assurée aux créances postérieures notamment le paiement des frais de justice (2) que le délit de banqueroute vient garantir.

1. La protection pénale de créances antérieures : cas particuliers des salariés

514. Les créanciers antérieurs à la survenance des procédures collectives sont multiples et ont tous le droit de se faire désintéresser en dépit des difficultés de la société. Mais, ils ne bénéficient pas du même rang dans la perception de leurs dus. Nous évoquerons le cas particulier des salariés pour deux raisons. *Primo*, de tous les créanciers, les salariés sont les seuls à participer techniquement à la direction de l'entreprise. Certes, la participation est une exécution de leurs obligations résultant du contrat du travail. Mais ils peuvent aussi être

¹³⁰¹ V. *supra* n° 378 s.

¹³⁰² V. *supra* n° 395 s.

¹³⁰³ V. art. 170 al. 3 et 174 de l'AUPC

¹³⁰⁴ Cass. com., 17 nov. 2009, n° 07-21157, *Bull. Joly Sociétés* 2010 n° 3, p. 259, note F. REILLE.

¹³⁰⁵ En ce sens, P.-M. Le CORRE, *La créance non déclarée et la clôture de la liquidation judiciaire pour extinction du passif exigible*, *JCP éd. E*, n° 16, 2011, 1318, n° 7 et s ; J.-C. BOULAY, *Les créanciers antérieurs dans les procédures de sauvegarde, de redressement et de liquidation judiciaires*, *JCP éd. E*, n° 39, 2006, 2407, n° 45 et s.

associés à la direction de la société par la technique de la délégation de pouvoirs¹³⁰⁶. *Secundo*, les salariés bénéficient d'un rang privilégié dans le paiement de leurs créances, hormis les privilèges des créances nées après l'ouverture des procédures¹³⁰⁷. En raison de ces arguments un peu arbitraires, et de l'impossibilité de faire le tour de la protection de tous les créanciers antérieurs à la procédure¹³⁰⁸, nous estimons insister particulièrement sur un échantillon que serait la protection des salariés.

515. Dans le cadre des procédures collectives, les employés bénéficient d'un impressionnant dispositif qui leur assure une protection majeure. Cette protection s'avère plus efficace que celle assurée aux créanciers réservataires, étant donné que pour ceux-ci, « *la revendication est subordonnée à l'existence du bien en nature dans le patrimoine du débiteur et que le changement de nature juridique de l'outillage professionnel (...) et la fongibilité des marchandises, sont susceptibles de paralyser l'action en revendication* »¹³⁰⁹. Cet écart de protection permet de démentir l'égalité des créanciers sociaux¹³¹⁰. Aux termes de l'article 95 de l'AUPC, les créances résultant du contrat de travail ou du contrat d'apprentissage sont garanties par le privilège des salaires. L'article 96 de l'AUPC renchérit en disposant que dans les dix jours qui suivent la décision d'ouverture, le syndic paie toutes les créances super privilégiées des travailleurs. Au cas où il n'aurait pas les fonds nécessaires, ces créances doivent être acquittées sur les premières rentrées de fond avant toute autre créance.

516. Ces mesures traduisent la place prépondérante que le législateur accorde à la protection des salariés après la cessation des paiements. La sensibilité de cette période commande une grande vigilance dans la surveillance des actes des dirigeants. La moindre déviance de ceux-ci pourrait aggraver la situation de la société et ainsi hypothéquer la chance des salariés de rentrer dans leur droit. Cela étant, la préoccupation du législateur pour la protection des salariés serait vaine, s'il ne prévoyait pas les garde-fous nécessaires à assurer l'atteinte de ses objectifs. Ainsi se trouve légitimée la sanction pour banqueroute applicable aux dirigeants indécents qui tenteraient d'aggraver le passif social à travers la dissimulation des fonds de la société qu'ils masqueraient par une comptabilité irrégulière ou incomplète.

¹³⁰⁶ V. *infra* n° 613 et s.

¹³⁰⁷ V. *infra* n° 520 et s.

¹³⁰⁸ Pour les protections réservées en général à tous les créanciers, V. F. THERA, *La réforme de l'OHADA et les procédures collectives d'apurement du passif*, L'harmattan Mali, 2012.

¹³⁰⁹ E. SOUPGUI, *La protection du créancier réservataire contre les difficultés des entreprises dans l'espace juridique OHADA*, *Rev. proc. coll.* n° 5, 2009, étude 28. – Dans le sens, D. SOSSA, *Contribution à l'étude de la nature juridique de la clause de réserve de propriété*, *RJBSJA* n° 15, 2005, pp. 12-13. L'auteur relève que, dans le cadre des procédures collectives, les marchandises ayant fait l'objet de réserve de propriété « *...ne font, pour la plupart que transiter par le patrimoine de l'acquéreur. Par définition, elles ont toutes les chances d'échapper à la revendication du vendeur* ». V. aussi, Ch. LARROUMET, *Le vendeur bénéficiaire d'une clause de réserve de propriété peut-il revendiquer sans avoir déclaré sa créance à la procédure collective de l'acheteur ?*, *D. Aff.* n° 20/1996, p. 603.

¹³¹⁰ Cf. not., M. CABRILLAC, *Les ambiguïtés de l'égalité entre les créanciers*, *Mélanges BRETON-DERRIDA*, Dalloz, 1991, p. 31 ; R. NEMEDEU, *Le principe d'égalité des créanciers : vers une double mutation conceptuelle (Étude à la lumière du droit français et Ohada des entreprises en difficulté)*, *RTD com.* 2008, p. 241. Selon cet auteur, « *les salariés ne sont pas des créanciers comme les autres, c'est-à-dire, ceux qui ont accordé un prêt au débiteur. C'est de leur activité salariale au sein de l'entreprise qu'ils tirent leurs moyens de subsistance. Bien qu'ils aient dès lors plus besoin de l'entreprise pour s'assumer, on ne saurait transiger sur la substance de leur revenu. Tout ceci explique le statut de créanciers privilégiés que la loi leur accorde* » (n° 129).

Un autre moyen d'aggravation serait la reconnaissance frauduleuse de nouvelles dettes pour la société et la soustraction de tout titre devant servir au recouvrement des créances de la société. Cette incrimination contribuera certainement à décourager ces actes criminels. D'ailleurs, l'application de la sanction aux dirigeants qui n'ont pu s'abstenir de commettre l'infraction servira à dissuader leurs homologues encore en fonction. Ainsi, les effets de la dissuasion seront visibles lorsque, par crainte des sanctions les dirigeants se sont non seulement abstenus d'aggraver le passif mais aussi engagés à assister en bonne intelligence avec le syndic à guérir la société, les fonds provenant du redressement la société serviront à payer prioritairement les salaires.

517. Il faut remarquer que l'intérêt du législateur pour la protection des salariés à travers l'incrimination des actes qui les priveraient du revenu de leur travail n'est pas anodin. Il est lié à l'évolution du droit de la faillite vers le droit des entreprises en difficulté en France. Le droit de la faillite était un droit sanction qui ne visait qu'à faire disparaître le commerçant qui était en difficulté. Au lendemain de la deuxième guerre mondiale, la tendance était pour une dissociation de l'entrepreneur de l'entreprise elle-même. Il était temps d'en finir avec la vision napoléonienne de la faillite qui voulait que le commerçant, capitaine de son entreprise, coule avec celle-ci¹³¹¹. « *Dans le but d'élaborer le droit des faillites aux besoins économiques contemporains, il convient que le débiteur ne puisse plus dissimuler l'entreprise et que la nécessaire protection des créanciers et du crédit ne puisse plus écarter celle des autres intéressés et celle de l'intérêt général* »¹³¹². Cette distinction entre le sort du dirigeant et l'entreprise sera l'apport majeur de la loi du 13 juillet 1967. La loi du 25 janvier 1985 aura marqué le passage du droit des faillites au droit des entreprises en difficulté. Vu l'importance grandissante que prenaient les entreprises et le trouble que leur disparition pourrait causer à l'économie nationale ou régionale, l'idée de la sauvegarde de l'entreprise a fait son chemin. Cette sauvegarde s'est traduite par la suite, non seulement par la suspension des poursuites individuelles contre la société, la multiplication des organes intervenant dans la procédure, mais aussi par la préservation des emplois qu'elle abrite en vue de poursuivre son exploitation en espérant l'apurement de ses dettes. Ces éléments ont certainement inspiré le législateur de l'OHADA, d'où la consécration des super privilèges des créances de ceux qui servent l'entreprise. En réalité, les salariés ont participé de manière essentielle à la production des biens du débiteur, réalité qui se renforce par le fait qu'une fraction de la rémunération a un caractère alimentaire et insaisissable. Pour ce faire, les créances alimentaires bénéficient d'un régime dérogatoire très favorable¹³¹³. Le droit des procédures collectives est donc dédramatisé pour donc devenir un droit humanisé prenant en compte l'intérêt de l'entreprise et sans ignorer celui de ceux qui sont au service de sa productivité.

518. Cette protection absolue des créanciers est remise en cause par une partie de la doctrine. Un auteur a trouvé que « *la situation des salariés est très confuse, étant donné que l'Acte uniforme sur les procédures collectives renvoie à la législation du travail de chaque État partie à l'Acte sur les sûretés qui du reste n'est pas*

¹³¹¹ E. JOUFFIN, *Le sort des contrats en cours dans les entreprises soumises à une procédure collective*, préf. C. GAVALDA, thèse Paris I, LGDJ 1998, p. 48.

¹³¹² HOUIN, cité par E. JOUFFIN, *Ibidem*.

¹³¹³ R. CHENDEB, *Les créances alimentaires et les procédures collectives*, *Rev. proc. coll.* n° 4, 2009, étude 21.

très éclairant »¹³¹⁴. Il relève ensuite l'article 107 ancien¹³¹⁵ de l'Acte uniforme sur les sûretés qui classe le paiement des salaires au troisième rang et les articles 148¹³¹⁶ et 149¹³¹⁷ ancien du même Acte uniforme qui les classe respectivement au second et troisième rang pour affirmer que ces mesures sont de nature à priver les super privilèges de l'essentiel de sa raison d'être.

Ce constat est pertinent mais ne prend pas en compte toutes les garanties qui contribuent à la protection des salariés. En effet, trois garanties peuvent justifier l'efficacité de la protection assurée aux salariés dans le paiement de leurs salaires. D'abord, les dispositions des Actes uniformes en général et celles de l'AUPC en particulier sont d'ordre public et abrogent toutes les législations nationales contraires en application de l'article 10 du Traité fondateur de l'OHADA¹³¹⁸. Ne peuvent survivre que les législations nationales complémentaires. Dans ce contexte, le caractère privilégié des salaires ne peut être remis en cause par un texte national. Il se peut que des problèmes se posent dans le cadre du licenciement pour cause de procédures collectives dans le choix des salariés à licencier puisque, sur ce point, le législateur de l'OHADA fait un renvoi au droit local. Mais, en ce qui concerne la place des salaires, elle est expressément fixée. Ensuite, dans le cadre de la réalisation des sûretés grevant un bien du débiteur, qu'il s'agisse d'un bien meuble ou immeuble, le paiement des salaires occupe toujours un rang qui précède celui du créancier nanti d'une sûreté. Ce qui conforte incontestablement le privilège donné aux salariés qui, démunis en réalité d'une sûreté, surclassent le créancier nanti dans le paiement. Enfin, l'incorporation de l'immeuble dans les actifs à réaliser peut favoriser le paiement efficace des salaires. Car, l'immeuble n'est pas pris en compte¹³¹⁹ au départ dans l'actif disponible pour retenir la cessation des paiements. L'actif disponible pris en compte est limité à l'actif à très court terme, réalisable à bref délai incluant, par conséquent, la trésorerie disponible en caisse et en banque, ainsi que l'actif réalisable immédiatement, soit les effets de commerce échus ou escomptables et les valeurs cotées en bourse¹³²⁰. L'intégration finale du prix de réalisation de vente de l'immeuble permettra de renflouer considérablement le compte social devant servir au paiement. Puisque les salaires sont payés par préférence aux créanciers hypothécaires, les salariés ont une grande chance de se faire désintéressés.

¹³¹⁴ F. THERA, *La réforme de l'OHADA et les procédures collectives d'apurement du passif*, op. cit., p. 200, n° 297. V. aussi, S. N. MONEYANG, *Réflexion sur l'égalité des créanciers dans les procédures collectives OHADA*, *Rev. proc. coll.* n° 4, 2010, étude 22, n° 80. Selon cet auteur, « on peut alors admettre que la seule catégorie de créanciers vraiment privilégiés, est constituée des salariés, mais il s'agit d'un privilège textuel car le recouvrement sur le terrain s'avère très difficile, surtout lorsque la société est en liquidation et qu'il faut négocier toute sorte de créance avec le liquidateur ».

¹³¹⁵ Après la réforme de l'Acte uniforme portant organisation des sûretés intervenu le 15 décembre à Lomé, les dispositions de l'article 107 ancien sont prévues à l'article 180.

¹³¹⁶ Après la réforme de l'Acte uniforme portant organisation des sûretés intervenu le 15 décembre à Lomé, les dispositions de l'article 148 ancien sont prévues à l'article 225.

¹³¹⁷ Après la réforme de l'Acte uniforme portant organisation des sûretés intervenu le 15 décembre à Lomé, les dispositions de l'article 149 ancien sont prévues à l'article 226.

¹³¹⁸ Aux termes de l'article 10 du Traité, « les Actes uniformes sont directement applicables et obligatoires dans les Etats Parties nonobstant toute dispositions contraire de droit interne, antérieure ou postérieure ». L'article est resté inchangé après la révision du Traité intervenu le 17 octobre 2008. Sur la question, v. *supra* n° 15.

¹³¹⁹ Cass. com., 27 févr. 2007, n° 06-10.170, *JurisData* n° 2007-037791 ; *Gaz. Pal.* 13 avr. 2007, p. 27, obs. C. LEBEL ; *JCP E* 2007, 1833, note Ph. ROUSSEL GALLE ; *D.* 2007, p. 827, obs. A. LIENHARD.

¹³²⁰ G. BERTHELOT, *La cessation des paiements : une notion déterminante et perfectible*, préc., n° 8.

519. Au demeurant, il serait donc inadmissible que les dirigeants viennent fragiliser impunément ces intérêts sachant bien que les difficultés financières de la société sont déjà avérées. La sanction de la banqueroute permettrait de les dissuader d'appauvrir davantage la société au détriment des salariés. Le rôle de protection du délit de banqueroute s'étend aussi aux créances de la masse.

2. La protection pénale des créanciers postérieurs

520. Selon l'article 117 de l'AUPC, « *toutes les dettes nées régulièrement, après la décision d'ouverture, de la continuation de l'activité et de toute activité régulière du débiteur ou du syndic, sont des créances contre la masse, sauf celles nées de l'exploitation du locataire-gérant qui restent exclusivement à sa charge dans solidarité avec le propriétaire du fonds* ». Cette disposition conduit à faire un tri sélectif parmi les créances nées régulièrement après le jugement d'ouverture. Certaines créances postérieures à la cessation des paiements sont exclues, d'autres admises.

Comme l'a relevé une partie de la doctrine¹³²¹, l'admission de la créance est soumise à trois conditions. La première est une condition chronologique : la créance doit être née après le jugement d'ouverture. La seconde est une condition organique : la créance doit être régulière. Enfin, la troisième condition est téléologique, c'est-à-dire que la créance doit être née pour les besoins du déroulement de la procédure en contrepartie d'une prestation fournie au débiteur au cours de la procédure. Les créances postérieures bénéficient d'un privilège de paiement. Cette mesure est justifiée par le financement de la poursuite de l'activité du débiteur, principalement à travers l'exécution des contrats en cours¹³²² ou de nouveaux contrats conclus, mais aussi par le déroulement de la procédure, l'activité pouvant être continuée même dans le cadre de la liquidation des biens¹³²³. Il s'agit pour le législateur d'inciter les partenaires de l'entreprise à continuer par lui faire du crédit¹³²⁴ en priorisant le paiement de leurs créances. Au cours de la procédure, les créances sont payées au comptant à la date de leur exigibilité¹³²⁵. Au regard donc des autres créances, les créances postérieures bénéficient en général d'une priorité de paiement.

521. Néanmoins, dans l'ordre de paiement des créances postérieures, arrivent en tête les frais de justice. Les autres créances occupent un rang secondaire. Pire, lorsque les fonds devant servir au paiement des créances postérieures proviennent de la réalisation d'un bien grevé d'une sûreté mobilière ou immobilière, les créances postérieures, exception faite des frais de justice, sont payées après le désintéressement des créanciers antérieurs nantis des sûretés. Cette mesure peut constituer un facteur de découragement des acteurs pouvant octroyer du crédit à la société.

¹³²¹ Cf. not., L.-C. HENRY, *La notion de privilège de procédure dans la loi de sauvegarde*, *Rev. proc. coll.* n° 2, 2008, étude 15, n° 19 ; Ph. PÉTEL, *Pour une relecture de l'article L.621-32 du Code de commerce (ancien article 40 de la loi du 25 janvier 1985)*, in *Aspects actuels du droit des affaires, Mélanges en l'honneur de Y. GUYON*, Dalloz, 2003, p. 917 ; D. VOINOT, *Le sort des créances dans la procédure collective. L'exemple de la créance environnementale*, *RTD com.* 2001, p. 581.

¹³²² Cf. Cl. BRUNETTI-PONS, *La spécificité du régime des contrats en cours dans les procédures collectives*, *RTD com.* 2000, p. 783 ; F. BARON, *La date de naissance des créances contractuelles à l'épreuve du droit des procédures collectives*, *RTD com.* 2001, p. 1.

¹³²³ F. THERA, *La réforme de l'OHADA et les procédures collectives d'apurement du passif*, *op. cit.*, 240, n° 368.

¹³²⁴ Cf. F. DERRIDA, *Le crédit et le droit des procédures collectives*, in *Mélange R. RODIERE*, Dalloz, 1981, p. 77.

¹³²⁵ F. THERA, *La réforme de l'OHADA et les procédures collectives d'apurement du passif*, *op. cit.*, 243, n° 372.

En droit français, la loi du 26 juillet 2005, a créé un nouveau privilège au profit des créanciers qui ont fait au débiteur un apport en trésorerie ou un apport de bien ou de service dans l'accord homologué. Cette innovation incite les créanciers « à jouer le jeu » de la conciliation. En cas de survenance d'une procédure de sauvegarde, de redressement ou de liquidation judiciaires, ces créanciers sont réglés après le super-privilège des salariés et les frais de justice. Lorsqu'ils coexistent, les créanciers titulaires du privilège de la conciliation l'emportent sur les autres créanciers. Leur rang est donc très favorable puisque ces créanciers priment, notamment, sur les créanciers de la période d'observation et, dans la liquidation, sur certains créanciers antérieurs titulaires de sûretés¹³²⁶. L'ordonnance du 18 décembre 2008 a conservé le privilège de conciliation, sans en modifier les conditions d'octroi ni la portée¹³²⁷. Ces mesures très incitatives pourraient intéresser le législateur de l'OHADA, dans la mesure où elles garantiraient aux créanciers qui acceptent de faire du crédit à la société en difficulté un paiement prioritaire par rapport aux créanciers nantis. Au-delà des inégalités entre les créanciers postérieurs, ceux-ci sont dans une bonne posture pour se faire désintéressés grâce au produit de la procédure.

522. Ces fonds provenant du redressement ou de la liquidation de la société ne sauraient être impunément distraits par les œuvres des dirigeants. L'incrimination du détournement de ces fonds est réalisée au bonheur des créanciers. Car, le détournement des fonds accroîtrait le déficit de la société et hypothèquerait toutes les chances des créanciers de se faire désintéressés convenablement. Sa sanction dissuaderait les dirigeants de dissiper les biens de la société en faillite en vue de préserver l'intérêt des créanciers. La protection persiste même à l'égard des créanciers des sociétés groupées.

B. La protection spéciale des créanciers des sociétés groupées

523. L'arrêt *Rozenbloom* nous enseigne que le délit d'abus de biens sociaux commis dans le cadre d'un groupe de sociétés n'est pas puni, si dans l'intérêt du groupe, les biens d'une société sont affectés au service d'une autre du groupe et qu'il existe une contrepartie aux avantages financiers qui sont conférés à la société bénéficiaire sans pour autant que le déséquilibre engendré n'ait excédé les possibilités financières de la société pourvoyeuse¹³²⁸. Ce délit n'est excusé dans ces conditions que lorsque les sociétés groupées sont *in bonis*. Mais lorsque le transfert de biens s'opère alors que la société pourvoyeuse est soumise à une procédure collective, la sanction persiste. Le délit change de dénomination pour être qualifié de banqueroute par détournement d'actif. Les éléments des délits d'abus de biens sociaux et de banqueroute semblent être les mêmes à la seule différence que, dans le cadre de la banqueroute, le délinquant agit en ayant conscience de l'état de cessation des paiements de la société¹³²⁹. Les dirigeants de groupes ne sauraient donc se prévaloir de l'intérêt du groupe pour échapper à la sanction pour détournement d'actif (1) en raison de la disparition de cet intérêt du groupe pour cause de procédure collective (2).

¹³²⁶ C. SAINT-ALARY-HOUIN, *Les privilèges de la procédure, Petites affiches* 2007, n° 119, p. 70.

¹³²⁷ Cf. Ph. ROUSSEL GALLE, *Les privilèges de procédure, Cah. dr. entr.* n° 4, 2009, dossier 24.

¹³²⁸ Cass. crim., 4 févr. 1985, préc.

¹³²⁹ V. *supra* n° 495 s.

1. L'exclusion de l'intérêt du groupe comme fait justificatif du détournement d'actif

524. Si le détournement d'actif social a été commis dans le cadre d'un groupe, alors que la société victime est soumise à une procédure collective, les dirigeants bénéficieraient-ils d'une impunité pénale en raison de l'existence du groupe ? A cette question de législateur de l'OHADA n'a encore donné aucune réponse de même que son homologue français. Le sujet est même ignoré par la jurisprudence OHADA.

Par contre la jurisprudence française s'est prononcée sur la question. La Cour de cassation s'est d'abord prononcée dans l'arrêt *Trébuchon* du 20 juillet 1993¹³³⁰. Dans cette affaire, le dirigeant d'une société anonyme de travaux publics également dirigeant d'une société filiale ayant pour objet l'exploitation d'une carrière a été poursuivi pour avoir effectué des prélèvements de granulats entreposés dans l'enceinte de la carrière de cette dernière société qui était sous le régime de la liquidation judiciaire. Il fut poursuivi pour banqueroute pour détournement d'actif. La Cour de cassation avait approuvé l'arrêt qui, « ...pour le déclarer coupable de banqueroute, (...) énonce notamment que *Trébuchon a reconnu avoir prélevé à diverses reprises des granulats entreposés dans l'enceinte de la carrière de Fau-de-Peyre en prétendant, sans le justifier, qu'ils lui appartenaient ; que les juges ajoutent que le prévenu ne saurait, en l'espèce, se prévaloir de l'existence d'une union économique entre les deux sociétés, dès lors que la procédure collective concernant l'une d'entre elles lui restituait, dans l'intérêt des créanciers, son indépendance économique et financière* ». L'avènement de cet arrêt constitue une avancée sur la question en ce sens que la sanction pour banqueroute est appliquée au dirigeant de groupe, même si il n'a pas expressément affirmé l'exclusion du fait justificatif du détournement d'actif par l'intérêt du groupe.

525. C'est dans un autre arrêt rendu plus tard le 27 avril 2000¹³³¹ que la Cour de cassation peaufina sa position sur la question. Selon les faits, un président de trois sociétés, qui exploitaient des magasins de meubles et dans lesquelles il détenait, avec sa famille, la quasi-totalité du capital, avait fait consentir à la troisième par les deux premières des avances de trésorerie. Les trois sociétés avaient fait l'objet d'une procédure de redressement judiciaire ayant abouti à leur liquidation. Pour relaxer le dirigeant poursuivi pour banqueroute par détournement d'actifs à raison des avances non remboursées, une cour d'appel avait relevé que les sociétés possédaient une enseigne commune et des méthodes de vente identiques et qu'elles travaillaient en synergie. De plus, ajoute-t-elle que lesdites sociétés travaillaient en synergie et il apparaît que Véron n'a pas agi dans un intérêt personnel. La Cour de cassation a cassé cette décision au motif que « *l'intérêt de groupe ne saurait être invoqué en cas de poursuites pour banqueroute* ». Le principe de l'exclusion du fait justificatif de la banqueroute par détournement d'actif par l'intérêt du groupe est donc affirmé.

526. En définitive, si l'intérêt du groupe de sociétés peut justifier l'impunité pénale des dirigeants auteurs

¹³³⁰ Cass. crim., R., 20 juill. 1993, *JCP éd. E*, n° 45, 1993, Somm. act. 1284 ; *Rev. sociétés* 1994 p. 93, note B. BOULOC.

¹³³¹ Crim. 27 avr. 2000, *RSC* 2000 p. 842, note J.-F. RENUCCI ; *D.* 2000, p. 327, note A. LIENHARD ; *Rev. sociétés* 2001, p. 746, note B. BOULOC ; *Dr. sociétés* n° 1, 2001, comm. 9, note par Y. CHAPUT.

d'abus de biens d'une société *in bonis* lorsque certaines conditions sont remplies¹³³², il n'en est pas de même lorsque ces mêmes actes se produisent au moment où la société victime du détournement des biens est en cassation des paiements. L'intérêt du groupe disparaît donc pour cause de procédure collective.

2. Le bien-fondé de la persistance de la sanction du détournement d'actif dans les groupes

527. L'ouverture d'une procédure collective contre des sociétés appartenant à un groupe perturbe les règles de fonctionnement normal des sociétés groupées. Dans ce contexte, l'intérêt du groupe se disloque, car, d'une part, ceux qui le portent sont évincés des pouvoirs. D'autre part, cet intérêt est supplanté par un intérêt supérieur dont sa satisfaction est l'un des buts des procédures. Pour ces raisons, tout détournement d'actif au profit d'une société du groupe en vue d'entretenir la solidarité intra-groupe ne saurait être toléré et tombe sous le coup de la banqueroute.

528. En effet, l'intérêt du groupe se disloque à cause de l'éviction des dirigeants qui le portent. Cette éviction est partielle au cours du redressement de la société et totale dès le prononcé de la liquidation des biens de la société. La chaîne de commandement au sommet du groupe se rompt à la suite de l'éviction des dirigeants. En période de redressement judiciaire, par exemple, tous les actes n'étant plus permis aux dirigeants, tout acte conclu en dépassement de leurs pouvoirs sera inopposable à la masse. Les opérations de trésorerie, les prêts, cautions et toutes autres garanties offertes par une société en faveur d'une autre du groupe sont paralysées. Le groupe passe sous tutelle de l'administration judiciaire. De même, tout acte du dirigeant destiné à avantager une société du groupe est suspendu. Cela étant, chaque société du groupe retrouve son indépendance économique par rapport à la société mère ainsi qu'à ses dirigeants¹³³³. La procédure collective est conduite au niveau de chaque société par un organe propre qui est indépendant de l'autre qui assume la conduite de la procédure dans une autre société du groupe. Cette situation n'empêche pas les organes conduisant la procédure dans une société de réclamer le comblement du passif auprès d'une autre société du groupe qui a été déclarée personnellement en redressement ou liquidation en raison des fautes qu'elle a commises en dirigeant la première société¹³³⁴.

529. Cette substitution aux dirigeants sociaux de nouveaux organes pour les sociétés groupées change la mission devant présider aux destinées des sociétés groupées soumises à une procédure collective. Cette mission est guidée par la primauté de l'intérêt des créanciers sur celui du groupe. Le cahier de charge des organes de la procédure est de guérir la société. Au cas échéant, ses biens seront liquidés en vue de désintéresser les créanciers. Le régime de transfert de fond est strictement encadré. Il faut une condition juridique et une condition économique. La condition juridique tient à la cascade d'autorités qui doivent intervenir dans sa mise en œuvre : le syndic sur autorisation du juge commissaire. Toute autre personne est exclue. La condition économique est la disponibilité de fonds devant être affectés pour désintéresser les créanciers. Toutes ces conditions disqualifient les dirigeants dans le cadre de

¹³³² V. *supra* n° 174.

¹³³³ En ce sens, A. RIZZI, *La protection des créanciers à travers l'évolution des procédures collectives*, *op. cit.*, p. 404, n° 418-419.

¹³³⁴ V. *supra* n° 467-468.

l'affectation des fonds. Leur intrusion dans l'affectation des fonds constituerait non seulement une atteinte aux règles y relatives mais aussi un détournement de fond, fut-il au profit d'une filiale, constituant ainsi une banqueroute.

530. Dans le but de préserver l'intérêt primordial des créanciers au cours de la procédure, l'affectation des fonds provenant du redressement des sociétés groupées ou de leur liquidation est strictement réglementée. Cette mesure est garantie par la répression des dirigeants, lorsque ceux-ci interviennent dans cette affectation. Elle tend à empêcher toute aggravation de la situation de la société par un détournement de ses fonds par les dirigeants dont la conséquence se traduirait par la paralysie du paiement des créanciers admis à faire valoir leurs droits au cours des phases de redressement ou de liquidation.

Conclusion du chapitre 2.

531. Dans leur fonction de contre-pouvoir de substitution, les sanctions s'appliquent indépendamment de l'état de santé de la société. Un dirigeant associé unique, un dirigeant dominant d'un groupe de sociétés, un dirigeant retiré ou un dirigeant décédé qui auraient méprisé les contre-pouvoirs classiques au moment où la société est *in bonis*, ne sauraient, au contraire, échapper aux sanctions lorsque leurs dérives ont entraîné une cessation des paiements de la société ou aggravé l'insuffisance d'actif. De même, un dirigeant de fait ne peut se prévaloir de sa situation irrégulière pour échapper aux sanctions dès qu'il est comptable des difficultés d'une société. Ce spectre des sanctions constitue un instrument efficace pour mettre les dirigeants devant leur responsabilité et les dissuader par conséquent de porter atteinte aux intérêts protégés. Dans la crainte de s'exposer plus tard à des sanctions, les dirigeants vont se garder de commettre des fautes. Ils seront guidés par le souci d'adopter des attitudes exemplaires pour ne pas s'exposer aux sanctions. Cette attitude attendue des dirigeants est le but fondamental des sanctions.

Conclusion du titre II.

532. La sanction judiciaire des fautes des dirigeants représente l'une des dimensions les plus radicales du statut des dirigeants sociaux. Elle vise à moraliser la fonction directoriale lorsque la société est *in bonis* en imprimant indirectement des devoirs aux dirigeants. Lorsque la société est en difficulté, elle tend à introduire une thérapie punitive au sein de la direction en soumettant à des contraintes spécifiques ses membres responsables de l'insuffisance d'actif et qui ont abusé des biens de la société malade au détriment de l'intérêt des créanciers. La combinaison de ces objectifs que poursuit la sanction judiciaire des fautes, soumet les dirigeants à l'obligation de ne porter atteinte ni aux intérêts dont ils ont la charge, ni aux intérêts de ceux qui traitent avec la société, en exerçant en bon père de famille les pouvoirs qui leur sont dévolus.

532 bis. Il reste que les dirigeants qui se sont inscrits dans la dynamique de gestion exemplaire soient encouragés par des primes pour les risques qu'ils ont pris et qui se sont soldés par des résultats positifs sur plusieurs exercices sociaux successifs. Etant donné que des primes au bénéfice du dirigeant sont révélatrices d'un conflit d'intérêts, le dirigeant ne peut, de son chef, se les octroyer au risque de s'exposer à la responsabilité pour abus de biens sociaux. La détermination des primes de mérite doit rester à la discrétion de la société. Il s'agira pour toute

société d'allouer des primes de mérite au dirigeant en fonction de la contribution de ses efforts à l'accroissement des capacités financières sociales. L'objectif consistera à faire profiter au dirigeant des fruits de son travail. Cette prime peut prendre deux formes : la distribution gratuite de titres sociaux au dirigeant méritant¹³³⁵ et /ou l'indexation de la partie variable de sa rémunération sur l'évolution des résultats sociaux¹³³⁶. La satisfaction des associés à l'égard du résultat de la mission du dirigeant les rendrait moins réticents à renouveler leur confiance au dirigeant pour ses mandats futurs en vue d'inscrire dans la durée son accès à la prime de mérite.

CONCLUSION DE LA PREMIÈRE PARTIE

533. La rigidité du statut dans l'exercice de la direction sociale est tiraillée entre ses fondamentaux que sont les pouvoirs légaux de représentation des dirigeants et le contre-pouvoir des dirigeants que sont les sanctions. Les sanctions viennent contrebalancer les pouvoirs. Les sanctions ont un double degré d'impact sur les dirigeants. En effet, la fonction des sanctions s'exerce sur les dirigeants au-delà de son aspect punitif qui n'est mis en évidence qu'après l'accomplissement de l'acte fautif. L'aspect punitif ne représente que le second degré de la fonction des sanctions qui lui est généralement connue. Mais dans sa fonction de contre-pouvoir des dirigeants, les sanctions exercent un impact moral sur les dirigeants avant même l'exercice de leurs pouvoirs. En précédant l'exercice des pouvoirs des dirigeants, le spectre des sanctions permet de dissuader les dirigeants d'exercer abusivement leurs pouvoirs. C'est le premier degré de la fonction des sanctions. La crainte du spectre des sanctions contraint les dirigeants à adopter des attitudes exemplaires que leur dictent les sanctions. L'émergence objective des sanctions en véritable contre-pouvoir réside dans son impact moral au premier degré et dans sa contrainte physique au second degré sur tout dirigeant qu'il soit de droit ou de fait, qu'il appartienne à une société unipersonnelle ou non, qu'il soit personne physique ou morale, qu'il relève d'un établissement de crédit ou non, qu'il relève d'une SA ou d'une société à gérance. La rigidité du statut des dirigeants se trouve donc équilibrée par les sanctions qui contraignent les dirigeants à s'abstenir de sombrer dans des dérives même si leurs pouvoirs s'accroissent. Cette rigidité n'exclut pas un assouplissement du statut dans l'organisation de la direction.

¹³³⁵ *Infra* n° 730 s.

¹³³⁶ *Infra* n° 804 *bis* et 805.

DEUXIÈME PARTIE

LA SOUPLESSE DU STATUT DANS L'ORGANISATION DE LA DIRECTION SOCIALE

534. La direction sociale peut être organisée sur deux plans. Soit sur le plan de son fonctionnement, soit sur le plan de sa structuration. Mais ces plans d'organisation n'offrent pas les mêmes degrés de souplesse. La liberté d'organiser le fonctionnement de la direction est élargie pour faciliter la réalisation de l'intérêt commun des associés. Par contre, l'étendue de la liberté d'organiser les structures de la direction est restreinte pour éviter une déstructuration de la direction. Les structures sont légalement figées et varient d'une forme sociale à l'autre. Le non-respect de l'identité des structures au moment de la création de la société ou en cours de vie sociale fait glisser leur organisation dans l'illégalité et peut entraîner des conséquences désagréables pour les acteurs sociaux. En revanche, l'organisation des structures n'est régulière que si elle se réalise dans le respect de leur identité. En fin de compte, on aperçoit que la liberté d'organiser les structures directoriales est relative, contrairement à la liberté d'organiser le fonctionnement directorial qui est très poussée.

Ainsi, la souplesse du statut est-elle très affirmée dans l'organisation fonctionnelle de la direction sociale (TITRE I) alors qu'elle est relative dans l'organisation structurelle de la direction sociale (TITRE I).

TITRE I**L’AFFIRMATION DE LA SOUPLESSE DANS L’ORGANISATION FONCTIONNELLE**

535. Pour atteindre un fonctionnement optimal de la direction sociale, celle-ci a besoin d’être dotée de ressources humaines suffisantes et stables. La réalisation de ce besoin est favorisée par la liberté dont dispose la société dans la composition de la direction sociale. La longévité au pouvoir des animateurs de la direction dépend du traitement qui leur est réservé par la société. Les clefs du renforcement de la direction et de sa stabilisation sont donc entre les mains de la société. Dès lors, l’organisation fonctionnelle de la direction dépend de la vision de la société. A partir de ces éléments, la souplesse du statut peut s’affirmer non seulement dans le renforcement la direction sociale (CHAPITRE 1) mais aussi dans sa stabilisation (CHAPITRE 2) pour favoriser un fonctionnement optimal de la direction.

CHAPITRE 1.

LE RENFORCEMENT DU FONCTIONNEMENT DE LA DIRECTION SOCIALE

536. Les capacités dont dispose la direction d'une société au moment de son accession à la vie juridique¹³³⁷, s'amenuisent au fur et à mesure que les dimensions la société s'agrandissent. Cet amoindrissement probable de l'efficacité des dirigeants devient préoccupant lorsque les compétences techniques des dirigeants s'avèrent insuffisantes au regard de nouveaux domaines dans lesquels s'est lancée la société. Aussi, les dirigeants ne sont-ils pas à l'abri d'une atteinte à leur condition physique : ils peuvent être affaiblis ou éloignés de leurs fonctions à cause des événements naturels inhérents à la vie humaine. En d'autres termes, certains faits juridiques généralement connus du droit sanitaire et social notamment les maladies¹³³⁸, les accidents¹³³⁹, la maternité¹³⁴⁰, ainsi que d'autres événements inhérents à la fonction sociale tels que les voyages d'affaires, la formation, sont des événements qui affectent la disponibilité des dirigeants dans leurs fonctions¹³⁴¹.

537. Pour prévenir les conséquences liées aux insuffisances techniques des dirigeants ainsi qu'à ces événements parfois inévitables et susceptibles de paralyser le fonctionnement de la direction, il est nécessaire de renforcer la direction en procédant à un complément de ses ressources humaines. Le renforcement peut être effectué à travers l'augmentation du nombre des dirigeants ou la sous-traitance de la fonction de direction. Le premier mode opératoire emprunte des techniques sociétaires (SECTION 1) mais le second mode fait recours à des techniques contractuelles (SECTION 2).

SECTION 1. LE RENFORCEMENT PAR DES TECHNIQUES SOCIÉTAIRES

538. L'augmentation du nombre des dirigeants contribue au renforcement du fonctionnement de la direction. Il s'agit d'apporter de nouvelles compétences à la direction par la désignation de nouveaux dirigeants pour un partage avec les anciens des tâches incombant à la direction. A cet effet, deux méthodes d'augmentation coexistent. La première consiste à nommer d'autres dirigeants pour les affecter dans des postes nouvellement créés : il s'agit d'une

¹³³⁷ L'accession d'une société à la vie juridique s'obtient grâce à son immatriculation. Les législateurs français et OHADA ont opté pour la théorie de fiction.

¹³³⁸ Au sujet des risques de maladies, v. not., I. LAURENT-MERLE, *Le secret des données médicales et la protection de la vie privée : un secret de polichinelle ?*, D. 2000 p. 521 ; D. DUVAL-ARNOULD, *Les infections nosocomiales, Point de jurisprudence*, D. 2007, p. 1675 ; Th. TAURAN, *Les certificats médicaux en droit de la sécurité sociale*, RDSS 2011, p. 1122 ; M. A. CONDE et alii, *Les nouveaux visages de la médecine du travail*, Rev. trav. 2012, p. 200.

¹³³⁹ Au sujet des risques d'accidents, V. not., J. SAISON-DEMARS, *Les « troubles dans les conditions d'existence » dans le droit de la réparation des accidents médicaux*, RDSS 2008, p. 890 ; Ph. COURSIER, *La réforme des retraites et les situations d'incapacité au travail*, JCP éd. S, n° 49, 2010, 1524 ; *Enjeux et mutations autour des risques professionnels*, JCP éd. S, n° 30, 2010, 1320 ; J.-M. COSTE-FLORET et V. LE BRAS, *Accidents du travail et maladies professionnelles : l'indemnisation des salariés en cas de faute inexcusable de l'employeur*, JCP éd. S, n° 4, 2012, 1022.

¹³⁴⁰ Lorsque le dirigeant est une femme, son état de grossesse ne pourrait lui permettre d'exercer ses fonctions surtout lorsque l'accouchement approche. Dans ce cas, comme droit du travail, la dirigeante peut bénéficier d'un congé de maternité. A l'expiration de congé, la dirigeante est tenue de reprendre ses services. Cf. sur ce sujet, P.-Y. VERKINDT, *Le régime juridique du congé parental*, D. 2002, p. 2636 ; Ch. MATHIEU, *Le congé parental d'éducation peut être prolongé au-delà du délai légal*, D. 2004, p. 2192 ; Ph. ICARD, *Protection minimale pour cause de maladie liée à la grossesse*, D. 2006, p. 283.

¹³⁴¹ En ce sens, J.-M. MOULIN et S. COLLIOT, *La vie des délégations de pouvoirs dans l'entreprise*, Bull. Joly Sociétés 2012, n° 10, § 398, p. 747.

augmentation arithmétique. La seconde consiste à désigner de nouveaux dirigeants sans pour autant créer de nouveaux postes. Ils sont affectés dans des postes devenus vacants suite à leur abandon volontaire ou forcé par leur titulaire. Cette augmentation est alors pondérée. Tandis que le terrain de prédilection de l'augmentation arithmétique est la société isolée (§ 1), celui de l'augmentation pondérée est le groupe de sociétés (§ 2).

§ 1. L'augmentation arithmétique du nombre des dirigeants dans les sociétés isolées

539. L'augmentation est arithmétique lorsqu'elle consiste à adjoindre aux anciens dirigeants de nouveaux qui seront affectés à des postes nouvellement créés à cet effet. Elle s'effectue au sein de la société conformément aux règles de nomination indépendamment de l'appartenance d'une société à un groupe. Sa mise en œuvre traduit la flexibilité du statut des dirigeants, car les conditions de nomination semblent très allégées pour les associés (A) qui demeurent libres de procéder à une réorganisation du fonctionnement de la direction à la suite de l'augmentation (B).

A. L'allègement des conditions d'augmentation arithmétique

540. L'augmentation du nombre des dirigeants est favorisée par un allègement des conditions de nomination. Cet allègement résulte, d'une part, de la discrétion du législateur sur les conditions subjectives (1). Ainsi donc, ces conditions sont librement déterminées par les associés dans le projet d'augmentation du nombre des dirigeants. D'autre part, l'allègement transparaît à travers la volonté du législateur de simplifier les conditions objectives de nominations afin de faciliter la prise des décisions définitives de nomination (2).

1. La discrétion législative sur les conditions subjectives de nomination des futurs dirigeants

541. Les conditions subjectives sont des exigences discriminatoires qui peuvent être déterminées à l'égard des candidats à la fonction de direction. Il peut s'agir de l'âge, du sexe, de la race, de la nationalité, de la religion, des compétences techniques et professionnelles, de la qualité d'associé ou non. Sur ces critères de sélection¹³⁴², le législateur communautaire semble discret. Par conséquent, leur détermination relève de la compétence de l'organe habilité à nommer les dirigeants. Mis à part les critères de sexe, de race, de religion et de nationalité¹³⁴³ dont la prise en compte peut sembler discriminatoire et heurter les droits fondamentaux de l'homme, il importe de

¹³⁴² Ces critères sont généralement expressément définis dans les annonces d'emploi mais ne constituent qu'une première étape de sélection. Les candidats qui répondent à ces critères seront par la suite triés par l'employeur à la suite de l'entretien qu'il aura eu avec eux. Vu le nombre généralement pléthorique au regard du nombre infime de postes ouverts, seuls quelques-uns sont admis définitivement à exercer la fonction soumise à l'appel à candidature.

¹³⁴³ En France, par exemple, le dirigeant social « peut être un étranger, mais il sera soumis à l'exigence de détention d'un titre de séjour s'il établit sa résidence en France, s'il n'a pas la nationalité française ou une nationalité assimilée (UE, EEE, conventions internationales) » : P. LE CANNU et B. DONDERO, *Droit des sociétés*, 3^e éd., Montchrestien, 2009, p. 867, n° 1352. Ces prescriptions envisagées à l'égard des gérants valent aussi pour les autres dirigeants. Mais elles ne sont pas obligatoires pour les gérants non associés des sociétés de personnes : B. PETIT et Ch. ROBBEZ-MASSON, *Le statut du chef d'entreprise, op. cit.*, p. 24, n° 38. Au-delà, l'étranger qui entend exercer une fonction de direction doit avoir la carte de commerçant étranger. V. A. THEIMER, *La nomination des dirigeants étrangers après loi sur la SAS et la loi NRE, JCP éd. E*, n° 14, 2002, 589. Dans les Etats africains, la situation est identique. Par exemple, au Togo, l'étranger qui aspire accéder à la fonction de dirigeant doit avoir la carte professionnelle délivrée par l'administration l'autorisant à effectuer une activité commerciale. Mais les étrangers sont parfois exclus de toute fonction de direction dans les sociétés notamment françaises, s'agissant de certaines activités réglementées en raison de leur caractère sensible sensibles comme les sociétés propriétaires d'un navire, des sociétés de presse, des sociétés de radiodiffusion ou de télévision : B. PETIT et Ch. ROBBEZ-MASSON, *Ibid.*

les écarter. Ainsi, trois critères seulement retiendront-ils notre attention : l'âge, les compétences et la qualité d'associé ou non des candidats au regard desquels le législateur semble muet.

a. La discrétion sur les critères d'âge des futurs dirigeants

542. L'âge des dirigeants sociaux n'a pas été une préoccupation du législateur communautaire africain. Sur ce critère, il est resté discret. Cette discrétion fait étendre les ilots de liberté en droit uniforme des sociétés à la détermination de l'âge des dirigeants. Par conséquent, des dirigeants de tout âge peuvent être nommés. Le dirigeant peut être un mineur ou un majeur. Néanmoins, dans la société en nom collectif, cette affirmation mérite d'être relativisée : les associés étant généralement tous des gérants à défaut d'organisation de la gérance par les statuts¹³⁴⁴, le mineur non émancipé¹³⁴⁵ ne peut donc accéder à la fonction de direction puisqu'il ne saurait prétendre à la qualité d'associé. Hormis ce cas exceptionnel, le mineur qui dispose des compétences requises peut accéder à la fonction de direction. Il en est ainsi dans les sociétés de famille à risques limités où, à la suite du décès du *pater familia* et en raison de son testament qui fait obligation de désigner un de ses enfants à la fonction de direction alors que tous sont encore mineurs, le mineur le plus à même d'assurer les fonctions sociales sera désigné. Toutefois, dans ces hypothèses, deux options peuvent se présenter. Soit, les actes du mineur seront contresignés par son représentant légal¹³⁴⁶ pour mettre les tiers à l'abri des nullités relatives qui sont généralement à la disposition des personnes protégées pour les actes qui leur seraient défavorables. Soit, les mineurs seront exclus de la direction de la société.

543. Cependant, en droit français, l'aptitude pour un mineur ou un majeur protégé à accéder à une fonction de direction a connu une évolution. En effet, la réforme du droit des mineurs et des majeurs protégés du 5 mars 2007, applicable au 1^{er} janvier 2009, s'est efforcée de clarifier les règles dans un louable souci de sécurité juridique et de prévisibilité des solutions. A cette fin, l'article 496 du Code civil renvoie à un décret en Conseil d'Etat le soin de dresser la liste des actes qui sont regardées comme des actes d'administration et ceux considérés comme des actes de disposition. Tel a été l'objet du décret n° 2008-1484 du 22 décembre 2008¹³⁴⁷. Ce décret a envisagé certains actes relatifs au droit des sociétés. A cet effet, la qualification d'acte de disposition s'impose en toute hypothèse pour la candidature aux fonctions de gérant et d'administrateur. Ainsi, le mineur et le majeur protégé ne pouvant exercer des actes de dispositions, sont exclus des candidats à la fonction de gérant ainsi qu'à la fonction de président-directeur général, celui-ci devant être nécessairement un administrateur. Mais, pour la fonction de directeur général *stricto sensu*, aucune position n'avait été prise. Ce qui laisse la liberté au

¹³⁴⁴ Art. 276 al. 4 de l'AUSCGIE.

¹³⁴⁵ En droit de l'OHADA, le mineur émancipé peut être commerçant (art. 7 al. 2 de l'AUDCG). Il en est de même en droit français (art. L. 121-2 du Code de commerce). Pour une étude sur le sujet, V. J.-Fl. ESCHYLLE, *La capacité commerciale du mineur émancipé*, RTD com. 2013, p. 203.

¹³⁴⁶ Le représentant légal du mineur varie. S'il est sous administration légale pure et simple, ses représentants sont ses pères et mères. Dans le cadre de l'administration légale sous contrôle judiciaire, le représentant de l'enfant est celui de ses parents dont l'autorité n'est pas déchuée ou qui est en vie en cas de décès de l'autre parent. Dans le cadre de la tutelle, le représentant du mineur est son tuteur.

¹³⁴⁷ Pour étude sur ce décret, Cf. R. MORTIER, *Actes de dispositions et actes d'administration en droit des sociétés*, Dr. sociétés 2009, repère 3.

conseil d'administration de nommer une personne protégée ou pas.

Dans un arrêt du 29 septembre 2009, le président du conseil d'administration d'une SA placée sous curatelle a mandaté sa fille, en sa qualité de secrétaire chargée de la gestion administrative aux fins de conclure une transaction au nom de la société et d'assister aux négociations. La société qui contestait avoir été régulièrement représentée a été déboutée au motif que le représentant légal placé sous curatelle n'était « *pas frappé d'une interdiction d'exercer sa fonction de président du conseil d'administration à laquelle il n'avait pas renoncé* »¹³⁴⁸. Certains auteurs ont critiqué cette solution au motif que le majeur en curatelle a pu valablement transiger au nom de la société là où, s'il avait agi en son nom propre, il aurait dû être assisté de son curateur¹³⁴⁹. Ainsi donc, en droit français les incapables ne peuvent prétendre qu'à la fonction de directeur général non administrateur. Mais il est judiciaire qu'ils aient une autorisation judiciaire. Les autres fonctions de direction leur sont interdites.

544. En ce qui concerne la limite d'âge, le législateur français a été plus entreprenant que son homologue africain. Le législateur de l'OHADA est discret sur ce point. Mais sans prétendre limiter l'âge de tous les dirigeants, le législateur français s'est intéressé aux dirigeants de société anonyme. Comme les administrateurs¹³⁵⁰, l'âge limite du DG a été fixé. L'âge limite est de soixante-cinq ans. Cette option peut aussi se comprendre dans la mesure où elle assure un changement de génération à la direction de la société et empêche une trop grande gérontocratie des conseils d'administration¹³⁵¹. Aussi met-elle la société à l'abri des conséquences liées à l'affaiblissement de capacités physiques et intellectuelles au fur et à mesure que l'âge avance. Mais, comme l'a relevé le professeur MERLE¹³⁵², la réforme concernant l'âge « *était bonne dans son principe, mais elle n'a que peu d'efficacité pratique, puisque les règles (...) ne s'appliquent qu'à défaut de dispositions statutaire* ». Pour lui, en effet, « *il suffit donc pour éviter le couperet légal de prévoir dans le pacte social que la limite d'âge s'appliquant à l'ensemble des administrateurs est fixé à quatre-vingt-dix ans* ». Il n'est pas exclu que la limite d'âge du DG soit repoussée par les statuts. A l'égard des gérants, le législateur français est aussi discret sur le critère d'âge.

545. Au demeurant, la détermination de l'âge du futur dirigeant n'échappe pas aux pouvoirs des associés. Les statuts peuvent prévoir ou non une limite d'âge. En plus de l'âge, d'autres critères peuvent être retenus.

b. La discrétion sur les critères de compétence des futurs dirigeants

546. Les critères de compétence sont également passés sous silence par le législateur. Aucune disposition légale ne fixe un critère de compétence auquel est soumise la nomination des futurs dirigeants qu'il s'agisse des dirigeants des sociétés à risques limités ou illimités. Il faut relever que, dans le cadre des sociétés anonymes, le

¹³⁴⁸ Cass. com., 29 sept. 2009, n° 08-15125, *JCP éd. E*, 2009, p. 2066, note HOVASSE.

¹³⁴⁹ M. COZIAN, A. VIANDIER et Fl. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, *op cit.*, n° 606.

¹³⁵⁰ C'est une loi française du 31 déc. 1970 qui a prévu que le nombre des administrateurs ayant dépassé l'âge de soixante-dix ans ne pourra être supérieur au tiers des administrateurs en fonction. Toute nomination méprisant cette disposition est nulle et lorsque la limitation fixée pour l'âge des administrateurs est dépassée, l'administrateur le plus âgé est réputé démissionnaire d'office (art. L. 225-19 du Code de commerce).

¹³⁵¹ Cf. J. BURGARD, *L'âge des dirigeants*, *Rev. Sociétés* 1971, p. 137.

¹³⁵² Ph. MERLE, *Droit commercial, Sociétés commerciales*, *op. cit.*, n° 377.

législateur n'évoque le sujet qu'à l'égard de la fonction d'administrateur et par extension à la fonction d'administrateur général. Selon l'article 523 de l'AUSCGIE, « *lorsque l'ordre du jour de l'assemblée générale porte sur la présentation des candidats au poste d'administrateur ou d'administrateur général, selon le cas, il doit être fait mention de leur identité, de leur références professionnelles et de leurs activités professionnelles au cours des cinq dernières années* ». La mention de l'administrateur général est faite dans cette disposition en raison de sa fonction d'administrateur et non de direction, car à la lecture des dispositions spécifiques consacrées à la nomination de l'administrateur général à titre de dirigeant¹³⁵³, le législateur est discret sur ses compétences. Cette disposition permet néanmoins à l'assemblée générale d'être informée sur les compétences professionnelles de l'administrateur général. Mais les actionnaires demeurent libres de choisir l'administrateur général en fonction d'autres critères et en fonction de leur intérêt.

547. Sur le critère de compétence, la discrétion est aussi partagée par le législateur français. Comme l'ont relevé les professeurs COZIAN, VIANDIER et DEBOISSY, « *la compétence n'est pas une condition de nomination et n'importe qui, n'aurait-il aucune notion de comptabilité, de droit ou de gestion, est autorisé à diriger une entreprise. Il peut donc arriver que le dirigeant soit incompetent et que l'on s'en aperçoive* »¹³⁵⁴. La compétence est ainsi l'un des critères qui distingue le choix du dirigeant de celui du salarié ou des cadres d'entreprise. Le poste de l'employé est technique tandis que celui du dirigeant semble politique. En raison de cette technicité du poste de l'employé, l'employeur est plus regardant sur la compétence technique et professionnelle du salarié lors de son recrutement¹³⁵⁵ pour s'assurer de la conformité de son profil avec le poste avant de l'embaucher. Il n'en est pas ainsi pour les futurs dirigeants lors de leur nomination au cours de laquelle le vote majoritaire favorable au candidat suffit pour l'engager. De même, contrairement aux professions libérales réglementées comme la profession d'avocat, de notaire, ou de pharmacien¹³⁵⁶, où un diplôme de qualification est requis, la fonction de dirigeant figure parmi les professions ouvertes à tout le monde indépendamment de toute qualification professionnelle. Dès lors, il n'est pas exclu de constater au niveau de la direction que le directeur général soit moins diplômé que le directeur général adjoint ou que les deux soient nantis de diplôme d'inégale valeur dans des domaines différents. Malgré l'infériorité de qualification du directeur général, sa rémunération peut être plus considérable que celle de ses adjoints.

548. Cette libéralisation du critère de compétence peut conforter le manque d'ambition pour la quête de qualification par les aspirants à la fonction de direction. Mais elle semble trompeuse au regard du domaine d'activité de certaines sociétés qui commande l'acquisition d'un prérequis¹³⁵⁷ pour pouvoir en assumer la

¹³⁵³ V. art. 495 à 497 de l'AUSCGIE.

¹³⁵⁴ M. COZIAN, A. VIANDIER et F. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, op. cit., n° 604.

¹³⁵⁵ J.-F. RENUCCI, *L'identité du cocontractant*, RTD com. 1993, p. 441, n° 23.

¹³⁵⁶ V. P. LE CANNU et B. DONDERO, *Droit des sociétés*, op. cit., p. 867, n° 1352 ; G. VIALA, *Réglementation de la profession de pharmacien*, *Actualité juridique*, RDSS 1996, p. 544.

¹³⁵⁷ La direction des sociétés dont l'activité est réglementée (banques et assurances) est réservée aux candidats remplissant certaines conditions de formation et d'expérience exigées par la loi. A titre d'exemple, l'art. 329 du Confédération Interafricaine des marchés assurances (CIMA) prescrit : « *pour être éligibles au poste de Directeur Général, les postulants*

direction. A cet effet, il n'est pas exclu que le critère de choix retenu par les associés ou les statuts se fonde sur la compétence. Dans cette hypothèse, seuls les candidats disposant des compétences requises obtiendront la faveur des délibérations. D'ailleurs, comme l'ont relevé les professeurs LE CANNU et B. DONDERO, « *il est prudent de prendre des renseignements sur les candidatures, en exigeant des candidats qu'ils livrent des informations sur leur passé et leur engagements présents* »¹³⁵⁸. De façon générale, les associés demeurent libres de se référer à d'autres critères en dehors du critère de compétence dans la nomination des dirigeants.

c. La discrétion sur le critère de qualité d'associé ou non des futurs dirigeants

549. Le dirigeant social peut être choisi librement parmi les associés ou en dehors d'eux¹³⁵⁹. Dans la SNC, la fonction de direction peut être confiée à un tiers. Les associés personnes physiques ou morales peuvent décider d'assurer eux-mêmes la fonction¹³⁶⁰ en ne désignant nommément aucune personne à cette fonction. Dans la SARL, les gérants peuvent être choisis parmi les associés ou en dehors d'eux. Dans la SA, la fonction de directeur général ou d'administrateur général ainsi que celle de leurs adjoints peuvent être assumées par les actionnaires ou un tiers. Certes, il n'en est pas de même pour le DG qui cumule son poste avec celui du président du conseil d'administrateur qui doit être nécessairement un administrateur. Mais il n'est pas exclu qu'un administrateur non actionnaire soit promu à la fonction de P-DG. Ainsi, par principe, la qualité d'associé n'est pas une condition de nomination. Cette ouverture permet de faire recours à des compétences externes à la société dans le cadre du renforcement de la direction.

550. Cette liberté dont jouissent les associés dans le choix des dirigeants permet de faciliter l'augmentation du nombre de dirigeants et d'étendre les compétences de la direction en fonction de l'objectif préétabli. L'intervention du législateur dans le choix des dirigeants viendrait perturber le projet social. Toutefois, une éventuelle intervention du législateur ne pourrait être qu'à titre supplétif. Dans cette hypothèse, les associés ne manqueront pas d'écarter la volonté du législateur pour déterminer eux-mêmes dans les statuts les critères de choix qui leur conviennent. En plus de la discrétion législative sur les conditions subjectives de nomination des futurs dirigeants, les conditions objectives de leur nomination sont considérablement simplifiées.

2. La simplification des conditions objectives de nomination des futurs dirigeants

551. La nomination régulière des dirigeants nécessite le respect de certaines conditions légales¹³⁶¹. En fonction de la forme de la société, l'organe habilité à nommer les dirigeants diffère. Dans la société anonyme avec

doivent être titulaires : soit d'un diplôme d'études supérieures en assurance ou en actuariat et justifier d'une expérience minimale de cinq ans à un poste d'encadrement supérieur dans une entreprise d'assurance (...) soit d'un diplôme de l'enseignement supérieur d'orientation économique ou juridique avec une expérience de 5 ans dans des fonctions de direction d'une entreprise à caractère financier, soit d'un diplôme de l'enseignement supérieur avec une expérience minimale de dix ans dans des fonctions d'encadrement supérieur dans une entreprise ou dans une administration »

¹³⁵⁸ P. LE CANNU et B. DONDERO, *Droit des sociétés*, op. cit., p. 525, n° 778.

¹³⁵⁹ V. J.-F. BULLE, *Un statut anachronique source de fâcheux errements : la gérance majoritaire*, JCP éd. E, n° 45, 1987, 15048.

¹³⁶⁰ Par ex., J. RICHARD, *La personne morale gérante d'une société de personnes*, Dr. sociétés avr. 1987, p. 3.

¹³⁶¹ Au sujet des conditions des délibérations collectives, V. F. BONDIL, *Volontés individuelles et genèse des délibérations collectives*, thèse Aix-Marseille, préf. J. MESTRE, PUAM, 2003.

conseil d'administration, la nomination du DG ou du P-DG¹³⁶² relève de la compétence du conseil d'administration¹³⁶³. Il en est de même pour les directeurs généraux adjoints mais sur proposition du directeur général¹³⁶⁴. Dans la SA avec administrateur général¹³⁶⁵ ainsi les SARL et SNC, l'organe habilité à procéder aux nominations est l'assemblée générale¹³⁶⁶. Il en est de même pour les administrateurs généraux adjoints mais sur proposition préalable de l'administrateur général¹³⁶⁷. Ainsi, la nomination résulte-t-elle d'un vote, car elle émane toujours d'un organe collégial. N'entraînant pas une modification des statuts, le vote de nomination en cours de vie sociale est par principe effectué à la majorité simple. Cette option exclut les minorités de blocage. Aussi, la publicité de la nomination est-elle requise pour informer les tiers. La publicité produit deux effets. Le premier consiste à opposer aux tiers, la nomination ainsi que les actes à accomplir par les dirigeants. Le second consiste à purger un vice ayant entaché le vote de nomination au moment des délibérations. Le premier rôle est d'ordre général et n'est pas spécifique à la nomination¹³⁶⁸. Le second est spécifique aux décisions collectives dont celles relatives aux nominations. C'est le second qui retiendra notre attention, car il participe de l'allègement des conditions de l'augmentation du nombre des dirigeants. Ainsi, l'effet de purge de la publicité des nominations (b) et l'exclusion des minorités de blocage au cours de vote nommant (a) concourent-ils à la simplification de l'augmentation de nombre des dirigeants.

a. La neutralisation des minorités de blocage dans les votes de nomination

552. La nomination des dirigeants est allégée par l'admission d'un vote simplifié qui le sanctionne. Si au

¹³⁶² Le directeur général peut cumuler sa fonction avec celle de président du conseil d'administration. On ne peut désigner plus d'un directeur général dans une société anonyme avec conseil d'administration. Par contre, le nombre des directeurs généraux adjoints peut être augmenté sans limite. En outre, le directeur général peut être le seul dirigeant nommé au départ. Avec l'évolution des activités, la direction peut être renforcée par la nomination de directeurs généraux adjoints. V. P. D. OLLIER, *Le directeur général adjoint de la société anonyme*, RTD com. 1961, p. 553.

¹³⁶³ V. E. PAUL et J.-L. TROUSSET, *La présentation des candidatures au conseil d'administration*, JCP éd. E, n° 30, 2000, p. 1219.

¹³⁶⁴ Néanmoins, le directeur général adjoint ne peut être le président du conseil d'administration en cas de dissociation de sa fonction avec celle du directeur général. En effet, « le conseil d'administration d'une société anonyme ne peut organiser de manière autre l'exercice de la direction générale et que, s'il opte pour la dissociation des fonctions de représentation du conseil d'administration dévolues au président du conseil d'administration d'avec celles de direction générale en nommant une autre personne physique pour assumer les fonctions de direction générale, il ne peut nommer afin d'assister le directeur général, un directeur général délégué qui serait le président du conseil d'administration sans porter atteinte à l'esprit de la loi qui veut pour assurer une dissociation effective des fonctions que le président du conseil d'administration et directeur général ne soit pas la même personne physique » : CA Lyon 3^e ch, 25 sept. 2003, *Georgen*, Rev. sociétés 2005, p. 881, note P.-H. CONAC.

¹³⁶⁵ Comme le directeur général, l'administrateur général est le chef de direction. Cette fonction est assumée par une seule personne. Par la suite, la direction peut être renforcée par la nomination d'administrateurs généraux adjoints dont le nombre est illimité. V. F. MEMAN, *La société unipersonnelle dans le droit des sociétés OHADA : une législation à parfaire*, Penant n° 868, p. 312 ; M. EMIEN, *L'administration et la direction de la société anonyme de type nouveau issue de la réforme du droit des sociétés commerciales dans la zone OHADA*, Penant n° 864, p. 261 ; B. LE BARS et B. MARTOR, *Management et financement de la société anonyme de droit OHADA*, Petites affiches 2004, n° 5, p. 12.

¹³⁶⁶ Pour la SNC : art. 276 de l'AUSCGIE. Pour la SARL : art. 347 al. 1^{er} de l'AUSCGIE. Il n'en serait pas autrement, car dans ces sociétés, il n'existe pas un autre organe à l'image du conseil d'administration. L'assemblée générale est l'organe souverain.

¹³⁶⁷ Art. 495 de l'AUSCGIE la nomination de l'administrateur général ; art. 510 pour la nomination de l'administrateur général adjoint.

¹³⁶⁸ L'information des tiers par la formalité de la publicité n'est pas limitée aux nominations des dirigeants. Cette formalité est exigée aussi notamment après la constitution des sociétés et les modifications des statuts.

moment de la constitution de la société, les dirigeants sont généralement désignés dans les statuts, il n'en est pas de même pour les désignations intervenues en cours de vie sociale. Quelque que soit l'organe chargé des nominations en cours de vie sociale, le vote est, en principe, pris à une majorité simple. Cette mesure est indépendante de la forme de la société.

553. En effet, dans les sociétés à gérance, la désignation des dirigeants peut être faite en assemblée générale ordinaire ou par consultation écrite. Au cours des consultations ordinaires et des délibérations en assemblée générale, la décision est prise par l'associé ou le groupe d'associés disposant au moins de la moitié du capital¹³⁶⁹. Dans la SARL, si la majorité en parts sociales n'a pu être obtenue au cours d'une première réunion, les associés sont, sauf stipulations contraires des statuts, convoqués une seconde fois et les décisions sont prises à la majorité des votes émis quelle que soit la proportion de capital représentée¹³⁷⁰. De même, la nomination de l'administrateur général ainsi que celle de ses adjoints est le résultat d'un vote par intérêt. Le vote étant proportionnel¹³⁷¹ au pourcentage d'actions, l'actionnaire majoritaire a tout le pouvoir pour nommer le dirigeant de son choix.

554. Néanmoins, l'assemblée générale n'est pas l'organe attribué des nominations. Elle est incompétente pour régulariser la désignation du président-directeur général par un conseil d'administration irrégulièrement composé¹³⁷². Dans la SA avec conseil d'administration, le pouvoir de nomination revient au conseil d'administration¹³⁷³. Sur le mode de votation, la loi semble opter pour le vote par tête¹³⁷⁴. Ce mode de votation est partagé par une partie de la doctrine qui estime que le vote des membres du conseil d'administration est une fonction¹³⁷⁵. Le mode de votation en conseil d'administration devrait par conséquent être distingué de celui admis en assemblée générale. En effet, dans les assemblées générales d'actionnaires, le vote est avant tout un droit, une prérogative de l'actionnaire. Le droit de vote est le moyen pour ce dernier de protéger ses droits pécuniaires attachés à l'action. D'ailleurs, dans un arrêt du 7 avril 1932, la Cour de cassation française avait admis que le droit de vote est la garantie des attributs pécuniaires de l'action¹³⁷⁶. La transposition de ce mode votation au sein du conseil d'administration viendrait porter atteinte à sa

¹³⁶⁹ Dans la SNC, les décisions sont, par principe, prises à l'unanimité. Mais, les statuts peuvent prévoir que certaines décisions sont prises à une majorité qu'ils fixent (art. 283 de l'AUSCGIE). Il n'est pas exclu que les statuts prévoient ainsi la nomination des dirigeants soient effectuées à la majorité simple.

¹³⁷⁰ Art. 349 al. 2 de l'AUSCGIE.

¹³⁷¹ Sur le principe de proportionnalité entre l'apport et le droit de vote, v. P. LEDOUX, *Le droit de vote des actionnaires*, thèse Paris II, préf. Ph. MERLE, Bibl. dr. pr., t. 379, LGDJ, 2002.

¹³⁷² Com., 31 janv. 1968, *D.* 1968, p. 321.

¹³⁷³ Art. 462 al. 1^{er} de l'AUSCGIE pour la nomination du P-DG et art. 485 al. 1^{er} pour la nomination du DG. La Cour d'appel de Paris a eu à affirmer que nul peut se prévaloir de la qualité de directeur général s'il n'a pas été nommé par le conseil d'administration et par lui seul. Il ne peut se targuer davantage d'une acceptation tacite du conseil d'administration, alors qu'il a reçu une délégation de pouvoirs du président-directeur général, d'où il s'évince que ce dernier n'avait nullement entendu renoncer à la direction générale, le titre de directeur général n'étant pas au demeurant conféré au délégataire : Cour d'appel de Paris, ch. 5-8, 1^{er} févr. 2012, n° 10/19173, *Rev. sociétés* 2012 p. 503, note J.-P. MATTOU.

¹³⁷⁴ La loi fait référence à la qualité de membre du conseil d'administration et non au pourcentage d'actions que détient chaque administrateur (art. 454 al. 2 de l'AUSCGIE).

¹³⁷⁵ J. FOSSEREAU, *Le vote au conseil d'administration des sociétés anonymes*, RTD com 1965, pp. 317-321 ; COZIAN, VIANDIER, DEBOISSY, *Droit des sociétés*, op. cit., n° 542 ; G. RIPERT et R. ROBLOT, par M. GERMAIN et V. MAGNIER, *Traité de droit des affaires*, t. 2, *Les sociétés commerciales*, 20^e éd., LGDJ, 2011, n° 1667, p. 491 ; M.-Ch. MONSALIER, *L'aménagement contractuel du fonctionnement de la société anonyme*, op. cit., p. 135, n° 313.

¹³⁷⁶ Civ. 7 avril 1932, *DP* 1933, 1, p. 153, note CORDONNIER.

collégialité et dénaturerait le vote des administrateurs¹³⁷⁷. Contrairement à la thèse du vote fonction de l'administrateur, certains auteurs se fondent sur la possibilité d'aménager ce vote, car ce qui n'est pas interdit est permis¹³⁷⁸. Dès lors, lorsqu'il n'existe pas de prohibition légale, le vote par intérêt semble licite et les statuts peuvent le prévoir¹³⁷⁹. Ces auteurs estiment que le vote par intérêt tendrait à protéger l'intérêt collectif dès lors que, par ce procédé, le conseil d'administration reflèterait l'image exacte de l'assemblée générale et respecterait ainsi l'esprit d'une société dans laquelle les capitaux comptent plus que les personnes.

555. A l'analyse, la nomination des dirigeants semble à l'abri des contraintes qui sont liées aux délibérations entraînant une modification des statuts¹³⁸⁰. L'égalité dans ce vote n'est pas liée à la qualité d'associé mais au pouvoir proportionnel tiré du capital social¹³⁸¹. Même si au sein du conseil d'administration, le principe du vote par tête semble acquis, il n'est pas exclu que les statuts y déroge en alignant le vote sur le pouvoir conféré par le capital social. Ainsi, les minorités de blocages sont écartées. Les minoritaires ne peuvent bloquer la nomination d'un dirigeant. Ils sont condamnés à subir les désignations issues de la volonté des majoritaires¹³⁸². Toutes réactions des minoritaires antérieurement à la nomination pour entraîner son échec sont vaines. Ils ne disposent que d'un pouvoir *a posteriori* contre la nomination. A ce titre, il ne s'agit pas d'une contestation de la nomination.

Sauf si elle est irrégulière, la délibération ayant sanctionné la nomination s'expose à l'annulation judiciaire sur demande des minoritaires¹³⁸³. En réalité, postérieurement à la nomination, les minoritaires ne disposent que

¹³⁷⁷ M.-Ch. MONSALIER, *L'aménagement contractuel du fonctionnement de la société anonyme*, op. cit., n° 312.

¹³⁷⁸ Y. GUYON, *Traité des contrats, Les sociétés, Aménagements statutaires et conventions entre associés*, op. cit., n° 9.

¹³⁷⁹ Y. GUYON, *Droit des affaires, t. I, Droit commercial général et Sociétés*, 11^e éd., Economica, 2001, p. 351, n° 336.

¹³⁸⁰ Pour les délibérations ayant pour objet de modifier les statuts ou d'entraîner une augmentation des engagements des associés, une majorité absolue des voix et parfois l'unanimité des associés sont exigées. V. J. LAURENT, *Le principe de responsabilité limitée*, *Bull. Joly Sociétés* 2007 n° 2, § 46, p. 225 ; *La notion d'augmentation des engagements des associés*, *RTD com.* 2000, p. 27 ; G. TAORMINA, *Réflexions sur l'aggravation des engagements de l'associé*, *Rev. sociétés* 2002, p. 267 ; D. BERT et T. LAKHDARI, *L'application de la règle de l'unanimité aux opérations de fusion-absorption*, *D.* 2005 p. 1636 ; F. KENDERIAN, *La contribution aux pertes sociales*, *Rev. sociétés* 2003, p. 617 ; Y. CHARTIER, *L'évolution des engagements des associés*, *Rev. sociétés*, 1980, p. 1 ; J. MONNET, *Organisation de l'entreprise et interdiction d'augmenter les engagements des associés*, *Aspects organisationnels du droit des affaires, Mélanges PAILLUSSEAU*, Dalloz, 2003, p. 403 ; P. CARCREFF, *Sur la confusion de la notion d'obligation aux dettes sociales avec celle de contribution aux pertes*, *Gaz. Pal.* 1976, I, Doctr. p. 145 ; Du GARREAU DE LA MECHENIE, *Les droits propres des actionnaires*, thèse Poitiers, 1937 ; Ch. GOYET, *Les limites au pouvoir majoritaire dans les sociétés*, *RJ com.*, n° spéc., nov. 1991, p. 58.

¹³⁸¹ Sur le principe de proportionnalité, V. par ex. R. VATINET, *Existe-t-il un principe de proportionnalité en droit des sociétés ?*, *Petites affiches* 1998 n° 117, p. 58.

¹³⁸² V. C. RUELLAN, *La loi de majorité dans les sociétés commerciales*, th. Paris II, 1997 ; Y. GUYON, *La société anonyme, une démocratie parfaite !*, *Mélanges GAVALDA*, Dalloz 2001, p. 133, et 141.

¹³⁸³ Sur la question de la nullité des délibérations sociales, v. not., A. COURET et B. DONDERO, *La violation des statuts ou du règlement intérieur d'une société commerciale n'est pas sanctionnée par la nullité*, *JCP éd. E* 2010, n° 1562 ; H. LE NABASQUE, *Nullité des actes et délibérations ne modifiant pas les statuts : cherchez la loi impérative !*, *Bull. Joly Sociétés* 2010, 651 ; M.-L. COQUELET, *Nullité des délibérations sociales pour violation des statuts : oui mais sous conditions !*, *Dr. sociétés* 2010, n° 156 ; J.-J. ANSAULT, *Le contrôle de l'intérêt à agir en nullité des délibérations sociales*, *Rev. sociétés* 2012, p. 7 ; F. BARRIERE, *Ordre public et impérativité, Observations en droit pénal des sociétés anonymes*, préc., p. 713 ; S. SCHILLER, *Pactes, statuts, règlement intérieur : quelle hiérarchie ?*, *Rev. sociétés* 2011, p. 331 ; A. CHARVERIAT, *De quelques difficultés relatives à la nullité d'une décision sociale irrégulière*, préc., p. 212 ; F. MARMOZ, *Le refus de sanctionner par la nullité la délibération d'un organe social adoptée en violation d'une disposition statutaire*, *D.* 2010, p. 2405 ; Ch. HANNOUN, *L'action en nullité et le droit des sociétés (Réflexions sur les sources procédurales du droit de critique et leurs fonctions)*, *RTD com.* 1993, p. 227 ; J.-P. LEGROS, *La nullité des décisions de sociétés*, préc., p. 275 ; P. LE CANNU, *Nullité et participation des associés aux décisions collectives*, *RJDA* 1998, p. 987.

d'un droit de demander la révocation judiciaire¹³⁸⁴ des dirigeants – des gérants seulement¹³⁸⁵ – en invoquant des motifs légitimes. Aussi, peuvent-ils espérer une élimination des dirigeants méritant des sanctions destinées à cet effet¹³⁸⁶ lorsque la société est en cessation des paiements à cause des fautes qui seraient retenues contre eux¹³⁸⁷.

556. Grâce à cette neutralisation des pouvoirs des minoritaires dans la nomination des dirigeants, un projet d'augmentation du nombre des dirigeants par les majoritaires a toutes les garanties d'aboutir. Même si des vices entachent ces nominations, la publication de celles-ci permet de purger ces vices

b. La purge des vices de désignation par les formalités de publicité

557. Au nombre des contraintes pesant sur les acteurs du droit commercial, figure la publicité légale¹³⁸⁸. La publicité est une formalité requise pour informer¹³⁸⁹ les tiers de la naissance d'une société ainsi que des modifications des statuts intervenues en cours de vie sociale. La première étape de la publicité consiste à faire enregistrer des actes concernés au RCCM du lieu de situation du siège social dans le mois suivant la conception des actes pour avoir le quitus de l'administration publique¹³⁹⁰. La dernière étape consiste à porter, après leur enrégistrement, les actes dans un journal habilité à recevoir les annonces légales¹³⁹¹. Les formalités de publicité sont effectuées à la diligence et sous la responsabilité des dirigeants sociaux. Elles s'imposent aussi à la suite de la nomination des dirigeants ou de la cessation de leur fonction. La publication de la cessation des fonctions du dirigeant met fin à ses pouvoirs de représentation de la société¹³⁹². Dans le sens inverse, le dirigeant nommé ne peut régulièrement représenter la société qu'après la publication de sa nomination¹³⁹³. Toutefois, en attente de la publicité, il peut accomplir des actes conservatoires¹³⁹⁴ pour le compte de la société. Il en est ainsi de la déclaration de créance¹³⁹⁵ qui, malgré certains avis contraires¹³⁹⁶, demeure, pour la doctrine majoritaire, un acte assimilable à une action en justice¹³⁹⁷. L'intérêt de la publicité au regard de la simplification des conditions de

¹³⁸⁴ V. B. BOSQUET-DENIS, *La protection de l'associé contre le gérant statutaire et égalitaire d'une société à responsabilité limitée*, préc., p. 751 ; B. SAINTOURENS, *La révocation des dirigeants sociaux dans l'actualité jurisprudentielle*, Bull. Joly Sociétés 2005 n° 6, §152, p. 667

¹³⁸⁵ V. *infra* n° 751 s.

¹³⁸⁶ V. *supra* n° 475 s.

¹³⁸⁷ V. *supra* n° 475 s.

¹³⁸⁸ Y. GUYON, *Droit des affaires, t. 1, Droit commercial général et Sociétés, op. cit.*, n° 837.

¹³⁸⁹ Pour une étude générale sur l'information, Cf. E. DARAGON, *Etude sur le statut juridique de l'information*, D. 1998, p. 63.

¹³⁹⁰ Art. 46 s. de l'AUDCG ; art. 52 s. de de l'AUDCG.

¹³⁹¹ V. art. 257 de l'AUSCGIE qui détermine le statut des journaux habilités à recevoir les annonces légales.

¹³⁹² Par ex., Com., 4 mai 1993, *SARL Copidem c. Biasini et autre*, Rev. sociétés 1993, p. 567, note B. SAINTOURENS. – V. aussi, Cass. 3° civ., 25 mars 1992, *Dr. sociétés* 1992, n° 156, note Th. BONNEAU.

¹³⁹³ *Contra*, Cf. CREFF, *Défaut de publicité de la nomination ou de la cessation des fonctions des dirigeants*, BRDA 1989, 5.

¹³⁹⁴ Sur la notion d'acte conservatoire, V. Cl. BRENNER, *L'acte conservatoire*, th. Angers, préf. P. CATALA, Bibl. dr. pr., t. 323, LGDJ, 1999.

¹³⁹⁵ Com., 12 juill. 2004, *Xavier Grave c/ Sté Coopérative d'exploitation et de répartition pharmaceutique (CERP)*, Rev. sociétés 2005, p. 216, note Y. CHARTIER ; *Dr. sociétés* n° 11, Novembre 2004, comm. 183, note F. G. TRÉBULLE. La Cour de cassation approuve l'arrêt d'appel qui a affirmé que, du fait de sa nomination, le président du conseil d'administration exerçant les fonctions de directeur général d'une société anonyme représente légalement la société lorsqu'il fait une déclaration de créance, peu important que la nomination n'ait été publiée au registre du commerce et des sociétés qu'à une date ultérieure.

¹³⁹⁶ J.-L. VALLENS, *La déclaration de créance n'est pas une demande en justice*, RTD com. 2009, 214, n° 9.

¹³⁹⁷ A. GHOZI, *Nature juridique de la production des créances dans les procédures collectives de règlement du passif*, RTD com. 1978, p. 1 ; B. SOINNE, *La double nature de la déclaration de créance*, Rev. proc. coll. 1993, p. 21 ; F.

nomination réside dans son effet positif sur une nomination entachée de vice.

558. En effet, la publicité constitue une fin de non-recevoir d'une action en nullité de la délibération de nomination¹³⁹⁸. Elle permet de régulariser les nominations irrégulières.

S'agissant du conseil d'administration, l'irrégularité peut provenir de sa composition¹³⁹⁹, de la fraude dans sa convocation¹⁴⁰⁰, de la violation du droit à l'information des administrations¹⁴⁰¹, ou encore du non-respect de la fixation préalable de l'ordre du jour imposé par les statuts¹⁴⁰². Elle peut aussi provenir de la nomination du dirigeant non par le conseil d'administration mais par son président¹⁴⁰³. L'irrégularité peut, de même, provenir de la brièveté du délai de convocation de nature à empêcher l'actionnaire majoritaire. Une illustration de cette irrégularité peut être tirée d'un arrêt du 28 mai 2009¹⁴⁰⁴ rendu par la Cour d'appel de Lomé. Selon les faits, la convocation d'un conseil d'administration a été signifiée au Togo à une société majoritaire du groupe pour être tenu le lendemain en Espagne. La société actionnaire majoritaire n'ayant pas fait le déplacement, a demandé la nullité des convocations ainsi que des délibérations. Le Tribunal de Lomé fait droit à sa demande. La Cour d'appel saisie ensuite rappelle que s'il est vrai que l'Acte uniforme de l'OHADA relatif au droit des sociétés commerciales et du GIE dispose qu'on peut convoquer à tout à tout moment un conseil d'administration, il n'en demeure pas moins vrai que convoquer une personne, c'est l'amener à se déplacer impérativement, ce qui suppose un déplacement. Elle a par conséquent annulé pour irrégularités, les délibérations du conseil d'administration ayant siégé et délibéré le lendemain de sa convocation.

En ce qui concerne la nomination sur décision d'une assemblée générale, l'irrégularité peut provenir de l'absence d'ordre du jour¹⁴⁰⁵, de l'incompétence de l'auteur de la convocation¹⁴⁰⁶, du non-respect des conditions de

PEROCHON et R. BONHOMME, *Entreprises en difficultés, instruments de paiement et de crédit*, LGDJ, 6e éd., 2003, n° 266-1, p. 270 ; M. JEANTIN et P. LE CANNU, *Droit commercial, instruments de paiement et de crédit*, Dalloz, 6e éd., 2003, n° 810, p. 567 ; RIPERT et ROBLOT, *Droit commercial*, t. 2 par M. GERMAIN et Ph. DELEBECQUE, 17e éd., 2004, n° 3014, p. 990 ; D. TRICOT, *La délégation de pouvoirs est-elle soumise aux règles du mandat ?*, *Rev. Lamy dr. aff.* 2012, p. 72 .

¹³⁹⁸ J.-P. LEGROS, *La nullité des décisions de sociétés*, *Rev. sociétés*, préc., n° 86.

¹³⁹⁹ Par analogie, Cf. Com., 31 janv. 1968, *D.* 1968, p. 321.

¹⁴⁰⁰ Com., 19 janv. 1959, *D.*, 1959, p. 260.

¹⁴⁰¹ Cass. com. 2 juill. 1985, *Rev. sociétés* 1986, 231, note P. LE CANNU ; *JCP* 1985, II, 20518, note A. VIANDIER ; *D.* 1986, 351, note LOUSSOUARN. – Com., 24 avril 1990, *M^{me} G. Renaud, épouse Cointreau c. Sté Rémy Martin*, *Rev. sociétés* 1991 p. 347, note P. DIDIER. V. aussi, R. BAILLOD, *L'information des administrateurs de sociétés anonymes*, *RTD com.* 1990, p. 1.

¹⁴⁰² D. HUBERT, *De la nécessité d'un ordre du jour préalable dans les réunions du conseil d'administration de la société anonyme*, *Bull. Joly Sociétés* 1994 n° 12, § 358, p. 1286. Cf. aussi, B. ROSE-MARIE, *Le droit d'information individuel des administrateurs de société anonyme*, *Bull. Joly Sociétés* 1997 n° 10, § 309, p. 843 ; R. BAILLOT, *Le droit d'information des administrateurs*, préc., p. 1 ; J.-P. BOUERE, *L'information des administrateurs de sociétés anonymes*, *JCP éd. E*, 1993, I, 190 ; P. LE CANNU, *La protection des administrateurs minoritaires*, *Bull. Joly Sociétés* 1990, n° 6, § 134, p. 511 ; L. THIERRY, *L'information du conseil d'administration : gestion et responsabilités*, *Bull. Joly Sociétés* 2006, n° 2, § 31, p. 168.

¹⁴⁰³ Cf. CA Abidjan, Ch. civ. et com., 5^e ch. A, arrêt civil contradictoire n° 823 du 26 juill. 2005, *Affaire M. Mouangue Lobe*, in *Répertoire quinquennal OHADA 2006-2010*, t. 2, p. 55. Cf. aussi, par analogie, Com., 15 déc. 1987, cite par J.-P. LEGROS, *La nullité des décisions de sociétés*, *Rev. sociétés*, préc., n° 72.

¹⁴⁰⁴ CA Lomé, arrêt n° 089/09 du 28 mai 2009, *SE2M-TOGO et SE3M-TOGO / Sté SDV TOGO, Sté SOCOPAO SA, Sté Participaciones Ibero Internacionales*, in *Répertoire quinquennal OHADA 2006-2010*, t. 2, p. 755.

¹⁴⁰⁵ Dans la SARL, la convocation de l'assemblée générale doit comporter l'ordre du jour à peine de nullité (art. 338 al. 2 de l'AUSCGIE). Dans le SNC, la nullité pour défaut de mention de l'ordre du jour dans la convocation est facultative (art.

quorum surtout dans les sociétés anonymes¹⁴⁰⁷.

559. Ces irrégularités peuvent être couvertes lorsque la nomination irrégulière est publiée. Mais il convient de limiter les cas de régularisation aux nominations irrégulières effectuées par l'organe compétent. Ce qui permet d'exclure les nominations faites en dehors du cadre approprié des délibérations collégiales. Il en est ainsi des nominations faites en dehors de l'assemblée générale ou par le président du conseil d'administration de son chef. Hormis ces cas, lorsqu'un vice entache la nomination, la publicité permet de purger le vice et de régulariser la situation du dirigeant concerné. La conséquence est, de toute évidence, la disparition de l'action en nullité. Elle emporte un double effet. D'une part, l'acte de nomination est validé à l'égard de tous : elle a un effet absolu. Non seulement la nullité ne peut plus être soulevée mais elle ne peut pas être opposée à titre d'exception. Cette extinction joue à l'égard de tous, ce qui est le grand avantage sur la confirmation. D'autre part, l'acte est validé de manière rétroactive ce qui constitue un avantage sur une simple réfection. L'acte est tenu pour valable dès l'origine¹⁴⁰⁸.

560. Ainsi, la publicité dans le cadre des nominations produit-elle un effet dérogoire à celui qu'il produit généralement. C'est un avantage mis au service de la société pour accélérer la nomination de ses dirigeants. Son exploitation dans le cadre du renforcement de la direction se traduirait par une augmentation sans difficulté du nombre des dirigeants. La nomination de dirigeants supplémentaires a une incidence sur l'organisation de la direction.

B. Les incidences de l'augmentation arithmétique

561. L'augmentation du nombre des dirigeants donne lieu à une direction plurale. Cette pluralité des dirigeants commande une répartition des pouvoirs (1) et une réorganisation du fonctionnement interne de la direction (2).

1. La répartition des pouvoirs entre les dirigeants

562. La répartition des pouvoirs est nécessaire dans le cadre d'une direction plurale. Elle permet d'éviter un conflit de pouvoirs entre les dirigeants à la suite de l'augmentation de leur nombre. Chacun se voit dévolue une parcelle de pouvoirs dans le cadre de la représentation de la société. Cette répartition obéit à des règles différentes selon qu'il s'agit d'une pluralité de gérants (b) ou d'une pluralité des dirigeants de SA (a).

a. La répartition dans les sociétés anonymes

563. La SA avec conseil d'administration et la SA avec administrateur général disposent de dirigeants dont l'appellation est différente. Il s'agit du directeur général et de ses adjoints dans la première et de l'administrateur général ainsi que ses adjoints dans la seconde. Mais dans la répartition des pouvoirs, les règles applicables sont quasi-identiques.

303 al. 2 et 3 de l'AUSCGIE). Il en est ainsi pour les délibérations de la SA (art. 519 al.4 de l'AUSCGIE). De plus, dans la SA, les délibérations de l'assemblée générale ne sont annulables que si les projets de résolution mentionnées dans les convocations ne pas soumis au vote de l'assemblée (art. 521 al. 2 de l'AUSCGIE).

¹⁴⁰⁶ J.-P. LEGROS, *La nullité des décisions de sociétés*, *Rev. sociétés*, préc., n° 88.

¹⁴⁰⁷ J.-P. VALUET, *Le bureau de l'assemblée générale des actionnaires*, *Rev. sociétés* 2012, p. 543, n° 29.

¹⁴⁰⁸ J.-P. LEGROS, *La nullité des décisions de sociétés*, *Rev. sociétés*, préc., n° 73.

En effet, la direction des SA dispose d'un chef unique et l'augmentation du nombre des dirigeants ne peut se faire que par la désignation des adjoints. Le correspondant des adjoints en droit français est le directeur général délégué¹⁴⁰⁹ (appellation remplaçant celle de DGA après la loi NRE du 15 mai 2001), car ils sont des assistants du directeur général et sont des représentants légaux de la société. Par conséquent, en droit français, une personne qui porte le titre de directeur général adjoint ne saurait être un représentant légal de la société¹⁴¹⁰. De même, dans la SAS de droit français, un directeur général ou un directeur général délégué non prévus par les statuts n'a pas le statut de représentant légal de cette société¹⁴¹¹. Sur le même registre, les dirigeants subordonnés sont distincts, d'une part, des directeurs techniques qui sont des cadres salariés et, d'autre part, de l'administrateur délégué¹⁴¹² qui assume l'intérim du président du conseil d'administration en cas d'empêchement temporaire ou de décès de celui-ci. Le chef de direction dans la SA avec conseil d'administration est le directeur général. Dans la SA avec administrateur général, il s'agit de l'administrateur général.

564. Au cours de la désignation des adjoints, leurs pouvoirs sont déterminés par l'organe habilité à procéder aux nominations en accord avec le chef de direction. En réalité, les pouvoirs des adjoints sont provisoirement déterminés par le chef de direction qui les soumet à l'approbation de l'organe nommant. Il est incontestable que ces pouvoirs seront déterminés par le chef de direction en tenant compte de la limite de ses propres qualifications et de la dimension de la société. Ainsi, les pouvoirs des adjoints peuvent-ils être limités à certains domaines spécialisés notamment les affaires juridiques, fiscales, commerciales, comptables, les ressources humaines. Le dirigeant adjoint est dès lors tenu d'agir dans le domaine de compétence qui lui est attribué. L'attribution des pouvoirs en fonction de la qualification professionnelle et technique de chaque adjoint constitue un obstacle à l'accomplissement des actes dans un domaine qui n'est pas le sien, faute de ressources techniques suffisantes pour le faire. Il risque de bâcler l'acte ou de l'accomplir maladroitement et de causer un préjudice à la société, ce qui met en cause sa responsabilité. Aussi, même si les dirigeants adjoints peuvent valablement engager la société à l'égard des tiers au-delà des limites de leurs compétences internes, la bonne foi commande-t-elle qu'ils se conforment à leurs pouvoirs.

¹⁴⁰⁹ C. com., art. L. 225-53 nouveau. V. I. GROSSI, *La situation des dirigeants sociaux au lendemain de la loi sur les nouvelles régulations économiques*, *Dr. et patr.* novembre 2001, p. 98.

¹⁴¹⁰ Cass. com., 12 mai 2004, n° 00-19.305, n° 753, *J. Martinat c/ Sté Metravib RDS et autres*, *Dr. et patr.* 2004, p. 132, note D. PORACCHIA. En l'espèce, le 9 juillet 1993, M. Martinat, président du directoire de la société Metravib RDS, dont la société Altus Finance est le principal actionnaire, a démissionné de son poste pour accepter la présidence du conseil de surveillance. Cette démission était cependant requalifiée en révocation par un document, daté du 12 juillet 1993, signé de M. Debionne, membre du conseil de surveillance de Metravib RDS et directeur général adjoint de la société Altus Finance. Selon ce document Altus Finance se serait engagée à considérer la démission volontaire de M. Martinat comme une révocation, au cas où la gestion de la société Metravib RDS renoncerait à la stratégie de développement définie par l'ancienne direction. Le 22 avril 1994, se fondant sur ce document, M. Martinat a assigné les sociétés Metravib et Altus Finance en réparation de son préjudice résultant de sa démission forcée de son mandat de président du directoire de la société Metravib. La Cour de cassation approuve la cour d'appel d'avoir déclaré ce document inopposable à la société Altus Finance, cette société ne pouvant pas être engagée par M. Debionne qui « n'était pas investi d'un mandat social et ne disposait pas dans l'exercice de ses fonctions de directeur général adjoint d'une délégation de pouvoir générale ».

¹⁴¹¹ Com., 3 juin 2008, n° 07-14457, *Bull. Joly Sociétés* 2008, p. 876, note LE CANNU ; *Dr. et patr.* Juin 2008, p. 114, obs. D. PORACCHIA. Faute d'un article *ad hoc* dans les statuts, un directeur général ne peut avoir de pouvoir général de représentation, même si une décision collective avait été prise en ce sens. Cet arrêt rejette un pouvoir formé contre CA Paris, 4^e ch. A, 21 mars 2007, *JCP éd. E*, 2008, n° 9, p. 33, obs. J.-J. CAUSSAIN, FI. DEBOISSY et G. WICKER.

¹⁴¹² V. A. COURET et J.-P. DUCHATEAU, *Quels pouvoirs pour l'administrateur délégué ?*, *Bull. Joly Sociétés* 2010, 206 ; A. VIANDIER, *L'administration déléguée : une solution ?*, *D. aff.*, 1996, n° 11, p. 311.

Un dépassement de ses pouvoirs par un adjoint traduit sa déloyauté au regard de ses mandants et une méprise flagrante de l'accord intervenu entre le chef de direction et l'organe (habilité à les nommer) au sujet de la délimitation de ses compétences. Dans ces hypothèses, l'adjoint s'expose à des sanctions politiques. Il pourra être révoqué dans les conditions identiques à celles de sa nomination. Ainsi, sur proposition du chef de direction, l'organe chargé des nominations peut démettre le dirigeant adjoint déloyal. Ce spectre de responsabilité qui plane sur les adjoints est très dissuasif des tentatives de dépassement de leur compétence. Cela étant, en présence d'un acte qui ne relève pas de ses compétences, le dirigeant adjoint fait recours à son collègue compétent pour l'acte pour l'accomplir. Aussi, le dirigeant adjoint peut-il demander une délégation de compétence¹⁴¹³ pouvant lui permettre d'accomplir l'acte en cas d'empêchement ou de décès de son collègue réglementairement compétent pour accomplir l'acte. Ces mesures assurent un certain dynamisme dans la direction de la SA. Ce dynamisme est aussi exportable à la direction des sociétés autres que les SA et qui comportent une pluralité de gérants.

b. La répartition dans les sociétés à gérance

565. La direction des sociétés autres que les SA peut être occupée par une pluralité de gérants¹⁴¹⁴. Le renforcement de la direction des SARL et des SNC à travers l'augmentation du nombre des gérants mérite d'être suivi d'une organisation du fonctionnement externe de la direction. Contrairement aux dirigeants adjoints de la SA dont les compétences sont formellement déterminées au moment de leur nomination, les gérants disposent des compétences dont le moment de leur délimitation est passé sous silence par la loi. Ainsi, les pouvoirs des gérants peuvent-ils être délimités au moment de leur nomination ou après leur nomination¹⁴¹⁵. De même, la direction des SARL et des SNC n'est pas hiérarchisée comme celle des SA. Cette direction ne dispose pas de chef formel. Tous les gérants sont alors dans une position hiérarchique égale. Mais il n'est pas exclu que les statuts prévoient des critères de détermination d'un chef de direction.

566. Ces critères peuvent être fondés sur la proportion de parts sociales dont disposent les dirigeants. Ainsi, le gérant qui dispose la proportion la plus élevée aura plus de légitimité pour accéder au statut de chef de direction. L'admission de cette suggestion va de soi dans la société unipersonnelle où la direction collégiale compte l'associé unique qui peut se permettre de révoquer son cogérant¹⁴¹⁶. Dans l'hypothèse où aucun gérant n'est associé, le critère de détermination du chef de direction peut être l'ancienneté dans la direction de la société. En cas d'expérience égale, l'expérience dans la direction d'autres sociétés peut être prise en compte pour les départager et attribuer la tête de la direction au gérant le plus expérimenté dans la direction des sociétés.

567. Ce chef de direction peut jouer le rôle de son homologue de la SA dans la détermination des compétences des gérants supplémentaires nommés. Il semble être le plus avisé à pouvoir suggérer un projet de

¹⁴¹³ V. *infra* n° 613 s.

¹⁴¹⁴ V. B. ALIBERT, *La pluralité de gérants dans les sociétés à responsabilité limitée*, *Rev. sociétés* 1975, p. 605.

¹⁴¹⁵ Il faudra alors avoir une assemblée générale mixte lorsque l'organisation des pouvoirs des gérants est définie par les statuts. L'assemblée générale ordinaire nomme les gérants et l'assemblée générale extraordinaire modifie les statuts en y insérant la délimitation des pouvoirs de chaque gérant.

¹⁴¹⁶ Com., 9 mars 2010, *Petites affiches* 2010 n° 120, p. 16, note O. ROUMÉLIAN.

renforcement de la direction au regard de l'évolution de la société. Ainsi, pourrait-il soumettre à l'assemblée générale qu'il convoque, un projet d'augmentation du nombre des gérants. Ce projet d'augmentation peut aussi directement émaner d'un associé. Dans cette dernière hypothèse, il est judicieux d'associer le gérant en fonction en vue de déterminer les compétences manquantes et le nombre de gérants supplémentaires nécessaires pour remettre à flot la direction. Mais l'aménagement des pouvoirs réciproques des gérants doit résulter des statuts. Cette exigence exclut toute répartition des pouvoirs par l'assemblée généralement ordinaire mais plutôt par l'assemblée générale extraordinaire¹⁴¹⁷. Dans cette répartition des compétences, les statuts attribuent à chacun des gérants un secteur particulier de gestion. Ils peuvent aussi exiger que les gérants agissent toujours ensemble par la contresignature des actes par un de leurs collègues comme il en est dans la gestion collégiale de la GmbH, société à responsabilité de droit allemand¹⁴¹⁸. En outre, ils peuvent exiger que certains actes graves pour la société soient soumis à l'approbation préalable de l'assemblée générale ordinaire ou du commissaire aux comptes, s'il y en a un. Le dépassement de ses pouvoirs par un gérant engage sa responsabilité civile¹⁴¹⁹ et l'expose à la révocation pour juste motif¹⁴²⁰.

En outre, le législateur a prévu un dispositif qui contribue à limiter les pouvoirs des dirigeants : il s'agit de l'opposition. D'aucuns le qualifient de veto¹⁴²¹. En effet, chaque gérant peut s'opposer aux actes de l'autre gérant lorsque l'acte est contraire à l'intérêt social¹⁴²². Le veto ne pouvant être exercé que dans le cadre d'une gérance collégiale, le gérant membre d'un collège majoritaire se trouve ainsi avoir moins de pouvoir qu'un gérant unique¹⁴²³. La notification de cette opposition au tiers qui y passe outre pour passer l'acte, constitue une preuve de sa mauvaise foi¹⁴²⁴. Ce tiers de mauvaise foi ne pourra exiger de la société l'exécution de l'acte et perd la sécurité résultant de l'inflexibilité des pouvoirs des dirigeants¹⁴²⁵.

Cette répartition des pouvoirs est inopposable aux tiers de bonne foi, mais elle constitue une technique d'organisation du fonctionnement externe la direction. L'organisation peut aussi avoir pour objet le fonctionnement interne de la direction.

¹⁴¹⁷ CA Versailles, 31 oct. 2002, *Bull. Joly Sociétés* 2003, p. 184, note A. CONSTANTIN. Cet arrêt a été approuvé par Com., 28 nov. 2006, *RJDA* avril 2007, n° 371.

¹⁴¹⁸ B. LAURIN, *La GmbH, un modèle de forme sociale*, JCP éd. E, 2012, 1043, n° 11.

¹⁴¹⁹ Com., 3 déc. 2002, *BRDA* 3/2003, p. 5 : le contrat de crédit-bail souscrit par un cogérant en violation d'une clause des statuts exigeant l'accord de deux gérants est valable ; toutefois, le cogérant signataire engage sa responsabilité civile à l'égard de la société.

¹⁴²⁰ V. R. BAILLOD, *Le « juste motif » de révocation des dirigeants sociaux*, *RTD com.* 1983, p.395 ; J.-L. AUBERT, *La révocation des organes d'administration des sociétés commerciales*, *RTD com.* 1968, p. 977.

¹⁴²¹ C. BERR, *L'exercice du pouvoir dans les sociétés commerciales*, *op. cit.*, p. 68 et 78, n°s 83 et 101.

¹⁴²² Cf. Cass. soc., 18 févr. 1998, n° 95-43188, Defrénois 1999, art. 36923-2, p. 43, note G. P. QUETANT ; *Dr. sociétés* 1998, comm. n° 104, obs. Th. BONNEAU.

¹⁴²³ J.-F. BULLE, *Un statut anachronique source de fâcheux errements : la gérance majoritaire*, *préc.*, n° 57.

¹⁴²⁴ V. *supra* n° 137. Par contre, il n'en est pas ainsi de l'opposition formée par un cogérant à la poursuite d'une instance introduite par un autre cogérant dès lors que cette opposition a été manifestée postérieurement à la déclaration au greffe de la juridiction : Cass. soc., 3 mai 2011, n° 10-20084, *Bull. Joly Sociétés* 2011, n° 10, § 389, p. 787, note G. GIL. – Cass. 1^{re} civ., 23 juin 1992, n° 90-18019, *Dr. sociétés* 1992, comm. n° 221, obs. Th. BONNEAU ; *RTD com.* 1993, p. 334, obs. E. ALFANDARI et M. JEANTIN.

¹⁴²⁵ En ce sens, B. BOULOC, *L'objectif de sécurité dans la loi du 24 juillet 1966*, *Rev. sociétés* 1996 p. 437 ; A. VIANDIER et J.-J. CAUSSAIN, *Droit des sociétés*, JCP éd. E, n° 21, 1990, 15784.

2. La réorganisation du fonctionnement interne de la direction

568. La configuration d'une direction change lorsqu'elle compte une pluralité de dirigeants. Le fonctionnement interne de la direction nécessite dès lors une réorganisation dans le but de redéfinir les rapports entre les dirigeants. Ce faisant, dans l'ordre interne, la direction devient un organe collégial à l'instar du conseil d'administration, du directoire, du conseil de surveillance. Ces divers organes par nature collégiale représentent chacun un modèle (a) au regard de leur fonctionnement interne pouvant être adapté à la réorganisation des directions (b).

a. L'exploration des modèles de fonctionnement interne existants

569. Par nature, le conseil d'administration, le conseil de surveillance et le directoire sont des organes collégiaux. En droit de l'OHADA comme en droit français, le conseil d'administration ne peut compter moins de trois membres¹⁴²⁶. Il en est de même pour le conseil de surveillance¹⁴²⁷, un organe non reconnu par le droit de l'OHADA mais envisagé en droit français dans la société anonyme à directoire¹⁴²⁸. Quant au directoire, un organe connu seulement du droit français, le nombre de ses membres est limité à cinq mais extensible à sept s'il s'agit d'une société cotée¹⁴²⁹. Hormis le cas exceptionnel de la SA au capital inférieur à 150 000 € où les fonctions du directoire peuvent être exercées par une seule personne¹⁴³⁰, ces trois organes sont condamnés à une prise collégiale des décisions. Le processus décisionnel débute par la convocation des membres de ces organes, puis le vote et enfin l'établissement des procès-verbaux. Le fonctionnement de ces organes est généralement réglementé par les statuts auxquels le législateur fait un renvoi, ce qui favorise une variation des règles au regard des prescriptions des statuts qui peuvent être différentes. Au-delà, le fonctionnement de chaque organe peut servir de modèle à la réorganisation interne de la direction devenue plurale.

570. En premier lieu, le modèle de fonctionnement interne du conseil d'administration peut servir de modèle. Le fonctionnement du conseil d'administration est en général gouverné par des règles légales supplétives¹⁴³¹. En effet, sur convocation de son président, le conseil d'administration se réunit le plus souvent possible¹⁴³². Toutefois, les administrateurs constituant au moins le tiers des membres du conseil d'administration, peuvent, en

¹⁴²⁶ Art. 416 de l'AUSCGIE et art. L. 225-17 du Code de commerce français.

¹⁴²⁷ Selon l'article L. 225-69 al. 1^{er} du Code de commerce, « le conseil de surveillance est composé de trois membres au moins. Les statuts fixent le nombre maximum des membres du conseil, qui est limité à dix-huit ».

¹⁴²⁸ Pour des études sur la société anonyme à directoire, v. not., M.-D. CRUGE, *La dualité des organes de contrôle dans les sociétés anonymes à directoire*, *Rev. sociétés* 1975, p. 295 ; SINAY, *La société anonyme de type nouveau...*, *Gaz. Pal.* 1966, 1, Doctr. 50 ; H. LECOMPTE, *La société anonyme à directoire*, *RTD com.* 1968, p. 243 ; *Etudes de divers problèmes concernant les sociétés à directoire*, *Mélanges BASTIAN*, 1974, p. 145 ; J.-J. CAUSSAIN, *Le directoire et le conseil de surveillance de la nouvelle société anonyme*, thèse Paris, 1968 ; *La société à directoire, bilan et perspectives*, *JCP CI* 1977, I, 1245 ; M. M. FAHIM, *Le directoire dans les sociétés anonymes*, *Rev. sociétés* 1969, p. 57 ; R. CONTIN et M. DESLANDES, *Interrogations sur la société anonyme avec directoire*, *DS* 1977, chron. 295 ; P. LE CANNU, *Pour une évolution...*, *Bull. Joly Sociétés* 2000, 483 ; Y. CHARTIER, *Société à directoire ou société à conseil de surveillance ?*, *Etudes offertes à R. ROBLOT*, 1984, p. 335 ; Y. GUYON, *Eloge funèbre de la société à directoire en droit français*, *Mélanges Lucien SIMONT*, Bruylant, 2002, p. 733.

¹⁴²⁹ Art. L. 225-58 al. 1^{er} du Code de commerce.

¹⁴³⁰ Art. L. 225-58 al. 2 du Code de commerce.

¹⁴³¹ La règle supplétive trouve application lorsque les volontés privées sont défailtantes ou lorsque la défailtance est volontaire : C. P. DOURDOU, *La règle supplétive*, thèse Paris I, préf. G. VINEY, *Bibl. dr. pr.*, t. 421, LGDJ, 2004, p. 311 et s.

¹⁴³² Art. 453 al. 2 de l'AUSCGIE.

indiquant l'ordre du jour de la séance, convoquer le conseil d'administration, si celui-ci ne s'est pas réuni depuis plus de deux mois¹⁴³³. Le conseil d'administration ne délibère valablement que si tous ses membres ont été régulièrement convoqués¹⁴³⁴ et si la moitié au moins de ses membres sont présents¹⁴³⁵. La convocation doit être adressée dans un délai suffisant pour permettre à l'administrateur d'assister à la séance du conseil¹⁴³⁶. La convocation verbale n'est pas irrégulière en soi¹⁴³⁷, mais en cas de litige, il sera pratiquement impossible de rapporter la preuve de la réalité de cette convocation¹⁴³⁸. A l'image de l'article L. 225-37 alinéa 3 du Code de commerce français, l'article 454-1 de l'AUSCGIE révisé permet au règlement intérieur du conseil d'administration de prévoir, sauf stipulations contraires des statuts, que les administrateurs peuvent participer et voter aux réunions du conseil d'administration par des moyens de visioconférence ou de télécommunication. Si ces moyens électroniques sont utilisés, le conseil d'administration ne peut valablement délibérer que si le tiers au moins de ses membres est physiquement présent. Le vote se fait par tête sauf si les statuts prévoient le vote par intérêt¹⁴³⁹. Les décisions sont prises à la majorité des membres présents ou représentés, à moins que les statuts ne prévoient une majorité plus forte. En cas de partage des voix, la voix du président est prépondérante sauf dispositions contraire des statuts. Les délibérations du conseil d'administration sont constatées par des procès-verbaux établis sur un registre spécial tenu au siège, cotés et paraphés par le juge de la juridiction compétente¹⁴⁴⁰. Les procès-verbaux peuvent aussi être établis sur feuille mobile¹⁴⁴¹. Ils sont certifiés sincères par le président de séance et un administrateur et par au moins un administrateur¹⁴⁴².

571. En second lieu, le fonctionnement du conseil de surveillance peut servir de modèle au regard de l'organisation interne de la direction plurale. En effet, le fonctionnement du conseil de surveillance est similaire à celui du conseil d'administration. S'agissant des convocations, elles relèvent de la compétence du président et du vice-président¹⁴⁴³. Néanmoins, le président doit convoquer le conseil dans les quinze jours lorsqu'un membre au moins du directoire ou le tiers au moins des membres du conseil lui présentent une demande motivée en ce sens. Si la demande est restée sans suite, ses auteurs peuvent procéder eux-mêmes à la convocation, en indiquant l'ordre du jour de la séance¹⁴⁴⁴. Les dates et formes de la convocation sont passées sous silence par le législateur. On en déduit que leur détermination appartient aux statuts qui peuvent les renvoyer au règlement intérieur du conseil de

¹⁴³³ Art. 453 al. 3 de l'AUSCGIE.

¹⁴³⁴ Art. 453 al. 4 de l'AUSCGIE.

¹⁴³⁵ Art. 454 al. 1^{er} de l'AUSCGIE.

¹⁴³⁶ Com., 7 mai 1973, *Bull. civ. IV*, n° 166, p. 144 ; *RTD com.* 1973, p. 569, n° 7, R. HOUIN ; T. com. Paris, 5 mars 1982, *JCP* 1983, II, 19982, A. VIANDIER ; Paris 21 févr. 2003, *JCP éd. E* 2003, panor. p. 835, n° 736. – V. aussi, CA Lomé, arrêt n° 089/09 du 28 mai 2009, préc.

¹⁴³⁷ Paris, 4 oct. 1991, *RJDA* 1991, n° 1036, p. 860.

¹⁴³⁸ Paris, 22 mars 1977, *D.* 1978, p. 157, P. G. GOURLAY. Sur les difficultés soulevées par une convocation adressée par simple lettre, Colmar, 6 juin 1975, *Bull. Joly Sociétés* 1976, p. 240, n° 153.

¹⁴³⁹ V. *supra* n° 571.

¹⁴⁴⁰ Art. 458 al. 1^{er} de l'AUSCGIE.

¹⁴⁴¹ Art. 458 al. 2 de l'AUSCGIE.

¹⁴⁴² Art. 459 de l'AUSCGIE.

¹⁴⁴³ Art. L. 225-81 du Code de commerce.

¹⁴⁴⁴ Art. R. 225-45 du Code de commerce.

surveillance. S'agissant des délibérations, le conseil n'y procède que si la moitié au moins de ses membres sont présents. A la suite, les décisions sont prises à la majorité des membres présents ou représentés. La voix du président est prépondérante sauf si les statuts en disposent autrement¹⁴⁴⁵. Les statuts peuvent prévoir une majorité plus forte ainsi que le recours à des moyens de télécommunication¹⁴⁴⁶ pour la participation aux réunions du conseil de surveillance. Les délibérations sont constatées par des procès-verbaux certifiés par le président¹⁴⁴⁷.

572. En dernier lieu, le fonctionnement interne du directoire peut servir de modèle. L'organisation interne du directoire tranche avec celle du conseil d'administration et du conseil de surveillance. Si dans ces organes, l'intervention législative peut être ressentie au regard de la compétence du convocateur, des conditions minimales de quorum et de majorité et de l'établissement des procès-verbaux, il n'en est pas de même à l'égard du fonctionnement du directoire où la discrétion du législateur est totale¹⁴⁴⁸. Le soin revient aux statuts de doter le directoire d'une réglementation de son fonctionnement interne ou de déléguer au directoire lui-même le soin de régler ses propres délibérations¹⁴⁴⁹. Mais ces réglementations doivent se conformer à certains principes régissant le fonctionnement des organes collégiaux. En effet, comme dans les autres organes, les réunions du directoire sont présidées par le président¹⁴⁵⁰, sauf s'il est empêché ou décédé. Aussi, les membres doivent-ils être convoqués dans un délai raisonnable pour leur permettre d'assister aux réunions. Les délibérations ne sauraient être prises que par la majorité des voix. Les statuts ou le règlement intérieur peuvent accorder au président une voix prépondérante. Enfin, même s'il n'existe aucune obligation pour les membres du directoire d'établir des procès-verbaux, ni de tenir un registre¹⁴⁵¹, il paraît judicieux pour les statuts ou le règlement intérieur de l'envisager en vue d'avoir la preuve des délibérations¹⁴⁵². Les délibérations doivent être constatées par des procès-verbaux sur des feuilles mobiles certifiées par le président ou par un certain nombre de membres prévus par les statuts ou le règlement intérieur. Il est judicieux de faire coter et parapher ces procès-verbaux.

573. Cette libéralisation du fonctionnement interne du conseil d'administration, du conseil de surveillance et du directoire est un bonheur pour les volontés privées qui peuvent constamment procéder à son aménagement. Mais elle manque de dynamisme en raison de la composition discriminatoire de ces organes au regard du genre. Le défaut d'exigence légale de répartition paritaire des sièges entre les deux sexes favorise généralement la composition quasi-masculine de ces organes. Or, la dominance masculine de ces organes perd leur attrait face à

¹⁴⁴⁵ Art. L. 225-82 du Code de commerce.

¹⁴⁴⁶ Art. L. 225-82 al. 3 du Code de commerce.

¹⁴⁴⁷ V. J.-J. CAUSSAIN, *L'autre président : le président du conseil de surveillance...*, Mélanges DIDIER, Economica, 2008, p. 101.

¹⁴⁴⁸ Selon l'article L. 225-64 al. 4 du Code de commerce, « le directoire délibère et prend ses décisions dans les conditions fixées par les statuts ». Il n'est cependant pas exclu que le conseil de surveillance convie le directoire à une réunion plénière, afin d'entendre ses explications sur tel ou tel aspect de la gestion de la société : P. LE CANNU, *Directoire et conseil de surveillance*, op. cit. n° 263.

¹⁴⁴⁹ G. PIPERT et R. ROBLOT, par M. GERMAIN et V. MAGNIER, *Traité de droit des affaires, Les sociétés commerciales*, op. cit., n° 1701.

¹⁴⁵⁰ Selon l'article L. 225-59, al. 1^{er} du Code de commerce, le président du directoire est nommé par le conseil de surveillance.

¹⁴⁵¹ En ce sens, HEMARD, TERRE et MALIBAT, *Sociétés commerciales*, préf. J. FOYER, Dalloz, 1972, t. 1, n° 1091.

¹⁴⁵² J.-J. CAUSSAIN, *Le directoire et le conseil de surveillance de la société anonyme*, op. cit., p. 136, n° 136.

l'intérêt croissant qui est porté à l'introduction des femmes au sein de ces organes. Deux arguments majeurs militent en faveur de la composition paritaires de ces organes. D'une part, « *la diversité est un gage de bon fonctionnement en contribuant à la qualité des travaux des conseils* »¹⁴⁵³. D'autre part, « *l'objectif de la mixité dans les instances dirigeantes des sociétés cotées répond également aux exigences de l'investissement responsable* »¹⁴⁵⁴. Il importe donc de favoriser une représentation féminine au sein de ces organes pour améliorer les performances économiques et financières des entreprises. Le législateur français a fait un pas en ce sens à la faveur de la loi n° 2011-103 du 27 janvier 2011 dont les dispositions ont été intégrées au Code de commerce¹⁴⁵⁵. Mais il ne réserve qu'au moins 40% des sièges aux femmes¹⁴⁵⁶. On peut regretter le choix du seuil minimum de 40 % d'administrateurs ou membres de conseil de surveillance de chaque sexe, plutôt que le choix du seuil symbolique de 50 % : l'exigence d'une parité entre les hommes et les femmes au sein des organes collégiaux d'administration et de surveillance des SA aurait été bien plus ambitieuse. Les hommes peuvent toujours exploiter ces ouvertures pour s'assurer une majorité au sein de ces organes au détriment des femmes qui seront réduites à l'émission d'un vote minoritaire. Le cas est davantage déplorable en droit de l'OHADA où, malgré la récente révision de l'AUSCGIE, le législateur n'a pas saisi l'occasion pour consacrer la composition paritaire des organes collégiaux. Il est nécessaire que le tire soit corrigé lors des révisions ultérieures afin de favoriser la représentation paritaire au sein des organes collégiaux. Pour autant, il n'est pas exclu qu'en attendant un rééquilibrage légal et parfait de ces organes, les statuts peuvent intégrer une composition paritaire du conseil d'administration, du conseil de surveillance et du directoire. Les modèles de composition paritaire et de fonctionnement de ces organes peuvent inspirer la réorganisation de la direction plurale.

b. L'adaptation du fonctionnement interne de la direction aux modèles existants

574. A l'instar du conseil d'administration, du conseil de surveillance et du directoire, la direction plurale devient un organe collégial eu égard à son fonctionnement interne. Mais le fonctionnement interne de la direction collégiale n'a pas été une préoccupation majeure des législateurs français et OHADA. Ceux-ci se sont limités au fonctionnement externe de la direction, c'est-à-dire aux rapports entre la direction et les tiers. Ainsi, dans le souci

¹⁴⁵³ V. MARTINEAU-BOURNINAUD, *L'obligation de mixité dans les conseils d'administration et de surveillance*, D. 2010, p. 599, n° 14.

¹⁴⁵⁴ *Ibid*, n° 15.

¹⁴⁵⁵ Selon l'article 225-17 al. 2 du Code de commerce, « *Le conseil d'administration est composé en recherchant une représentation équilibrée des femmes et des hommes* ». Le même système est adopté pour les conseils de surveillances de SA (nouvel article L. 252-68, alinéa 7 du Code de commerce).

¹⁴⁵⁶ Selon l'art. 225-18-1 du Code de commerce, « *La proportion des administrateurs de chaque sexe ne peut être inférieure à 40 % dans les sociétés dont les actions sont admises aux négociations sur un marché réglementé et, à l'issue de la plus prochaine assemblée générale ayant à statuer sur des nominations, dans les sociétés qui, pour le troisième exercice consécutif, emploient un nombre moyen d'au moins cinq cents salariés permanents et présentent un montant net de chiffre d'affaires ou un total de bilan d'au moins 50 millions d'euros. Dans ces mêmes sociétés, lorsque le conseil d'administration est composé au plus de huit membres, l'écart entre le nombre des administrateurs de chaque sexe ne peut être supérieur à deux. Toute nomination intervenue en violation du premier alinéa et n'ayant pas pour effet de remédier à l'irrégularité de la composition du conseil est nulle. Cette nullité n'entraîne pas celle des délibérations auxquelles a pris part l'administrateur irrégulièrement nommé* ». L'équivalent de ce mécanisme est instauré pour les conseils de surveillance de SA (nouvel article L. 225-69-1 du Code de commerce).

de protection des tiers¹⁴⁵⁷, les dirigeants, dans le cadre d'une direction unique ou plurale, les limites conventionnelles de leurs pouvoirs sont ineffectives dans l'ordre externe¹⁴⁵⁸. Pour le fonctionnement interne de la direction collégiale, la discrétion législative est totale. Or, l'absence de réglementation d'une direction collégiale peut favoriser des crises en son sein. C'est pourquoi, il revient aux statuts et au règlement intérieur de la société ayant augmenté le nombre de ses dirigeants le soin d'organiser le fonctionnement interne de la direction en encadrant les convocations, les conditions des délibérations et l'établissement des procès-verbaux. Dans cette entreprise, le fonctionnement de tous les organes collectifs sus étudiés peuvent servir d'exemple.

A l'analyse, cet abandon total de la réglementation du fonctionnement des directions collectives au règlement intérieur peut poser des difficultés au regard de sa force ou de son autorité. Incontestablement, la violation des règles de fonctionnement des autres organes peut donner lieu à la nullité des délibérations irrégulières. Mais qu'en sera-t-il au sujet des violations du règlement intérieur devant définir le fonctionnement interne de la direction ? Ainsi, il y a lieu de déterminer la nature juridique du règlement intérieur pour ensuite examiner le régime de l'annulation des atteintes qui pourraient lui être portées par les dirigeants.

En effet, la nature du règlement intérieur fait l'objet d'une controverse doctrinale. Certains auteurs l'assimilent aux statuts alors que d'autres le considèrent comme inférieur aux statuts. Partisan de l'assimilation, le professeur GUYON écrit que, « *les statuts sont parfois complétés par des annexes qui ne vont pas sans rappeler les documents qui ont une valeur contractuelle, sans pour autant constituer le contrat lui-même. Au premier rang de celles-ci on trouve le règlement intérieur. Entre associés, celui-ci a la même nature et la même autorité que les statuts, dont il ne se distingue pas s'il a été adopté dans les mêmes conditions qu'eux* »¹⁴⁵⁹. Dans la même optique, le professeur NEAU-LEDUC, affirme que le règlement intérieur est « *un acte unilatéral doté d'une force obligatoire immédiate qui procède de cette convention initiale entre associés* »¹⁴⁶⁰.

Par contre, le professeur BONNEAU trouve que, eu égard à la hiérarchie des normes de la société, le règlement intérieur n'a pas la même valeur que les statuts, sans quoi son édicition vaudrait modification de ces derniers¹⁴⁶¹. Pour le Professeur LE CANNU, le règlement intérieur de société n'est pas une convention extra-statutaire mais un acte infra-statutaire, car il est interne à la société faite de publicité et doit se conformer aux statuts¹⁴⁶². Dans le même sens, pour le professeur SCHILLER, le règlement intérieur n'a pas la même force que les statuts, car si une délibération prise en violation des statuts organisant le fonctionnement de la SAS ainsi que celle violant la loi ou les règles régissant les contrats encourt la nullité, il n'en est pas de même pour les atteintes

¹⁴⁵⁷ V. B. BOULOC, *L'objectif de sécurité dans la loi du 24 juillet 1966*, préc., p. 438.

¹⁴⁵⁸ V. *supra* n° 117 s.

¹⁴⁵⁹ Y. GUYON, *Traité des contrats*, (dir. J. GHESTIN), *Les sociétés, aménagements statutaires et conventions entre associés*, 5^e éd., LGDJ, p. 33, n° 13.

¹⁴⁶⁰ P. NEAU-LEDUC, *La réglementation en droit privé*, Litec, Bibl. dr. entr., t. 38, préf. T. REVET, n° 64.

¹⁴⁶¹ Th. BONNEAU, *Le règlement intérieur de la société*, *Dr. sociétés*, février 1994, p. 1.

¹⁴⁶² P. LE CANNU, *Le règlement intérieur de société*, *Bull. Joly Sociétés* 1986, n° 7-8, p. 723.

au règlement intérieur¹⁴⁶³.

575. Adoptant une position du juste milieu, le professeur MONSALIER affirme que « ...si le règlement intérieur est adopté par un organe de la société en formation, il aura la nature d'un acte de la société. En revanche, s'il est pris par certains ou la totalité des actionnaires en dehors d'un organe en formation, il aura la nature d'une convention extra-statutaire »¹⁴⁶⁴. Dans le même sens, le professeur MOUSSERON relève que le règlement intérieur soulève des difficultés au regard son adoption et de sa portée. En effet, écrit-il que « si on privilégie leur nature sociétaire, une adoption par des organes sociétaires à des règles de majorité sera privilégiée. Si l'on privilégie une nature conventionnelle, le consentement de tous les associés sera requis. En l'absence de réponse définitive à cette question lancinante, une réponse conventionnelle statutaire sera bienvenue »¹⁴⁶⁵. Il ajoute que « s'il est valablement établi par des organes sociaux, ce sera un acte de société qui liera notamment les dirigeants... S'il ne constitue qu'un accord de volonté sans rattachement à des organes sociétaires, il n'aura la force que d'une convention et ne sera pas opposable aux tiers »¹⁴⁶⁶.

576. Ces divergences sur la nature du règlement intérieur présagent de l'incertitude autour de son régime. Généralement, la violation des statuts par les dirigeants constitue une faute¹⁴⁶⁷. Ainsi, l'insertion dans les statuts du règlement intérieur élaboré par les associés ou par les membres de la direction l'élève au rang d'un acte de société auquel doivent se soumettre les dirigeants¹⁴⁶⁸. Mais, en ce qui concerne le sort des délibérations prises en violation du règlement intérieur inséré dans les statuts, son annulation n'est pas envisagée par la loi. La Cour de cassation française a constamment affirmé que la violation des statuts n'est pas sanctionnée par la nullité¹⁴⁶⁹. Mais elle n'a admis exceptionnellement la nullité dans l'arrêt *Larzul* que dans des cas où il a été fait usage de la faculté, ouverte par une disposition impérative aux statuts d'aménager conventionnellement la règle posée par la loi¹⁴⁷⁰. Cette position est reprise en boucle par la doctrine¹⁴⁷¹. Par contre, le professeur LE CANNU fait observer que l'arrêt *Larzul* était provocatoire, car elle permettait impunément la violation des statuts¹⁴⁷². D'ailleurs, aucune disposition impérative n'ouvre expressément la faculté d'aménager le fonctionnement interne de la direction, les

¹⁴⁶³ S. SCHILLER, *Pactes, statuts, règlement intérieur : quelle hiérarchie ?*, préc., p. 331, n^{os} 15-16.

¹⁴⁶⁴ M.-Ch. MONSALIER, *L'aménagement contractuel du fonctionnement de la société anonyme*, op. cit., p. 37, n^o 79.

¹⁴⁶⁵ P. MOUSSERON, *Les conventions sociétaires*, LGDJ, 2010, p. 71, n^o 100.

¹⁴⁶⁶ *Ibid.*

¹⁴⁶⁷ V. *supra* n^o 320-324.

¹⁴⁶⁸ Cass. 1^{ère} civ., 22 oct. 2008, *Bull. Joly Sociétés* 2009, p. 360, § 70, note P. LE CANNU.

¹⁴⁶⁹ Civ. 3^e, 13 avr. 2010, n^o 09-65.558, *Bull. Joly* 2010. 821, note A. COURET et B. DONDERO ; Com. 13 juill. 2010, n^o 09-16.156, *D.* 2010. 2880, obs. A. LIENHARD.

¹⁴⁷⁰ Com. 18 mai 2010, n^o 09-14.855, *D.* 2010. 2405, obs. A. LIENHARD, note F. MARMOZ ; *ibid.* 2797, obs. J.-C. HALLOUIN, E. LAMAZEROLLES et A. RABREAU ; *Rev. sociétés* 2010. 374, note P. LE CANNU ; *RTD civ.* 2010. 553, obs. B. FAGES ; *JCP G* 2010. 900, note A. COURET, B. DONDERO ; *Bull. Joly* 2010, § 135, p. 651, note H. LE NABASQUE ; *Dr. sociétés* 2010, comm. 156, obs. M.-L. COQUELET ; *JCP éd. E* 2010. 1562, note A. COURET et B. DONDERO.

¹⁴⁷¹ V. A. COURET et B. DONDERO, *La violation des statuts ou du règlement intérieur d'une société commerciale n'est pas sanctionnée par la nullité*, préc., n^o 1562 ; H. LE NABASQUE, *Nullité des actes et délibérations ne modifiant pas les statuts : cherchez la loi impérative !*, préc., p. 651 ; M.-L. COQUELET, *Nullité des délibérations sociales pour violation des statuts : oui mais sous conditions !*, préc., n^o 156.

¹⁴⁷² P. LE CANNU, *Une violation bien tranquille (nullité et statuts de société)*, note sous Com., 19 mars 2013, *Dr. sociétés*, janvier 2014, n^o 1, p. 54.

délibérations prises en violation du règlement intérieur à valeur statutaire régissant le fonctionnement de la direction sont à l'abri de la nullité judiciaire.

577. Pour pallier cette difficulté, il convient d'explorer d'autres sanctions disponibles en vue d'adapter la plus convenable aux violations des statuts. L'exploration peut porter sur la nullité conventionnelle de la délibération irrégulière et l'exception de nullité. En effet, sans avoir recours au juge, les associés ou les membres de la direction peuvent avoir recours à une nullité conventionnelle¹⁴⁷³ de la délibération irrégulière. Il suffit pour les membres de la direction collégiale de prendre une autre délibération destinée à interrompre la mise en œuvre de l'acte irrégulier. Mais il paraît incertain de faire prospérer l'exception de nullité¹⁴⁷⁴ contre la délibération prise en violation du règlement intérieur, car la violation n'est pas en soit susceptible de sanction en nullité. Ce qui fait obstacle à l'évocation de l'exception de nullité dans ce contexte. Il apparaît donc que la nullité conventionnelle semble être la sanction appropriée à l'anéantissement de l'acte pris en violation des statuts. Une telle sanction privée destinée à détruire un acte violant les statuts est loin d'être très efficace pour dissuader les atteintes aux statuts. Claude BERR avait déjà envisagé cette sanction mais seulement dans le cadre de la gestion collective d'une SNC. Selon cet auteur, « *si les statuts, ou un acte postérieur de même valeur, exigent que tous les gérants participent à la gestion collective sociale, chacun de ceux-ci n'apparaît plus comme investi individuellement de pouvoir de gérer. C'est leur collectivité qui l'exerce. Tout acte qu'un des gérants accomplit sans l'accord des autres est nul, et non pas simplement opposable à la société, à condition toutefois que la clause instituant un conseil de gérance ait été publié* »¹⁴⁷⁵. L'auteur semble envisager la nullité judiciaire. Or, cette nullité est loin d'être obtenue. De plus, lorsque l'acte s'inscrit dans l'objet de la société visée par cet auteur, il engage la société en dépit de la violation des statuts. Le recours à la nullité doit rester purement interne à la société et être satisfait conventionnellement entre les membres de la direction qu'il s'agisse d'une SNC ou de SARL. Cette sanction peut être doublée de sanctions civile et politique qui pourraient être infligées aux dirigeants auteurs de la violation. Toutes ces sanctions peuvent servir à garantir les équilibres redéfinies par les volontés privées pour le fonctionnement de la direction collégiale à la suite de l'augmentation du nombre des dirigeants qui peut aussi être pondérée.

§ 2. La pondération de l'augmentation dans les sociétés groupées

578. Lorsque les sociétés sont groupées, l'augmentation du nombre des dirigeants devient complexe. Sans exclure l'augmentation arithmétique qui peut s'opérer au niveau de chaque société du groupe, la technique de l'augmentation pondérée est généralement empruntée au niveau du groupe. L'augmentation pondérée ne donne pas lieu à la création de nouveaux postes de direction comme dans l'augmentation arithmétique. Elle passe par une réduction des mandats cumulés dans le cadre du groupe et la désignation de nouveaux dirigeants aux

¹⁴⁷³ « *Il se peut que, sans avoir recours au juge, les parties reconnaissent elles-mêmes la nullité du contrat. On est alors en présence d'une nullité constatée à l'amiable qu'on qualifie parfois de conventionnelle* » : F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, 10^e éd., Dalloz, 2009, p. 406, n° 389. En ce sens, mais avec quelques réserves, Ph. MALAURIE, L. AYNES et Ph. STOFFEL-MUNCK, *Droit civil, Les obligations*, 5^e éd., Defrénois, 2011, p. 336, n° 697.

¹⁴⁷⁴ V. M. STORCK, *L'exception de nullité en droit privé*, D. 1987, chron. 67.

¹⁴⁷⁵ C. BERR, *L'exercice du pouvoir dans les sociétés commerciales*, op. cit., p. 70, n° 85.

postes devenus vacants à l'issue des abandons de mandats. Ainsi donc, envisagerons-nous les modes opératoires de la pondération (A) et sa mise en œuvre (B).

A. Les conditions alternatives de la pondération

579. Pour procéder à une augmentation pondérée du nombre des dirigeants, il faut nécessairement des vacances de postes. Les vacances de postes sont issues de la réduction des mandats cumulés. La réduction des mandats cumulés peut être volontaire (2) ou involontaire (1).

1. La réduction involontaire des mandats cumulés

580. La réduction involontaire des mandats se fonde sur la limitation légale des nombres de mandats de direction devant faire l'objet d'un cumul par un même dirigeant (a). L'efficacité de la réduction involontaire des mandats peut être tirée des conséquences liées à un mandat exercé en infraction à la limite du cumul (b).

a. Le fondement de la réduction involontaire sur la limitation du cumul de mandats

581. En application de l'article 464 alinéa 1^{er} et 2 de l'AUSCGIE, « *nul ne peut exercer simultanément plus de trois mandats de président-directeur général de sociétés anonymes ayant sur le territoire d'un même État partie. De même, le mandat de président-directeur général n'est pas cumulable avec plus de deux mandats d'administrateur général ou de directeur général de sociétés anonymes ayant leur siège social sur le territoire d'un même État partie. Les dispositions de l'article 425 alinéas 2 et 3 (...) sont applicables au président-directeur général* ». L'article 425 alinéas 2 et 3 auquel le renvoi est fait dispose que « *toute personne physique qui, lorsqu'elle accède à un nouveau mandat, se trouve en infraction [avec la limite légale du cumul] doit, dans les trois mois de sa nomination, se démettre de l'un de ses mandats. A l'expiration de ce délai, elle est réputée s'être démise de son nouveau mandat et doit restituer les rémunérations perçues, sous quelque forme que ce soit, sans que soit remise en cause la validité des délibérations auxquels elle a pris part* ». De même, l'article 497 de l'AUSCGIE soumet l'administrateur à des limites dans le cumul de mandats de direction.

582. A l'analyse, comme en droit français¹⁴⁷⁶, la limitation du cumul de mandats ne vise que certains dirigeants de la SA et plus précisément le président-directeur général et l'administrateur général en droit uniforme africain. Le législateur est silencieux à l'égard du cumul de mandats par le directeur général, le directeur général adjoint, et les gérants. Le silence à l'égard des dirigeants adjoints peut se comprendre, car leur statut d'assistant ne

¹⁴⁷⁶ V. N. DAMAS, *Loi NRE et cumul de mandats sociaux*, JCP éd. E, n° 46, 2001, p. 1803 ; S. BIENVENU, *Loi relative aux nouvelles régulations économiques et problématique du cumul des mandats sociaux*, Présentation du rapport Courtière, adopté le 2 mai 2002 par la Chambre de commerce et d'industrie de Paris, JCP éd. E 2002, p. 1017 ; C. MALECKI, *Loi NRE : vers une réforme de quelques singularités relatives au cumul de mandats*, Petites affiches, 14 oct. 2002, n° 205, p. 3 ; *Cumul des mandats : la réforme de la loi NRE*, D. 2002, chron., p. 3066 ; *Cumul des mandats sociaux et cumul des dérogations : quel décompte ?*, D. 2002, p. 3194 ; J.-Ph. DOM, *Cumul des mandats : et si le remède s'avérait pire que le mal ?* Bull. Joly Sociétés 2002, p. 1095 ; *La loi Houillon est promulguée : précisions et rectification*, Bull. Joly Sociétés, 2002, p. 1268 ; B. SAINTOURENS, *Le cumul des mandats sociaux au sein de la société anonyme après la loi du 29 octobre 2002*, Rev. sociétés 2003 p. 1 ; G. NOTTÉ, *Dirigeants de sociétés anonymes, cumul de mandats*, Droit des sociétés n° 12, Décembre 2002, chron. 14 ; D. PORACCHIA, *La corporate governance à la française ou la loi du 29 octobre 2002 sur le cumul de mandats dans la société anonyme*, Dr. et patr., janv. 2003, p. 24.

saurait leur permettre d'appartenir à plus d'une direction. Mais le silence à l'égard du directeur général et des gérants mérite d'être rompu pour limiter le nombre des mandats qu'ils sont en mesure de cumuler, car le cumul peut s'avérer nuisible aux intérêts des sociétés. Les dirigeants y ont recours aux dépens des sociétés mais dans leur intérêt personnel. Plus le cumul s'accroît, moins la mission de direction est assurée. Aussi, la limitation du nombre de cumul des mandats au territoire des Etats membres semble-t-elle être une négation de l'unité de l'espace de l'OHADA. Vu même l'existence d'une cour commune (la CCJA), le territoire de l'OHADA est unique et fait abstraction des limites territoriales des Etats membres. L'unité de l'espace de l'OHADA commande qu'elle soit plutôt le cadre physique de la limitation du cumul et non les Etats.

583. En réalité, ce qui favorise les cumuls au-delà du nombre exigé par la loi réside dans l'exploitation par les dirigeants des groupes des trois mois transitoires de cumuls illimités de mandats. Plusieurs raisons peuvent être avancées pour jouir des cumuls illimités. Le délai transitoire peut être exploité pour tenir la direction d'une société nouvellement contrôlée par le groupe¹⁴⁷⁷, en évinçant l'ancienne équipe de la nouvelle filiale¹⁴⁷⁸. Malgré l'atteinte de la limite légale du nombre de cumuls, les dirigeants de la nouvelle société mère peuvent se faire confier la direction de la filiale pour en tenir les rênes pendant le délai transitoire. En cas de filiale commune¹⁴⁷⁹, ce moment transitoire peut être exploité pour alterner la direction entre les contrôleurs¹⁴⁸⁰.

584. De même, à la suite de scissions¹⁴⁸¹, les dirigeants de la société scindée peuvent, au-delà de la limite légale du cumul, assurer provisoirement la direction des nouvelles sociétés créées en vue de maintenir le même rythme dans leur direction. L'exploitation du délai transitoire peut être opérée pour redresser une filiale en difficulté¹⁴⁸². Ainsi, bien que les dirigeants aient atteint le plafond légal du cumul, ils peuvent se confier la direction de la filiale en vue de la guérir de sa maladie financière avant de se retirer à la suite du temps réglementaire. Lorsque la difficulté apparue au niveau de la filiale est issue d'une crise politique¹⁴⁸³ entre l'équipe dirigeante, les dirigeants de la société mère peuvent, malgré la réunion du nombre de cumuls autorisés, évincer l'équipe en crise pour se confier la direction de la filiale en vue de la remettre à flot pour ensuite confier la direction à l'issue du délai légal à d'autres personnes pouvant assumer la direction. Le choix de cette méthode d'intervention permet à la société contrôlée de contourner

¹⁴⁷⁷ Cf. M. STORCK, *Définition légale du contrôle d'une société en droit français*, *Rev. sociétés*, 1986, p. 394.

¹⁴⁷⁸ V. K. ADOM, *La révocation des dirigeants de sociétés commerciales*, *Rev. sociétés* 1998, p. 488, spéc. n° 25.

¹⁴⁷⁹ V. J.-P. BRILL, *La filiale commune*, thèse, Strasbourg, 1975 ; *Filiales communes et article 85 CEE, Etude des décisions récentes de la Commission des Communautés européennes*, *RTD com.* 1992, p. 87 ; L. VOGEL, *Filiales communes et droit communautaire de la concurrence*, *JCP éd. E*, n° 23, 10 Juin 1993, 254 ; J.-P. BERTREL, *La SNC filiale commune*, *Dr. et patr.* 1994, p. 20 ; D. BERLIN et H. CALVET, *L'entreprise commune et le contrôle de la concurrence... ou l'accessoire commande le principal*, *JCP éd. E*, n° 47, 1995, 506.

¹⁴⁸⁰ Par ex. Cass. soc., 9 févr. 1994, *D.* 1994, somm. p. 71 : une société n'appartient à un groupe que si elle dépend d'une société dominante qui soit possède directement ou indirectement plus de la moitié de son capital social, soit la contrôle effectivement et forme avec elle un même ensemble économique. Il en résulte qu'une filiale commune, dont le capital est partagé entre deux sociétés ou groupes de sociétés qui la gèrent sur un plan de stricte égalité, n'appartient à aucun groupe.

¹⁴⁸¹ V. M. JEANTIN, *Le nouveau régime des fusions et scissions de sociétés*, *JCP éd. E*, n° 17, 1988, 15169 ; P.-Y. CHABERT, *La figure de la scission partielle en droit français*, *Rev. sociétés* 2006, p. 759 ; H. LE NABASQUE, *Le régime juridique de la répartition des titres entre les actionnaires dans la figure de la scission partielle*, *Rev. sociétés* 2006, p. 779.

¹⁴⁸² V. P. LE CANNU, *La société et les groupes de sociétés pendant la période d'observation*, *Petites affiches* 2002, n° 7, p. 48, spéc. n°s 43 et s.

¹⁴⁸³ V. I. BON-GARCIN, *Les créanciers face aux crises politiques des sociétés*, *Rev. sociétés* 1995, p. 649.

l'obstacle de l'impossibilité d'obtenir la désignation d'un administrateur judiciaire¹⁴⁸⁴. Cette intervention des dirigeants de la société mère peut aussi se justifier par la résistance des dirigeants de la filiale à la société mère¹⁴⁸⁵. Comme le relevait Mme MALECKI « *la situation du dirigeant de filiale est inconfortable, il est le fusible potentiel de la société mère. S'il résiste à cette dernière, il accroît naturellement les conditions de sa précarité. Autrement dit, il donne à la société mère une occasion de le faire révoquer* »¹⁴⁸⁶. Dans cette hypothèse, dans l'attente de désigner d'autres dirigeants plus dociles, les dirigeants de la société mère peuvent évincer l'équipe dirigeante rebelle pour se confier provisoirement la direction de la filiale. Ces raisons non limitatives peuvent justifier un cumul illimité de mandats de direction pendant la période transitoire de trois mois au bout duquel les mandats supplémentaires doivent être abandonnés involontairement au profit d'autres personnes.

Ainsi, la limitation du nombre de cumuls commande-t-elle une démission d'office des dirigeants qui se verront en infraction avec la loi. La démission d'office des dirigeants de leurs mandats supplémentaires donne lieu à des postes de direction vacants pouvant être confiés à d'autres personnes. Le refus de démissionner fait glisser les mandats supplémentaires dans l'illicéité¹⁴⁸⁷. Pour ainsi échapper aux conséquences liées aux mandats de fait, les dirigeants optent plutôt pour l'abandon de leurs mandats supplémentaires en se limitant au nombre de cumuls autorisés.

b. L'efficacité de la réduction involontaire tirée des conséquences liées aux mandats illégaux

585. Passé le délai transitoire du cumul illimité, les mandats en infraction avec la limitation légale du cumul deviennent illicites. Le dirigeant sera partagé entre deux statuts : le statut de dirigeant de droit pour les mandats conformes au plafond du cumul et statut de dirigeant de fait¹⁴⁸⁸ pour les mandats dépassant le plafond. Dans le cadre de l'exercice des mandats de fait, le dirigeant perd tous les avantages liés au statut de dirigeant de droit mais subira toutes les conséquences découlant de l'exercice d'une direction de fait.

586. Légalement, le dirigeant est réputé radié de la liste des représentants légaux de la société où le mandat en infraction avec la limitation du nombre de cumul est exercé au-delà du délai transitoire¹⁴⁸⁹. Déjà, au moment de la publication de sa nomination pour des mandats pouvant dépasser le plafond du cumul dans le délai

¹⁴⁸⁴ V. D. GIBIRILA, *Recevabilité et bien-fondé de la demande d'administration provisoire*, D. 1999, p. 294.

¹⁴⁸⁵ C. MALECKI, *Les dirigeants des filiales*, Rev. sociétés 2000, p. 453.

¹⁴⁸⁶ C. MALECKI, *Les dirigeants des filiales*, Rev. sociétés, préc., n° 43.

¹⁴⁸⁷ En ce sens, N. DAMAS, *Loi NRE et cumul de mandats sociaux*, préc., n° 4 et s.

¹⁴⁸⁸ Sur la notion de direction de fait, V. not., J.-L. RIVES-LANGE, *La notion de dirigeant de fait au sens de l'art. 99 de la loi du 13 juill. 1967 sur le règlement judiciaire et la liquidation des biens*, D. 1975, chron. 42 ; G. NOTTE, *Les dirigeants de fait des personnes morales de droit privé*, thèse Paris, 1978 ; *La notion de dirigeant de fait au regard du droit des procédures collectives*, JCP CI 1980, II, 8560 ; D. TRICOT, *Les critères de la gestion de fait*, Dr et patr. janv. 1996, p. 24 ; N. DEDESSUS-LE-MOUSTIER, *La responsabilité du dirigeant de fait*, Rev. sociétés 1997, p. 499 ; F.-X. LUCAS, *Responsabilité du banquier : le banquier, administrateur de fait par personne interposée*, Dr. société 2004, chron. n° 14 ; Ph. DELEBECQUE, *L'administrateur de fait par personne interposée : une notion à définir*, JCP éd. E 2005, 238 ; C. DELATTRE, *L'inlassable travail de la Cour de cassation quant à la détermination de la notion de direction de fait*, JCP E 2007, 1872.

¹⁴⁸⁹ V. aussi, B. DELALAMO et O. RAYNAUD, *Le cumul des mandats dans les sociétés anonymes après la loi du 29 octobre 2002*, Petites affiches 2002, n° 259, p. 4.

transitoire, le greffier pourra, tout en inscrivant la nomination, relever, grâce à son contrôle¹⁴⁹⁰, l'impossibilité pour le dirigeant d'exercer les mandats supplémentaires dans la légalité au-delà du délai règlementaire. Passé ce délai transitoire, les avantages liés au statut de dirigeant de droit cessent à l'égard des mandats de fait. Pour les avantages perdus, le législateur n'a expressément envisagé que la restitution des rémunérations perçues. Mais, implicitement, le dirigeant perd théoriquement son pouvoir de direction patronale¹⁴⁹¹ et des biens de la société.

587. En revanche, le cumulard sera soumis aux aspects négatifs du statut des dirigeants sociaux : il s'agit de la responsabilité¹⁴⁹². Certes, contrairement aux dirigeants de droit, les dirigeants de fait ne peuvent être poursuivis par l'action sociale *ut universi ou ut singuli*¹⁴⁹³. Mais les fautes commises par le cumulard hors-la loi ne sauraient rester impunies lorsqu'il en est découlé pour la société ou pour des tiers des préjudices. Pour les actes accomplis par ces dirigeants et que la société refuse d'assumer, les tiers peuvent engager la responsabilité de ces dirigeants pour le préjudice subi¹⁴⁹⁴. D'autres exemples peuvent être tirés de la situation des dirigeants de fait. Lorsque l'immixtion du dirigeant de fait dans les affaires sociales a causé un préjudice à la société, celle-ci peut engager sa responsabilité¹⁴⁹⁵. Dans le cadre des procédures collectives, les dirigeants de droit et les dirigeants de fait sont soumis au même régime quant à leur responsabilité dans la cessation des paiements de la société¹⁴⁹⁶. De même, il n'est pas exclu que le cumulard soit condamné à des sanctions pénales¹⁴⁹⁷ ou professionnelles devant l'éliminer de la scène des affaires¹⁴⁹⁸, ce qui lui fera perdre tous ses mandats y compris ceux qui sont légaux.

588. Ces déconvenues liées à l'exercice d'un mandat de fait peuvent dissuader les dirigeants d'enfreindre la limitation légale du cumul de mandats. Ainsi, pour se conformer à la loi, les dirigeants pourront réduire les mandats cumulés pour se limiter au nombre exigé. En réduisant le nombre de cumul, le dirigeant perd sa qualité de dirigeant au niveau de la société où étaient exercés les mandats supplémentaires. Mais il conserve sa qualité de dirigeant dans le cadre du groupe. Ses mandats abandonnés seront, par la suite, attribués à d'autres personnes. Pour autant, il n'est pas exclu que l'abandon de mandats en cours résulte, non pas nécessairement du respect de la limite légale du cumul, mais d'une démission volontaire.

¹⁴⁹⁰ V. *infra* n° 865 s.

¹⁴⁹¹ Sur la notion l'exercice du pouvoir patronal, v. N. MOLFESSIS, *La nature juridique des recommandations patronales*, RTD civ. 2000, p. 200 ; S. FROSSARD, *Les évolutions du droit disciplinaire*, D. 2004, p. 2450 ; S. LE GAC-PECH, *La figure contractuelle en droit du travail*, D. 2005, p. 2250 ; P. LOKIEC, *La modification du contrat de travail, Les leçons du droit anglais*, Rev. trav. 2006, p. 76 ; *La sanction disciplinaire déguisée*, Rev. trav. 2012, p. 145 ; V. PONTIF, *Les rythmes de travail*, Rev. trav. 2012, p. 208.

¹⁴⁹² N. DEDESSUS-LE-MOUSTIER, *La responsabilité du dirigeant de fait*, Rev. sociétés 1997, p. 499.

¹⁴⁹³ En ce sens, J. M. PEREZ et F. MAZERON, *Dangers de la qualification de dirigeant de fait pour les acteurs du Private Equity*, n° 44, 2012, 1653,

¹⁴⁹⁴ V. *supra* n° 374 s.

¹⁴⁹⁵ N. DEDESSUS-LE-MOUSTIER, *La responsabilité du dirigeant de fait*, préc., n° 17 et s.

¹⁴⁹⁶ Art. 180 de l'AUPC. Pour illustration, CA Paris, 8 oct. 2002, 3^e ch., sect. A, 2 arrêts, RTD com. 2003, p. 376, note C. MASCALA ; Com. 20 janv. 1998, *Consorts Ruch et SCI Schluthfeld c/ M^e Claus, ès qualité*, RTD com. 1998, p. 357, Cl. CHAMPAUD, D. DANET. V. aussi, L. GIMALAC, *Le contrat d'intégration révélé par les actions en comblement et en extension du passif (art. 180 et 182 de la loi du 25 janvier 1985 sur les entreprises en difficultés)*, RTD com. 1999, p. 601.

¹⁴⁹⁷ Par ex. Crim. 19 nov. 2008, pourvoi n° 08-81.194, arrêt n° 6429, AJ pénal 2009, p. 72, RTD com. 2009, p. 472, note B. BOULOC. V. aussi, Crim. 12 sept. 2000, D. 2000, p. 282. - Cass. crim., 30 mai 1996, Bull. crim., n° 227 ; Rev. sc. crim. 1997, p. 101, obs BOULOC ; 10 mars 1998, Bull. crim., n° 94 ; Rev. sc. crim. 1998, p. 764, obs. BOULOC.

¹⁴⁹⁸ C. MASCALA, *Nouvelles illustrations de la notion de dirigeant de fait*, RTD com. 2001, p. 241.

2. La réduction volontaire des mandats cumulés

589. Volontairement, les dirigeants peuvent réduire leurs mandats. Cette réduction s'opère à travers la démission des dirigeants de certains de leurs mandats. La démission n'est expressément affirmée qu'à l'égard des gérants de la SARL¹⁴⁹⁹. Mais rien n'empêche les autres dirigeants de démissionner de leur fonction si tel est leur souhait. Il faut relever que le dirigeant ne saurait avoir plus de droit que la société dans la rupture anticipée du mandat. Ce faisant, la démission mérite de partager un régime primaire commun avec révocation. En effet, dans les sociétés sous gérance, les dirigeants ne peuvent être révoqués que pour juste motif¹⁵⁰⁰. Si la révocation est décidée sans justes motifs, elle peut donner lieu à des dommages et intérêts. En contrepartie, les démissions ne peuvent intervenir sans justes motifs¹⁵⁰¹. En l'absence de juste motif, la démission devient fautive. Le dirigeant sera condamné à des dommages-intérêts à verser à la société. Dans SA, les dirigeants soumis à la révocation pour juste motif voient réciproquement leur démission soumise à un juste motif. Par contre, les dirigeants soumis à la révocation *ad nutum*¹⁵⁰² ont, en contrepartie, le droit de démissionner librement sans évoquer une justification. Au-delà, indistinctement des formes sociales, lorsque la révocation est intervenues dans des circonstances brutales et vexatoires, elle devient fautive et engage la responsabilité de la société¹⁵⁰³. De même, il est admissible qu'une démission intervenue dans des conditions brutales et vexatoires constitue une faute devant engager la responsabilité du dirigeant¹⁵⁰⁴.

Dans un arrêt du 22 février 2005, la Cour de cassation française a précisé les conditions de prise d'effet de la démission. Elle affirme que, « *sauf stipulation contraire des statuts, la démission d'un dirigeant de société, qui constitue un acte juridique unilatéral, produit tous ses effets dès lors qu'elle a été portée à la connaissance de la société ; qu'elle ne nécessite aucune acceptation de la part de celle-ci et ne peut faire l'objet d'aucune rétractation, son auteur pouvant seulement en contester la validité en démontrant que sa volonté n'a pas été libre et éclairée* »¹⁵⁰⁵. Ainsi, pour prendre effet dans l'ordre interne à la société, suffit-il que la démission soit portée à la connaissance de la société, et plus précisément l'organe social compétent pour les nominations. L'effet est en principe indifférent de la décision du destinataire. Il ressortit alors une clarification de la nature de la démission

¹⁴⁹⁹ Art. 327 de l'AUSCGIE.

¹⁵⁰⁰ Pour les éventuels justes motifs de révocation, V. R. BAILLOD, *Le « juste motif » de révocation des dirigeants sociaux*, *RTD com.* 1983, p. 395. Aussi, la perte de confiance peut constituer un juste motif de révocation : A. ALBARIAN, *La révocation des mandataires sociaux pour perte de confiance*, *RTD com.* 2012, p. 1.

¹⁵⁰¹ Art. 327 de l'AUSCGIE. En ce sens aussi, H. SOULEAU, *La démission des dirigeants de sociétés commerciales*, *RTD com.* 1972, 21. V. aussi, D. MARTIN, *La démission des organes de gestion des sociétés commerciales*, *Rev. sociétés* 1973, 273.

¹⁵⁰² V. J.-L. AUBERT, *La révocation des organes d'administration des sociétés commerciales*, *RTD com.* 1968, p. 977.

¹⁵⁰³ Sur ce sujet, V. not., P. REIGNE, *Révocabilité ad nutum des mandataires sociaux et faute de la société*, *Rev. sociétés* 1991, p. 499 ; M.-Ch. SORDINO, *Aménagements conventionnels et révocation ad nutum des dirigeants de société anonyme*, *Mélanges Christian MOULY*, Litec, 1998, p. 251 ;

¹⁵⁰⁴ V. *infra* 784 s.

¹⁵⁰⁵ Com., 22 févr. 2005, *Rebellato c/ Bourgeois*, *Rev. sociétés* 2005, p. 625, note J.-J. DAIGRE ; *Bull. Joly Sociétés* 2005, p. 865 note B. SAINTOURENS ; *Dr. sociétés* mai 2005, comm. n° 93, p. 20, note J. MONNET ; *JCP éd. E* 2005, p. 863, note J.-L. NAVARRO, D. 2005, AJ p. 716, obs. A. LIENHARD et Pan. p. 2950, obs. J.-C. HALLOUIN et E. LAMAZEROLLES.

permettant de la classer parmi les actes unilatéraux réceptives¹⁵⁰⁶ à l'instar de la révocation¹⁵⁰⁷. Mais pour prendre effet à l'égard des tiers, la démission doit être publiée¹⁵⁰⁸ pour que le dirigeant soit radié du registre du commerce par le greffier¹⁵⁰⁹. La démission se trouve davantage libre si les statuts n'ont prévu aucun préavis à respecter par les dirigeants. Dans le cas contraire, le non-respect du préavis prévu dans les statuts constitue une faute cause de responsabilité¹⁵¹⁰.

590. Si les raisons de la démission peuvent être subjectives et varier d'un dirigeant à un autre, il semble exister une raison objective des cumulards qui pourraient les conduire à la démission. Il s'agit de la responsabilité pour négligence de leurs fonctions. En effet, la pluralité de cumuls entraîne une diminution de l'efficacité du dirigeant dans ses fonctions. Le cumulard ne peut se dédoubler pour être instantanément dans toutes les sociétés où il dispose de mandat. La présence dans une société entraîne l'absence dans les autres. La Cour de cassation retient que le dirigeant d'une société naissante commet une faute de gestion qui engage sa responsabilité, lorsque son comportement à n'être présent au siège de l'entreprise qu'un jour par semaine caractérise une attitude négligente¹⁵¹¹ et parfois laxiste¹⁵¹². Aussi, le gérant d'une société à responsabilité engage-t-il sa responsabilité lorsqu'il dirige plusieurs sociétés et qu'il n'exerce pas sa fonction avec la disponibilité et la prudence requises¹⁵¹³. Le plus souvent, le dirigeant sera absent dans les prises de décision devant engager la société en procédant à des délégations de pouvoirs. Or, en considération de l'âge de la société, les juges retiennent la faute du dirigeant pour avoir délégué des pouvoirs dans le cadre d'une société qui vient d'être créée¹⁵¹⁴. Incontestablement, le dirigeant ne pourra servir toutes les sociétés avec la même diligence. Dès lors, il est sous menace constante de la responsabilité pour passivité dans les sociétés qui bénéficient moins de ses services. Pour être l'abri d'un appauvrissement personnel et continu qui pourrait résulter des dommages et intérêts à verser dans la cadre de la mise en cause de sa responsabilité pour passivité, le dirigeant peut décider d'abandonner certains mandats. Certes, la réduction des mandats met fin à ses fonctions dans certaines sociétés, mais le dirigeant demeure au service du groupe dans le cadre des mandats raisonnablement cumulés.

591. Suite aux démissions volontaires, les postes de direction précédemment occupés deviennent vacants. Il naît alors le besoin de confier ces postes à d'autres compétences. C'est alors que d'autres personnes seront désignées pour occuper ces fonctions. Avec les nouvelles désignations, le nombre de dirigeants dans la société du groupe ne subit aucun accroissement. Mais au niveau du groupe, le nombre s'accroît, car, aux dirigeants

¹⁵⁰⁶ Sur la notion des actes unilatéraux réceptifs, V. p. J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Droit civil, Les obligations, I. L'acte juridique*, 14^e éd., Siery, 2010, 465, n° 494.

¹⁵⁰⁷ En ce sens, K. ADOM, *La révocation des dirigeants de sociétés commerciales*, préc., p. 488, n° 6.

¹⁵⁰⁸ Com. 4 mai 1993, *D.* 1993, somm. p. 148.

¹⁵⁰⁹ CA Paris, 5 nov. 1999, *Société Segaco SARL c/ M. Philippe Garandeanu* : *Juris-Data* n° 1171741, *Droit des sociétés* n° 11, novembre 2000, comm. 161, note D. VIDAL.

¹⁵¹⁰ Cass. soc., 1^{er} févr. 2011, *D.* 2011, somm., p. 440.

¹⁵¹¹ Cass. com., 11 juin 1991, *BRDA* 1991/18, p. 14.

¹⁵¹² Cass. com., 7 juill. 1992, *Bull. Joly Sociétés* 1992, p. 1192, note M.-J. CAMPANA.

¹⁵¹³ Paris, 29 oct. 1991, cité par S. HADJI-ARTINIAN, *La faute de gestion en droit des sociétés, Actualité de la faute de gestion, Mécanisme de prévention, Sanction*, Litec 2001, p. 70, n° 228.

¹⁵¹⁴ Cass. com., 11 juill. 1991, *RJDA* 10/1991, n° 852.

ayant abandonné certains de leurs mandats et qui sont toujours au service du groupe, viendront s'ajouter d'autres nouvelles têtes devant occuper les postes vacants.

B. La mise en œuvre de la pondération

592. L'augmentation pondérée du nombre des dirigeants dans les groupes de sociétés se singularise par la stabilité du nombre de mandats de direction mais l'accroissement de leurs titulaires. Ces titulaires sont généralement choisis de préférence parmi les salariés du groupe (1). Mais la combinaison du statut de salarié avec celui de dirigeant ne va pas sans difficulté (2).

1. La désignation privilégiée des salariés du groupe aux postes vacants

593. A la faveur du principe de cohérence dans la gouvernance des groupes de sociétés¹⁵¹⁵, les salariés bénéficient d'une préférence dans le choix des futurs dirigeants¹⁵¹⁶. L'objectif dans la désignation des dirigeants est de s'offrir les services de ceux qui ont déjà prouvé leur compétence et leur loyauté au titre de salarié et de renforcer le contrôle du groupe à leur égard. Avec la nomination à la fonction de direction, les bénéficiaires seront contrôlés non seulement à partir de leur lien de subordination mais aussi sur la fibre de leur devoir de loyauté attaché à leur qualité de dirigeant¹⁵¹⁷. Certes, le cumul de la fonction salariée avec la fonction de dirigeant porte en lui des forces, mais aussi des faiblesses pour le bénéficiaire. Ces forces se traduisent par les avantages que peut légitimement tirer le bénéficiaire du cumul. Ses faiblesses proviennent de la possibilité de l'exploitation d'un motif déterminant par la société mère pour servir à écrouler simultanément les deux statuts¹⁵¹⁸. La promotion des salariés à un ou plusieurs postes de direction ne saurait se faire dans la méconnaissance des règles classiques de nomination des dirigeants¹⁵¹⁹. La société mère est tenue de respecter la personnalité juridique de la société devant accueillir le nouveau dirigeant.

594. Le cumul de la fonction salariée avec la fonction de direction peut être bilatéral ou multilatérale. Le

¹⁵¹⁵ V. SUPLOT, *Groupe de sociétés et paradigme de l'entreprise*, RTD com. 1985, p. 621 ; Ch. HANNOUN, *Le droit et les groupes de sociétés*, préf. A. LYON-CAEN, Bibl. dr. pr., t. 216, LGDJ, 1991 ; M. PARIENTE, *Les groupes de sociétés, aspects juridique, social, comptable et fiscal*, préf. Y. GUYON, Litec, 1993 ; Q. URBAIN, *La communauté d'intérêts, un outil de régulation du fonctionnement du groupe*, RTD com. 2001 p. 1 ; Memento F. Lefebvre, *Groupes de sociétés*, 2011-2012 ; Ph. DOM, *Les dimensions du groupe de sociétés après les réformes de l'année 2001*, Rev. sociétés 2002, p. 1 ; J. N. DRUEY, *Pour une protection des mères. A quoi bon un droit sur les groupes de sociétés ?*, Mélanges Y. GUYON, Dalloz, 2003, p. 349.

¹⁵¹⁶ V. par ex., A.-L. FAROUX et N. THOMAS, *L'exercice d'un mandat social en exécution d'un contrat de travail : un choix de politique de groupe*, Gaz. Pal. 2012, n° 133, p. 15.

¹⁵¹⁷ En ce sens, F. COLLIN, *Le droit social du dirigeant d'entreprise - (La problématique du contrat de travail du dirigeant social)*, Dr. sociétés n° 7, Juillet 2005, étude 7, n° 8 et s.

¹⁵¹⁸ E. BIGET et L.-A. JULIEN, *L'interaction entre les motifs de licenciement et de révocation des dirigeants dans la pratique*, Gaz. Pal. 9-12 mai 2012, 10. – V. aussi, Com., 12 juin 2007, *Bel c/ Sté CEBTP*, Rev. sociétés 2008, p. 124, note J.-Ph. DOM. Dans cette espèce, le mandat social de directeur général d'une filiale, pour lequel aucune rémunération n'était prévue se situait dans la même logique de management que le contrat de travail au sein de la société mère. Il en était le complément et ne pouvait en être artificiellement séparé. Les relations entre le salarié et son employeur étant devenues conflictuelles et incompatibles avec la confiance que nécessite l'accomplissement d'un mandat social, cette perte de confiance dans la société mère constituait un juste motif de révocation dans la filiale.

¹⁵¹⁹ V. *supra* n° 539 s., 595 s.

professeur GAUTHIER¹⁵²⁰ a eu à exposer ces deux formes de cumuls dans un cadre inverse où le cumul intéresse plutôt le dirigeant¹⁵²¹. Celui-ci cumule donc sa fonction avec celle de salarié dans le but de bénéficier de la stabilité liée au contrat de travail. Ce genre de cumul est soumis au régime des conventions réglementées¹⁵²², contrairement aux réglementations applicables à la désignation du salarié à la fonction sociale. Le professeur GAUTHIER définit le cumul bilatéral comme « *la situation dans laquelle le dirigeant conclut un contrat de travail avec la société qu'il administre* »¹⁵²³. Ensuite, définit-il le cumul multilatéral par le fait que « *les qualités de mandataire social et de salarié ne sont pas exercés dans le cadre de la même société. Le cumul est multilatéral car il nécessite la participation d'au moins trois intervenants : l'intéressé, la société qui l'emploie en qualité de salarié et la société qui l'accueille en qualité de dirigeant* »¹⁵²⁴. L'adaptation de ces formes de cumuls au cadre de la désignation des salariés à la fonction sociale s'avère simple. Le cumul bilatéral consisterait pour le salarié à exercer son emploi et la fonction sociale dans la même société. En revanche, le cumul multilatéral conduirait le salarié à exercer ses fonctions anciennes et nouvelles dans des sociétés différentes du groupe. D'ailleurs, le cumul bilatéral n'est généralement envisagé que dans le cadre de l'accession du salarié au statut de dirigeant. A cet effet, le professeur GAUTHIER écrit : « *dans la situation du cumul multilatéral qui est envisagée, il semble plus conforme à la réalité de qualifier les intéressés de salariés dirigeants plutôt que de dirigeants salariés : la fonction de dirigeant n'est que la conséquence de la qualité de salarié et non à l'inverse* »¹⁵²⁵. Cette combinaison de la fonction salariée avec la fonction sociale suscite plus d'interrogations qu'elle n'autorise de certitudes.

2. La combinaison du statut de salarié avec le statut de dirigeant

595. La combinaison du statut de salarié avec le statut de dirigeant ne cesse de susciter des réflexions¹⁵²⁶. Un

¹⁵²⁰ Th. GAUTHIER, *Les dirigeants et les groupes de sociétés*, op. cit., n° 247 et s.

¹⁵²¹ Il faut relever que le cumul de la fonction sociale avec la fonction salariée est accepté par les groupes de sociétés dans l'objectif inavoué d'altérer le statut du dirigeant et de le réduire à un subordonné aux ordres de la société dominante.

¹⁵²² V. supra n° 264.

¹⁵²³ Th. GAUTHIER, *Les dirigeants et les groupes de sociétés*, op. cit., n° 258.

¹⁵²⁴ *Ibid.*, n° 313.

¹⁵²⁵ *Ibid.*, n° 338.

¹⁵²⁶ V. E. ALFANDARI, *Fonction de dirigeant et fonctions d'employé au sein d'une société commerciales*, Dr. Social 1964, p. 146 ; PIEDELIÈVRE, *Le cumul d'un mandat social et d'un contrat de louage de service dans les sociétés anonymes après la loi du 24 juillet 1966*, JCP 1968, I, 2205, n° 2 ; P. DELAISI, *Le cumul dans la législation actuelle d'un mandat social et d'un emploi salarié au sein d'une même société anonyme*, Gaz. Pal. 1975, 1, doc. p. 90 ; A. SAYAG, *Mandat social et contrat de travail : attraits, limites et fictions*, préc., p. 1 ; P. PETIT, *La suspension du contrat de travail des dirigeants de société anonyme*, RTD com. 1981, p. 29 ; M. DESLANDES, *Réflexions sur le cumul d'un mandat social et d'un contrat de travail*, préc., 19 ; F. MANSY, *La notion d'emploi effectif et ses conséquences sur le maintien du contrat de travail des dirigeants sociaux*, Rev. des sociétés 1987, p. 1 ; B. PETIT, *Le sort du contrat de travail des directeurs généraux*, Dr. social 1991, n° 465 ; *Cumul d'un contrat de travail et d'un mandat social*, Rép. Trav., Dalloz, n° 98 ; C. PUIGELIER, *Indépendance et dépendance des statuts de salarié et de mandataire social (un exemple de paradoxe)*, Dr. social 1993, p. 837 ; *Le président du conseil d'administration devenant salarié et vice-versa*, JCP éd. E, 1994, I, 358, n° 2 ; *Les incidences du cumul d'un contrat de travail et d'un mandat social : de trop nombreuses incertitudes*, JCP éd. E, 1992, I, 188 ; N. de SAINT-SEVIN, *Exercice d'un mandat social dans une filiale en exécution d'un contrat de travail avec la société mère*, RJS 6/1992, n° 391 ; P. FIESCHI-VIVET, *Des cas de non-cohabitation entre le contrat de travail et le mandat social*, R.J.S. 1994, p. 12 ; A. THEIMER, *Contrat de travail et mandat social dans les groupes de sociétés*, LPA 3 juill. 1996, n° 80, p. 19 ; J.-P. DOM, *Contrat de travail du directeur général au sein d'un groupe*, Bull. Joly Sociétés 1996, 477 ; C. GRILLON, *Le cumul d'un mandat social et d'un contrat de travail dans les sociétés à risques limités*, thèse Lyon, 1997 ; D. MIELLET, *Une société peut-elle embaucher par contrat de travail le futur directeur général d'une filiale ?*, JCP E 1998, 110 ; R. VATINET, *Des hypothèses de non-cumul d'un contrat de travail et d'un mandat social*, Rev. sociétés

auteur s'est même posé la question suivante : « *le salarié dirigeant est-il un contresens ?* »¹⁵²⁷. La prise en compte de l'étendue des compétences liées à chaque statut et leur dévolution à une même personne peut permettre de remettre en cause cette combinaison. En effet, le cadre salarié dispose des compétences bien déterminés qui se limitent à la direction technique d'un département de la société. Ce sont des infra-dirigeants, car bien qu'ils ne soient des dirigeants en titres, ils disposent d'une autonomie au sein de leur département et peuvent engager la société dans leur domaine de compétence sur délégation de signature ou de pouvoirs¹⁵²⁸ des dirigeants en titres. De leur côté, les dirigeants en titre disposent de tous les pouvoirs pour engager la société. La comparaison de l'étendue des pouvoirs liés à chaque statut, fait apparaître que, quel que soit le nombre des cadres salariés, la somme de leurs compétences ne saurait dépasser les pouvoirs du dirigeant même unique. Cela étant, eu égard aux pouvoirs liés à la fonction salariée d'une part, et d'autre part à la fonction de dirigeant, la combinaison du statut de salarié avec le statut de dirigeant entraînera une absorption totale du premier par le second. Il en sera ainsi lorsque la fonction salariée et la fonction sociale sont exercées dans la même société. En d'autres termes, le risque d'absorption des fonctions salariales par la fonction sociale est grand dans le cumul bilatéral. En revanche, dans le cumul multilatéral, où la fonction salariée est exercée dans une société distincte de celle où la fonction sociale est exercée, le risque d'absorption est négligeable. Ainsi, la combinaison du statut de salarié avec celui de dirigeant semble être problématique dans le cadre du cumul bilatéral mais admissible dans le cadre du cumul multilatéral.

a. La remise en cause de la combinaison dans le cumul bilatéral

596. La combinaison des deux statuts semble relever de la fiction dans le cadre du cumul bilatéral. Deux thèses remettent en cause cette combinaison : le rejet de la combinaison (i) et la suspension de la combinaison (ii).

i. Le rejet de la combinaison

597. La combinaison des deux statuts est radicalement condamnée. Il ne s'agit pas du cumul interdit en droit français dans le cas où la loi interdit aux membres de certains organes de gestion toute possibilité de cumul de leur fonction avec la fonction salariée¹⁵²⁹. Le rejet évoqué ici se justifierait par l'objectif visé les acteurs impliqués dans l'opérationnalisation du cumul destiné à déjouer l'exigence d'un emploi effectif exigé par le législateur¹⁵³⁰.

1999, p. 273 ; C. MALECKI, *Les dirigeants des filiales*, *Rev. sociétés* 2000, p. 453 ; B. SAINTOURENS, *Les filiales de recrutement*, *LPA* 4 mai 2001, n° 89, p. 60 ; L. DAUXERRE, *Le cumul d'un contrat de travail et d'un mandat social : un mariage d'intérêts ?*, *JCP S* 2007, 1049 ; F. COLLIN, *Aspects pratiques de la suspension du contrat de travail lorsque le salarié devient dirigeant social*, *Dr. sociétés* n° 10, Octobre 2009, étude 13.

¹⁵²⁷ F. COLLIN, *Le droit social du dirigeant d'entreprise - (La problématique du contrat de travail du dirigeant social)*, *Dr. sociétés* n° 6, Juin 2005, étude 6.

¹⁵²⁸ V. *infra* n° 613 s.

¹⁵²⁹ V. R. VATINET, *Des hypothèses de non-cumul d'un contrat de travail et d'un mandat social*, *préc.*, n°s 8-12.

¹⁵³⁰ En réalité l'emploi effectif est expressément envisagé à l'égard du salarié quand il entend accéder à la fonction d'administrateur (art. 426 de l'AUSCGIE). Le législateur a visé la fonction d'administrateur et par conséquent celle de P-DG. Le législateur est discret concernant l'accession par le salarié des fonctions de direction autre que le cas du P-DG. Mais, par application des règles du droit du travail, la fonction salariale est toujours caractérisée par l'existence du lien de subordination. A cet effet, un auteur avait souligné qu'« *il importe de souligner que la notion d'emploi effectif est une création du droit du travail et que la jurisprudence saisie du problème du cumul de fonctions a dû l'adapter aux dirigeants* » : F. MANSUY, *La notion d'emploi effectif et ses conséquences sur le maintien du contrat de travail des dirigeants sociaux*, *préc.*, n° 2. Pour cela, indépendamment de la fonction de direction devant être cumuler avec la fonction sociale, le contrat de travail doit toujours correspondre à un emploi effectif.

En réalité, en exigeant que le contrat de travail corresponde à un emploi effectif, législateur a eu pour but de déjouer les fraudes. Par définition, « la fraude consiste à se placer artificiellement en dehors de la loi impérative, à l'échapper. Pour qu'il y ait fraude, il faut qu'il y ait intention de tourner la loi en usant d'un artifice (...). La fraude se manifeste chaque fois que l'exécution d'une règle obligatoire par l'emploi à dessein d'un moyen efficace qui rend ce résultat inattaquable sur le terrain du droit positif »¹⁵³¹. Il s'agit ainsi de simuler l'existence d'un emploi effectif par la conclusion d'un contrat de travail. Or, dans la réalité, il n'existe aucun lien de subordination¹⁵³² dans l'exécution de ce contrat¹⁵³³. Il est mal conçu que le dirigeant se donne des ordres à soi-même dans le cadre de ses fonctions salariées. S'il est vrai que le dirigeant peut s'octroyer des avancements eu égard à son fonction sociale, il est illusoire qu'il se licencie¹⁵³⁴. Le lien de subordination relève d'une pure fiction.

598. La critique a été vive à l'égard du cumul de la fonction de gérant majoritaire avec la fonction salariée¹⁵³⁵. Il a été jugé dans l'affaire *Cavrois* qu'un gérant majoritaire ne saurait avoir la position de salarié, faute de patron auquel il serait subordonné¹⁵³⁶. L'exclusion du cumul à l'égard du gérant majoritaire semble aussi favorisée par le régime fiscal défavorable auquel était soumis le traitement des rémunérations allouées aux gérants majoritaires¹⁵³⁷. En outre, la dimension réduite de la société à responsabilité faisait douter de la réalité de la bonne foi dans le cumul¹⁵³⁸. Cette considération du critère de dimension de la société fait étendre le refus de cumul à tous les gérants indépendamment de leur qualité d'associé ou non.

599. Cela étant, la sanction envisagée contre le cumul était la nullité. Elle serait la traduction concrète de l'adage *fraus omnia corrumpit*. La fraude viendrait ainsi corrompre soit la délibération¹⁵³⁹ ayant donné lieu à la nomination du salarié à la fonction sociale ou le contrat de travail. Ainsi, on peut songer à une annulation de la délibération lors que l'impossibilité d'existence du lien de subordination est établie. Pour les mêmes raisons, le

¹⁵³¹ R. NJEUFACK TEMGWA, *L'acte social irrégulier en droit des sociétés commerciales OHADA*, préc., n° 37.

¹⁵³² Sur la notion de lien de subordination, v. not., P. PIGASSOUA, *L'évolution du lien de subordination en droit du travail et de la sécurité sociale, Droit social* 1982, p. 578 ; M. DESPAX, *L'évolution du rapport de subordination, Droit social* 1982, p. 11.

¹⁵³³ Par ex., Cass. soc., 22 mai 1995, *Berlande c/ Cie polyisoprene synthétique*, *Bull. Joly Sociétés* 1995 n° 10, § 306, p. 860, note Ph. REIGNÉ.

¹⁵³⁴ En ce sens, M. DESLANDES, *Réflexions sur le cumul d'un mandat social et d'un contrat de travail*, préc., p. 23.

¹⁵³⁵ Le salarié ayant accédé à la fonction sociale peut devenir majoritaire ou détenir une moitié du capital. Dans ce cas, il partage le contrôle de la société avec la société mère.

¹⁵³⁶ Cass. soc., 7 févr. 1979, *Rev. sociétés* 1980, p. 473, note J. H.

¹⁵³⁷ Sur le sujet de régime fiscal des gérants, V. Ph. MERLE, *Droit commercial, Sociétés commerciales*, 16^e éd., Dalloz, 2013, n° 191. Mais l'auteur a relevé qu'avec l'évolution, la dualité de régime majoritaire/minoritaire est pratiquement abandonnée : *Idem*, n° 193. Cet avis n'est pas partagé par Monsieur Jean DE CALBIAC qui ne mentionne pas les gérants majoritaires parmi les dirigeants assimilés aux salariés eu égard à l'affiliation obligatoire au régime générale de la sécurité sociale : J. DE CALBIAC, *Les avantages sociaux des dirigeants d'entreprises*, op. cit., n° 545. V. aussi, J.-J. DEPEYROUX, *Les cotisations de l'affiliation obligatoire au régime général de la Sécurité sociale*, D. 1962, p. 179 ; L. NURIT-PONTIER, *Le statut social des dirigeants de sociétés*, JCP éd. E, 2002, p. 222 ; F. TAQUET, *Le régime de sécurité sociale applicable aux dirigeants de sociétés commerciales*, *Gaz. Pal.* 2000, n° 207, p. 2.

¹⁵³⁸ F. MANSUY, *La notion d'emploi effectif et ses conséquences sur le maintien du contrat de travail des dirigeants sociaux*, préc., p. 220, n° 21.

¹⁵³⁹ M. COZIAN, A. VIANDIER et FI. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, op. cit., n° 421.

contrat de travail semble exposé à la nullité¹⁵⁴⁰. Le professeur PETIT¹⁵⁴¹ soutient plutôt la nullité du contrat de travail pour absence d'emploi effectif en cas de cumul. Un auteur a estimé même que le contrat de travail peut être frappé de nullité en raison de l'intention de contourner le principe de libre révocabilité du mandataire et que cette nullité, fondée sur l'absence de cause est absolue, empêchant toute possibilité de confirmation rétroactive du contrat de travail¹⁵⁴². En raison de sa nature de contrat à exécution successive, le contrat travail peut être résilié par les juges en tenant compte de l'attitude ou de l'intention du dirigeant pour détruire le contrat¹⁵⁴³. Tout simplement, le contrat de travail est réputé avoir cessé au moment où le salarié accède au statut de dirigeant¹⁵⁴⁴.

600. Cette condamnation de la combinaison des deux statuts n'est pas partagée par une partie de la doctrine. Les professeurs CHAMPAUD et DANET rejettent la thèse de l'exclusion du cumul du mandat social salarié par le gérant majoritaire. D'une part, ils relèvent que les partisans de l'exclusion font « ...dépendre le statut correspondant aux fonctions techniques d'un élément extérieur à la relation de travail elle-même alors que le degré de subordination dépend aujourd'hui énormément de la nature des fonctions et des conditions de leur exercice. C'est ainsi que, dans les organisations qui privilégient la logique de projet, les liens de subordination dépendent beaucoup moins de la place dans l'organigramme que des compétences détenues et de l'activité développée ». D'autre part, « le lien entre le pourcentage du capital détenu et le degré de subordination du gérant par rapport aux associés n'est pas d'une totale pertinence. En dehors de situations limites où le gérant détient soit la totalité du capital soit, au contraire, une part marginale de ce même capital, ce qui importe pour évaluer le degré de liberté qui est le sien est moins la valeur absolue de sa participation que la capacité de contrôle résultant de sa valeur relative ». Ainsi, la combinaison des deux statuts n'a pas que des détracteurs. La fracture est bien réelle à l'égard de son admission.

601. Ce problème d'existence ou non d'un emploi effectif peut resurgir au moment de la cessation anticipée du statut indépendamment de la volonté du bénéficiaire ainsi que pendant la liquidation de la société où l'appréciation de l'existence du lien de subordination se pose¹⁵⁴⁵. En cas de rupture de la collaboration avec le dirigeant suite au changement de majorité, celui-ci invoque le licenciement pour rupture abusive du contrat de travail. Mais les nouvelles autorités de la société peuvent soulever l'absence de lien de subordination devant caractériser l'existence d'un contrat de travail, pour lui refuser le droit à des indemnités de licenciement. De même, dans le cadre de la liquidation de la société, suite au congédiement du dirigeant, il n'est pas exclu qu'il réclame au syndic le versement d'indemnités de licenciement. En défense, le syndic se sert de l'inexistence d'un contrat de travail en raison de l'absence de lien de subordination. Le paradoxe de la combinaison des deux

¹⁵⁴⁰ En ce sens, DU PONTAVICE, cité par P. PETIT, *La suspension du contrat de travail des dirigeants de société anonyme*, préc., n° 12, p. 38. La conclusion du contrat de travail serait motivée, non par la nécessité d'exécuter les fonctions y relatives, mais pour faire miroiter au dirigeant la protection du droit du travail par le groupe et les subordonner à la politique du groupe.

¹⁵⁴¹ P. PETIT, *La suspension du contrat de travail des dirigeants de société anonyme*, préc., n° 12, p. 38.

¹⁵⁴² L. DAUXERRE, *Le cumul d'un contrat de travail et d'un mandat social : un mariage d'intérêts ?*, préc., n° 31.

¹⁵⁴³ V. Cass. soc., 15 mars 1983, *D.* 1984, p. 99, note J. GUYÉNOT.

¹⁵⁴⁴ Cass. soc., 19 févr. 1997, *Rev. sociétés* 1997, p. 533, note Ph. DIDIER.

¹⁵⁴⁵ Par ex., Cass. soc. 17 sept. 2008, n° 07-43626, *M. X. c/ Sociétés Odorup France*, *Bull. Joly Sociétés* 2009, § 1, p. 12, note B. SAINTOURENS.

statuts peut être remédié par la suspension du contrat de travail

ii. La suspension de la combinaison

602. La remise en cause de la combinaison des deux statuts est tirée de l'incompatibilité des deux fonctions et de l'absorption du mandat salarié par le mandat social¹⁵⁴⁶. Cette absorption doit être tranchée au profit du statut qui donne plus de pouvoirs dans le cadre du cumul. C'est alors que, en face du statut de dirigeant qui donne droit à une plénitude des pouvoirs¹⁵⁴⁷, le statut de salarié ne donnant accès qu'à une compétence limitée doit être suspendu. Il semble, en réalité, que la notion de combinaison relève dans ce cas de l'illusion et que le contrat de travail doit faire l'objet d'une suspension¹⁵⁴⁸. En effet, lorsque la fonction salariée ne peut être distincte de la fonction sociale et que les deux sont confondues, il convient de mettre le contrat de travail en veille pendant la durée du mandat social et de le réactiver à son échéance. Le professeur PETIT affirma que, « *parfois c'est l'exécution du contrat de travail qui est incompatible avec l'exercice d'un mandat social ; parfois, au contraire, c'est de l'inexécution du contrat que l'on prétend déduire l'absence de cumul. La suspension intervient dès lors à deux titres tout à fait différents. Tantôt elle tend à mettre fin à une exécution génératrice d'irrégularité et tantôt elle assure la survivance du contrat en dépit d'une impossibilité momentanée d'exécution* »¹⁵⁴⁹. Cette absorption de la fonction salariée par la fonction sociale traduit l'inutilité du cumul. C'est le cas où le salarié se voit confier ses mêmes fonctions en tant qu'organe social. Pour le professeur LYON-CAEN, l'impossibilité de séparer les deux fonctions doit donner lieu à une cessation de la fonction salariée¹⁵⁵⁰. L'absorption de la fonction salariée par la fonction sociale est donc présumée¹⁵⁵¹. Pour faire tomber cette présomption d'absorption, la charge de la preuve incombe au dirigeant¹⁵⁵². Pour le professeur MANSUY le caractère technique des fonctions ne laissent plus présumer leur autonomie¹⁵⁵³.

603. L'absence de dissociation peut aussi est révélée au travers la rémunération allouée dans le cadre de la combinaison. En principe, à chaque fonction est liée une rémunération spécifique. Il n'est pas exclu que la fonction sociale soit gratuite¹⁵⁵⁴, mais une telle hypothèse ne saurait motiver un salarié à accéder à d'autres responsabilités plus énormes et qui exige de lui plus d'engagement alors qu'il n'en attendra aucune rémunération. Il convient d'exclure l'hypothèse de la fonction sociale gratuite. Mais lorsqu'à la suite de son accession à la fonction sociale, il devient difficile de dissocier les deux rémunérations, une confusion des rémunérations serait donc déduite. La perception d'une unique rémunération pour deux fonctions apparemment distinctes vient

¹⁵⁴⁶ Cass. Soc., 19 févr. 1986, *Rev. sociétés* 1986, p. 600, note J. GUYÉNOT. – Cass. soc. 17 sept. 2008, préc.

¹⁵⁴⁷ V. *supra* n° 50 s.

¹⁵⁴⁸ Cass. soc. 21 juin 1994, *JCP* 1995, II, 22370, note C. PUIGELIER ; Cass. soc., 11 juin 1997 *Bull. civ. V*, n° 218, p. 158 ; *Bull. Joly* 1997, 882, note B. PETIT.

¹⁵⁴⁹ P. PETIT, *La suspension du contrat de travail des dirigeants de société anonyme*, préc., n° 17.

¹⁵⁵⁰ LYON-CAEN, *Quand cesse-t-on d'être salarié ? (Le salarié-employeur)*, D. 1977, chron. 109.

¹⁵⁵¹ En ce sens, M. VERICEL, *Le rétablissement de la présomption de non-salariat*, *Droit social* 2005, p. 297.

¹⁵⁵² Cass. soc. 17 sept. 2008, préc.

¹⁵⁵³ F. MANSUY, *La notion d'emploi effectif et ses conséquences sur le maintien du contrat de travail des dirigeants sociaux*, préc., n° 14.

¹⁵⁵⁴ Eu égard à la rémunération des gérants de SARL, l'article 325 al. 1^{er} de l'AUSCGIE prévoit que « *les fonctions de gérant sont gratuites ou rémunérées dans les conditions fixées dans les statuts, ou dans une décision collective des associés* ». Aussi, pour les autres dirigeants, la loi détermine le régime de leur rémunération mais ne soumet pas les associés à une obligation de rémunération. Par conséquent, les fonctions sociales peuvent être gratuites.

démentir l'existence d'une combinaison¹⁵⁵⁵. Dans un arrêt du 12 juin 2007, la Cour de cassation a approuvé un arrêt d'appel qui a refusé d'admettre la dissociation des deux statuts au motif que « *le mandat social pour lequel aucune rémunération n'était prévue se situait dans la même logique de management que le contrat de travail (...) qu'il en était le complément et ne pouvait en être artificiellement séparé* »¹⁵⁵⁶. Cette décision rendue dans le cadre d'un cumul multilatéral peut permettre d'illustrer l'impossibilité de dissocier les deux statuts si les éléments devant permettre cette séparation font défaut. En d'autres termes, les juges ont fait abstraction de l'existence du contrat de travail et tenu compte de la fonction qui est réellement exercée. Le contrat de travail est donc considéré comme suspendu et qu'il n'est pas nécessaire de le considérer.

604. La suspension du contrat de travail¹⁵⁵⁷ ne joue qu'à l'égard de l'exécution du contrat, car le contrat continue toujours par exister¹⁵⁵⁸. C'est un remède au paradoxe que présente le cumul. Le contrat existe mais n'est plus exécuté. La suspension du contrat peut soit être prévue par une clause du contrat, soit dans un avenant, soit être de plein droit, lorsque les circonstances permettent de nier l'impossibilité de son exécution¹⁵⁵⁹. La Cour de cassation n'est pas toujours réfractaire à ces clauses de suspension du contrat de travail¹⁵⁶⁰. A la fin du mandat social, le contrat est d'office réactivé si le salarié dirigeant n'est pas confronté à la rupture de sa collaboration avec la société. Le salarié dirigeant peut opter aussi pour la démission de son emploi salarié¹⁵⁶¹ pour mieux se consacrer à sa fonction sociale. Mais cette option est loin d'être envisagé, car elle ferait perdre au groupe l'un des moyens de subordonner le salarié dirigeant à sa politique.

605. Au demeurant, ce débat sur la nullité ou la suspension du contrat de travail en cas de cumul perd son intérêt lorsque les rapports entre le salarié dirigeant avec la société mère est à l'abri de conflit. Il en est ainsi lorsque les deux partenaires parvenir sont satisfaits du cumul, chacun y trouvant son compte. Dans le cumul bilatéral comme dans le cumul multilatéral, le cumul est envisageable pour renforcer la direction du groupe.

b. L'admission de la combinaison dans le cumul multilatéral

606. Le cumul multilatéral est plus favorable à la complémentarité des deux statuts. Les arguments évoqués pour mettre en cause la combinaison dans le cadre du cumul bilatéral semblent insuffisants pour condamner la combinaison dans le cumul multilatéral. Deux arguments militent en faveur de l'admission de cette combinaison : l'exercice de la fonction dans des sociétés différentes et la facilité de preuve de la distinction des fonctions.

607. En effet, la conclusion d'un contrat de travail ayant pour objet l'exercice d'une fonction sociale donne lieu à l'exercice des fonctions dans des sociétés distinctes. Comme le relève le professeur DOM, « *la licéité des fonctions*

¹⁵⁵⁵ En ce sens, F. MANSUY, *La notion d'emploi effectif et ses conséquences sur le maintien du contrat de travail des dirigeants sociaux*, préc., n° 25.

¹⁵⁵⁶ Com., 12 juin 2007, *Bel c/ Sté CEBTP*, *Rev. sociétés* 2008 p. 124, J.-Ph. DOM.

¹⁵⁵⁷ V. J.-M. BERAUD, *La suspension du contrat de travail*, Sirey, 1980.

¹⁵⁵⁸ J.-J. CAUSSAIN, *La précarité de la fonction de mandataire social (Révocation et modes de protection)*, préc., n° 39.

¹⁵⁵⁹ F. COLLIN, *Aspects pratiques de la suspension du contrat de travail lorsque le salarié devient dirigeant social*, préc., n° 14 et s ; P. PETIT, *La suspension du contrat de travail des dirigeants de société anonyme*, préc., n° 34 et s.

¹⁵⁶⁰ Com., 20 nov. 1962, *D.* 1963, Jur. 230.

¹⁵⁶¹ V. J. DUPUY, *La démission du salarié*, *D.* 1980, p. 253.

quant à leur existence est ainsi appréciée *ratione personae*. A chaque personne morale sa relation juridique avec la même personne physique. Celle-ci coiffe en haut, dans la société mère, une casquette de salarié, et en bas, dans la filiale, une casquette de dirigeant »¹⁵⁶². Dans le même sens, tout en relevant certaines ambiguïtés de ce genre de contrat, le professeur VATINET affirme que « le cumul a toujours été possible entre un contrat de travail conclu dans une société et un mandat social exercé dans une autre »¹⁵⁶³. Même en l'absence d'une rémunération pour la fonction sociale, la Cour de cassation admet la complémentarité des deux fonctions¹⁵⁶⁴. Déjà, le professeur GAUTHIER avait démontré l'admissibilité de cette combinaison au nom du réalisme juridique¹⁵⁶⁵.

608. Ce genre de cumul mettant en phase deux sociétés combine deux techniques : celle de la représentation permanente¹⁵⁶⁶ et celle de la mise à disposition du salarié¹⁵⁶⁷. La première permet à la société mère de nommer un de ses représentants au conseil d'administration de ses filiales¹⁵⁶⁸. Elle peut être utilisée aussi par la société mère pour nommer un représentant permanent comme dirigeant des sociétés où la loi n'exige pas que la fonction soit nécessairement confiée à une personne physique¹⁵⁶⁹. C'est le cas de la fonction de gérant de SNC¹⁵⁷⁰ et d'administrateur général¹⁵⁷¹. La seconde consiste pour une entreprise de mettre son employé au service d'une autre en vue d'exercer des fonctions¹⁵⁷² dont les termes seront définis par le salarié et l'entreprise accueillante. Ainsi, le salarié est protégé par deux contrats. La rupture du contrat dans l'entreprise accueillante ne saurait justifier un licenciement dans la société d'origine du salarié. Dans un arrêt du 13 novembre 2008, la Cour de cassation française approuve un arrêt d'appel qui avait jugé qu'un licenciement pris dans ces conditions sans cause réelle et sérieuse¹⁵⁷³. Aussi, n'entraîne-telle pas la modification du contrat de travail dans la société originaire¹⁵⁷⁴. La mise à disposition n'est exceptionnellement interdite que si elle a un but lucratif¹⁵⁷⁵.

¹⁵⁶² J.-Ph. DOM, note sous Com., 12 juin 2007, *Bel c/ Sté CEBTP*, *Rev. sociétés* 2008 p. 124.

¹⁵⁶³ R. VATINET, *Des hypothèses de non-cumul d'un contrat de travail et d'un mandat social*, préc., n° 24.

¹⁵⁶⁴ Com., 12 juin 2007, préc.

¹⁵⁶⁵ Th. GAUTHIER, n° 326 et s.

¹⁵⁶⁶ En ce sens, R. VATINET, *Des hypothèses de non-cumul d'un contrat de travail et d'un mandat social*, préc., n° 35.

¹⁵⁶⁷ V. A. LYON-CAEN, *La mise à disposition internationale de salariés*, *Dr. soc.* 1981. 751 ; M. PARIENTE, *Les groupes de sociétés, aspects juridique, social, comptable et fiscal*, op. cit., p. 23, n° 34 ; V. BONNIN, *Mise à disposition au sein des pôles de compétitivité : la peur du juge est-elle bonne conseillère ?*, (Article 47 de la loi n° 2006-1170), *Rev. trav.* 2007, p. 379 ; R. MARIE, *Mise à disposition par les associations intermédiaires et requalification en CDI*, *Rev. dr. travail* 2011, p. 497 ;

¹⁵⁶⁸ Art. 421 de l'AUSCGIE.

¹⁵⁶⁹ Il n'est pas exclu que la direction soit assurée par un organe de la société mère. V. H.-D. MODI KOKO BEBEY, *Le contrôle de la gestion des filiales par la société mère dans le droit uniforme des sociétés en Afrique*, préc., p. 849 et s.

¹⁵⁷⁰ En application de l'article 276 de l'AUSCGIE, les statuts de la SNC peuvent désigner un gérant personne physique ou morale.

¹⁵⁷¹ Les dispositions issues des articles 495 à 497 de l'AUSCGIE au sujet de la nomination de l'administrateur général n'exigent pas que l'administrateur soit nécessairement une personne physique.

¹⁵⁷² A.-L. FAROUX et N. THOMAS, *L'exercice d'un mandat social en exécution d'un contrat de travail : un choix de politique de groupe*, préc., p. 15.

¹⁵⁷³ Soc. 13 nov. 2008, n° 07-41.700, *Rev. trav.* 2009, p. 29, note M.-C. AMAUGER-LATTES. V. aussi, F. FAVENNEC-HERY, *L'extinction de la relation de travail dans les groupes*, *Dr. sociétés*. 2010, p. 762 ; G. LYON-CAEN, *Observations sur le licenciement dans les groupes internationaux de sociétés*, *Rev. crit. DIP* 1974, p. 439 ; C. MINET, *La protection des travailleurs détachés dans le cadre d'une prestation de services transfrontalière*, *D.* 2002, p. 3303.

¹⁵⁷⁴ Cass soc., 1^{er} avril 2003, n° 02-14.680, *D.* 2003, p. 1135.

¹⁵⁷⁵ Soc. 18 mai 2011, n° 09-69.175, *Rev. trav.* 2011 p. 503, note A. FABRE. La Cour de cassation déclare : « attendu que toute opération à but lucratif ayant pour objet exclusif le prêt de main d'œuvre est interdite ; que cette interdiction

609. Cette technique de mise à disposition permet la mobilité du personnel des groupes de sociétés¹⁵⁷⁶. A la suite de sa fonction de direction dans la société accueillante, le salarié bénéficie mérite un reclassement dans sa société d'origine¹⁵⁷⁷. Ainsi, la combinaison inavouée de la technique de la représentation permanente et de la mise à disposition, toutes deux licites, se trouvent réalisées à travers le contrat de travail avec pour objet l'exercice d'un mandat social. La distinction des deux sociétés où les fonctions se sont séparément exercées, préserve l'existence du lien de subordination dans la société d'origine et l'autonomie du dirigeant dans la société accueillante.

610. Ainsi, la preuve de la distinction des deux fonctions peut-elle être facilement rapportée. Dans la société originaire, le salarié continue toujours de rester dans un statut de dépendance par rapport à la société mère. Il ne peut user de son statut de dirigeant dans la société d'accueil pour influencer infléchir son statut de salarié. Aussi, dans la société d'accueil, la limitation de ses fonctions à son mandat social empêche-t-elle toute éventualité de leur confusion avec les fonctions sociales exercées dans la société d'origine. Cela étant, les fonctions, l'absorption d'une fonction par l'autre est exclue.

611. Au demeurant, plus que le cumul bilatéral, le cumul multilatéral semble plus favorable à la combinaison des deux statuts. Les salariés peuvent ainsi être désignés à des fonctions sociales à la suite des vancances de postes dans le cadre du renforcement de la direction des filiales. Il en ressort une augmentation du nombre des dirigeants. Néanmoins, le renforcement de la direction sociale peut aussi se faire sans recourir aux règles du droit des sociétés. Il peut s'opérer grâce à des techniques contractuelles.

SECTION 2. LE RENFORCEMENT PAR DES TECHNIQUES CONTRACTUELLES

612. En dépit de l'autonomie du droit des sociétés et de la rigidité du statut des dirigeants dans l'exercice de la direction sociale, le droit civil vient toujours défier les acquis du droit des sociétés. Mieux, le droit civil demeure un réservoir où le droit des sociétés vient puiser des ressources qui lui manquent. Ainsi, sans être envisagé expressément par le législateur, le pouvoir de direction peut être contractualisé selon les règles empruntées au droit du mandat. La contractualisation de la direction peut servir à son renforcement soit, par la technique de la délégation de pouvoirs (§ 1), soit par la technique de convention de direction (§ 2).

§ 1. Le renforcement par délégation de pouvoirs

613. « *La délégation de pouvoirs peut se définir comme l'instrument juridique par lequel le chef d'entreprise, c'est-à-dire, s'agissant d'une personne morale (...), le représentant légal de celle-ci (...) transfère une partie de ses pouvoirs et des responsabilités associées à une autre personne plus à même d'exercer ces pouvoirs et*

concerne également l'entreprise utilisatrice et que le caractère lucratif de l'opération peut résulter d'un accroissement de flexibilité dans la gestion du personnel et de l'économie de charges procurés à cette dernière ».

¹⁵⁷⁶ V. I. VACARIE, *La mobilité du personnel au sein des groupes de sociétés*, *Dr. soc.* 1989, p. 462.

¹⁵⁷⁷ V. P. COURSIER, *L'obligation de rapatriement et de reclassement du salarié mis à disposition d'une filiale étrangère*, *Dr. soc.* 1994, p. 19 ; E. PATAUT, *Le licenciement dans les groupes internationaux de sociétés*, *Aspects de droit international privé et de droit de l'Union européenne*, *Rev. trav.* 2011, p. 14.

d'assumer ces responsabilités »¹⁵⁷⁸. C'est une technique d'organisation de l'entreprise¹⁵⁷⁹ qui n'est pas formellement régie par le législateur. Mais celui-ci n'a pas manqué d'envisager le recours à la délégation de pouvoirs d'autres organes sociaux notamment la délagation à un administrateur intérimaire des pouvoirs du président empêché¹⁵⁸⁰. Il a passé sous silence la délégation des pouvoirs de direction. Ce silence ne peut valoir interdiction, car la délégation des pouvoirs directoriaux n'est pas expressément interdite par le législateur. Ce qui semble interdit, c'est la paralysie des actions du dirigeant par la nécessité pour lui d'obtenir avant d'engager la société, la contresignature des actes ou l'accord exprès d'une personne non dirigeante en vertu d'une convention¹⁵⁸¹. Cette interdiction provenant de l'arrêt *Motte* est justifiée par la rigidité des pouvoirs des dirigeants. Elle a été par la suite réaffirmée¹⁵⁸². Elle est partagée par la doctrine¹⁵⁸³. Dans le respect de cette interdiction, le dirigeant peut valablement déléguer certains de ses pouvoirs pour organiser son cabinet (A) et pour échapper à la responsabilité (B).

A. Une prérogative du dirigeant pour organiser son cabinet

614. En raison de la détention exclusive par les dirigeants des pouvoirs de représentation de la société, ils sont les seuls à pouvoir les déléguer¹⁵⁸⁴. En dépit de l'avis contraire de certains auteurs notamment les professeurs MARMOZ¹⁵⁸⁵ et TRICOT¹⁵⁸⁶, ainsi que Mme GALLOIS-COCHET¹⁵⁸⁷, la doctrine majoritaire considère

¹⁵⁷⁸ G. JOLIVET, *Les délégations de pouvoirs au sein des SAS*, JCP éd. E, n° 13, 2010, 367. Une définition identique avait été donnée par A. LARCENA et A. ELINEAU, *Pratique des délégations de pouvoirs : règles et évolutions récentes de cet outil de répartition des pouvoirs et responsabilités*, Dr. sociétés n° 2, Février 2012, étude 4, n° 1 : « la délégation de pouvoirs (...) peut se définir comme l'acte juridique par lequel, au sein d'une personne morale, un délégant se dessaisit d'une partie de ses attributions pour les transférer à un délégataire, ce dernier étant dès lors susceptible d'engager sa responsabilité en cas de manquement à une obligation sanctionnée sur le plan pénal dans le cadre de l'exercice de ces nouvelles attributions ». V. aussi, N. FERRIER, *Délégation de pouvoir de directeurs des ressources humaines*, Bull. Joly Sociétés 2008, n° 10, § 178, p. 834.

¹⁵⁷⁹ V. N. FERRIER, *La délégation de pouvoirs, technique d'organisation de l'entreprise*, th. Montpellier I, préf. Ph. PETEL, Bibl. dr. entr., Litec, 2005.

¹⁵⁸⁰ A. VIANDIER, *L'administration déléguée : une solution ?*, préc., p. 311 ; A. COURET et J.-P. DUCHATEAU, *Quels pouvoirs pour l'administrateur délégué ?*, préc., p. 206.

¹⁵⁸¹ Com., 11 juin 1965, *SA Teinture et impression c/ Motte*, Bull. civ. III, n°361, p. 329 ; JCP éd. G, 1947, II, 3518, note D. BASTIAN ; S. 1947, I, 153, note BRABRY, *Gaz. Pal.* 1946, 2, p. 136 ; D. 1965, p. 782 ; RTD com. 1965, p. 861, n° 3, obs. R. HOUIN.

¹⁵⁸² Com., 6 mai 1996, Bull. civ. IV, n° 127, JCP éd. G, 1996, n° 28, IV, 1449, *Defrénois* 1996, n° 21, p. 1304, art. 36423, note H. HOVASSE ; Bull. Joly Sociétés 1996, p. 821, note P. LE CANNU ; RJDA 08-09/96, n° 1063, p. 769 ; Th. GAUTHIER, *Les dirigeants et les groupes de sociétés*, op. cit., n° 435 et s.

¹⁵⁸³ Ph. MERLE, *Le contrat de management et organisation des pouvoirs dans la société anonyme*, préc., p. 245 ; M.-Ch. MONSALLIER, *L'aménagement contractuel du fonctionnement de la société anonyme*, op. cit., n° 590 ;

¹⁵⁸⁴ En ce sens, T. JOFFREDO, O. THIBAUT et K. THOUATI, *La réponse des praticiens, Pratique de la délégation de pouvoirs*, Nouvelles Editions Fiduciaires, 1996, p. 28.

¹⁵⁸⁵ F. MARMOZ, *La délégation de pouvoirs*, thèse Lyon III, Bibl. dr. entr., 43, préf. Y. REYNARD, Litec, 2000, p. 75 et s. Selon cet auteur, « de nombreux obstacles s'opposent à l'assimilation de la délégation au mandat. On peut ainsi relever que la délégation de pouvoir permet au délégataire d'engager le sujet de droit, non seulement par des actes juridiques, mais aussi par des faites juridiques. A l'inverse, dans d'autres situations, seul le délégataire est engagé et non le délégant. Il en est ainsi en matière de transfert de la responsabilité pénale du délégant sur la tête du délégataire. Ces deux obstacles s'opposent à la qualification de mandat ».

¹⁵⁸⁶ D. TRICOT, *La délégation de pouvoirs est-elle soumise aux règles du mandat ?*, Rev. Lamy dr. aff. 2012, p. 72. L'auteur écrit : « La société étant sans voix ni geste, comment pourrait-elle être le mandant de son dirigeant ? Ce mandant n'est pas davantage l'assemblée générale, le conseil d'administration ou le directoire puisqu'ils n'ont pas la personnalité morale. Force est d'admettre que le mandataire social n'est pas un mandataire lié par un contrat de mandat. La conception institutionnelle de la société, qui concilie l'entreprise et la personne juridique qui agit, et qui rend compte de la réalité de la vie des affaires, retient ainsi que le dirigeant, ou certains d'entre eux, est institué représentant légal par l'effet

la délégation de pouvoirs comme un mandat¹⁵⁸⁸. La délégation de pouvoirs de direction entraîne une augmentation du nombre des représentants de la société, qualifiés de représentants passifs par certains auteurs¹⁵⁸⁹. Le dirigeant peut se servir de la délégation des pouvoirs pour neutraliser les pouvoirs de l'organe chargé des nominations (1) et pour étendre les limites de la direction (2).

1. La neutralisation des pouvoirs de l'organe des nominations par les dirigeants

615. En principe, les pouvoirs de désignation des représentants de la société reviennent à l'assemblée générale ou au conseil d'administration, selon le cas. Mais ces organes sont concurrencés par les dirigeants à travers la pratique de la délégation de pouvoirs leur permettant de susciter de nouveaux représentants parallèles. Il ressortit de cette prérogative des dirigeants une certaine neutralisation des pouvoirs des organes légalement chargés des nominations, dans la mesure où les représentants parallèles peuvent être institués sans leur accord et qu'ils ne disposent d'aucun pouvoir de contrôle et de sanction à leur égard.

616. En effet, en vertu de leurs pouvoirs étendus, les dirigeants ont une liberté d'action¹⁵⁹⁰. Ils peuvent se faire assister de collaborateurs en leur déléguant ainsi certains de leurs pouvoirs. Au titre des pouvoirs reçus, les délégataires peuvent engager la société à l'instar des dirigeants. De plus, ces délégataires peuvent subdéléguer valablement leurs pouvoirs et ainsi donner lieu à une multiplication à l'infini des représentants de la société. Dans un arrêt du 22 novembre 2007, la CCJA avait admis, contrairement à l'argumentaire de la COTRACOM qui contestait les pouvoirs de représentation de la société par un délégataire, que le pouvoir spécial du 18 février 2004 donné par le Directeur du Risque et du Crédit, qui lui-même a reçu délégation du Directeur Général de la BIAO-CI, représentant légal, « *d'agir et compromettre en justice au nom de la société, transiger, compromettre, faire exécuter toute décision de justice...* », est parfaitement régulier, les dispositions de l'article 487 de l'Acte uniforme suscité n'interdisant pas à un P-DG ou à un DG, de déléguer ses pouvoirs à un collaborateur pour agir

combiné de la loi et de sa désignation. Les personnes de ce premier cercle ne sont ni des mandataires, ni des titulaires de délégations de pouvoir. Elles exercent le pouvoir directement, sans mandat, ni délégation ».

¹⁵⁸⁷ D. GALLOIS-COCHET, note Cass. ch. mixte, 19 nov. 2010, n° 10-30.215, *SAS ED SAS c/ Pellerin*, *JurisData* n° 2010-021139, *Dr. sociétés* n° 2, Février 2011, comm. 30. Pour cet auteur, « *l'analyse de la délégation de pouvoirs comme un mandat donné par la société n'a rien d'évident. Les pouvoirs exercés par le délégataire sont en effet des pouvoirs propres du délégant, des pouvoirs légaux que celui-ci tient directement de sa qualité de représentant légal de la société à l'égard des tiers. La personne morale n'est donc pas personnellement titulaire de ces pouvoirs. Comment peut-elle, dès lors, donner à un tiers mandat de les exercer ? Les conséquences pénales de la délégation de pouvoirs confirment que le délégataire agit au nom du représentant légal et non au nom de la personne morale. La délégation de pouvoirs est en effet un moyen de s'exonérer de sa responsabilité pénale. Or, la responsabilité pénale dont il s'agit est celle du chef d'entreprise, c'est-à-dire celle de la personne physique organe. C'est bien dire que le délégant est la personne physique et non la personne morale ».*

¹⁵⁸⁸ V. G. DAUBLON, *La pérennité des procurations consenties par les représentants légaux d'une société*, *Deffrénois* 1981, n° 32695, p. 945 ; G. RIPERT et R. ROBOT, par M. GERMAIN et V. MAGNIER, *Traité de droit commercial, les sociétés commerciales*, op. cit., n° 1681 ; *Mémento pratique Francis Lefebvre Sociétés commerciales 2011*, n° 13540 ; N. FERRIER, *La délégation de pouvoir, technique d'organisation de l'entreprise*, op. cit., n° 137 et s. ; T. DALMASSO et A. BOURCEREAU, *Mandats de gestion et délégations de pouvoirs, une nécessaire distinction*, *JCP éd. E* 2010, 1590.

¹⁵⁸⁹ Th. DALMASSO et A. BOURCEREAU, *Mandats de gestion et délégations de pouvoirs, une nécessaire distinction*, préc., n° 22.

¹⁵⁹⁰ V. *supra* n° 52 s.

au nom de la société¹⁵⁹¹. Mais cet arrêt ne permet pas de savoir si la subdélégation était prévue ou non dans l'acte originaire de la délégation. Le constat semble différent à l'égard d'un arrêt du 3 juin 2009, où la Cour de cassation française affirme que la « *président du conseil d'administration (...) pouvait déclarer les créances ou déléguer ce pouvoir à un préposé avec faculté de subdélégation* »¹⁵⁹². Si cette faculté n'est pas envisagée, des incertitudes planent sur la subdélégation. Pour le professeur LEGROS, « *la délégation de pouvoir peut aussi comporter la faculté de subdéléguer. L'acte « final » ne sera valable que si la chaîne est régulière* »¹⁵⁹³. L'auteur laisse entrevoir que la subdélégation n'est pas de plein droit. Elle n'est possible que si l'acte originaire de la délégation en donne le pouvoir. Plus rigide en tirant ses observations d'un arrêt du 8 février 1983¹⁵⁹⁴, M. SEILLAN conditionne la subdélégation de pouvoirs à l'autorisation du dirigeant dans le titre de la délégation primaire¹⁵⁹⁵.

617. En général, il semble admis que la subdélégation est possible sauf si elle est interdite par l'acte originaire de la délégation¹⁵⁹⁶. Cela étant, les dirigeants sociaux se substituent de fait à l'organe des nominations pour instituer d'autres représentants de la société dont la chaîne peut être allongée à travers des subdélégations de pouvoirs, sauf stipulation contraire du contrat de délégation de pouvoirs. Cette substitution devient un moyen efficace pour augmenter le nombre des représentants des sociétés lorsque l'organe chargé des nominations rechigne délibérément à renforcer la direction par la nomination de dirigeants supplémentaires, ou est empêché d'y procéder à cause des ajournements continus de ses réunions ou de l'impossibilité pour ses membres à s'entendre sur le profil des futurs dirigeants. En vertu de leurs pouvoirs, les dirigeants procèdent ainsi à l'institution de représentants parallèles de la société sans avoir à obtenir l'accord de l'organe chargé des nominations¹⁵⁹⁷. L'organe chargé des nominations ne peut que prendre acte de ces sous-nominations. Même, lorsque les représentants parallèles déplaisent à l'organe chargé des nominations, il ne dispose d'aucun moyen de révocation à leur égard. C'est la neutralisation totale de l'organe des nominations à l'égard de ces membres du cabinet du dirigeant¹⁵⁹⁸.

¹⁵⁹¹ CCJA, arrêt n° 033/2007 du 22 nov. 2007, *Affaire 1° Compagnie des Transports Commerciaux dite COTRACOM ; 2° Aminata YOUSSEF c/ Banque Internationale de l'Afrique de l'Ouest – Côte d'Ivoire dite BIAO-CI*, *Recueil de Jurisprudence* n° - Juillet / Décembre 2007, p. 23 ; *Répertoire quinquennal OHADA 2006-2010*, t. 2, p. 764.

¹⁵⁹² Cass. com., 3 juin 2009, n° 08-13.355, Sté Diac c/ Varnajot, *JurisData* n° 2009-048526, *JCP éd. E*, n° 40, 2009, 1926, note H. HOVASSE ; *Rev. sociétés* 2010 p. 868, note J.-F. BARBIERI. – V. aussi, Cass. com., 14 févr. 1995, *Bull. civ. IV*, n° 43, arrêt n° 3 ; *JCP G* 1995, IV, 933. – Cass. com., 27 oct. 1998, *RJDA* 12/1998, n° 1387.

¹⁵⁹³ J.-P. LEGROS, *Efficacité de la délégation de pouvoirs consentie par un PDG avant la réforme de 2001*, *Dr. sociétés* n° 10, Octobre 2009, repère 9.

¹⁵⁹⁴ Cass. crim. 8 février 1983 (*affaire Mathy*), *Bull. crim.* n° 48 ; *D.* 1983.639, note H. SEILLAN.

¹⁵⁹⁵ H. SEILLAN, *La délégation de pouvoir en droit du travail*, *JCP*, éd. E., n° 10, 1985, 14428, n° 17.

¹⁵⁹⁶ En ce sens, A. LARCENA et A. ELINEAU, *Pratique des délégations de pouvoirs : règles et évolutions récentes de cet outil de répartition des pouvoirs et responsabilités*, préc., n° 8. – V. aussi, Cass. crim., 30 oct. 1996, n° 4682, cité par J.-F. BULLE, *Les délégations de pouvoirs*, *JCP éd. E*, n° 26, 1999, p. 1136.

¹⁵⁹⁷ Par ex. Cass. com., 3 juin 2009, n° 08-13.355, préc. Dans l'attendu final de cet arrêt, la Cour de cassation affirme que président du conseil d'administration, qui, en 1999, tenait de la loi le pouvoir de représenter la société et d'agir en son nom, pouvait déclarer les créances ou déléguer ce pouvoir à un préposé avec faculté de subdélégation, sans que soit requise une autorisation du conseil d'administration en ce sens.

¹⁵⁹⁸ A ce niveau, l'assemblée générale de la société anonyme à conseil d'administration est doublement neutralisée dans le choix des représentants de la société. D'une part, comme le relève le professeur GODON, les actionnaires sont neutralisés dans le choix des dirigeants de la société et du mode de direction de la société se traduisant par la dissociation ou non des fonctions du président du conseil d'administration de celles du directeur général : L. GODON, *Des actionnaires, des*

618. Cette neutralisation se traduit par l'impossibilité pour l'organe des nominations de contrôler les actes des représentants parallèles. Leur contrôle n'appartient qu'au délégué¹⁵⁹⁹. Aussi, toutes délibérations prises par l'organe des nominations pour mettre un terme à la fonction des représentants parallèles serait sans effet, car la révocation des pouvoirs délégués ne relève que de la prérogative du délégué. En outre, la sanction par l'organe des nominations de ces délégations de pouvoirs par la révocation du dirigeant en titre ne met pas un terme aux pouvoirs des représentants parallèles. La délégation de pouvoirs être permanente¹⁶⁰⁰ et survit à la cessation des fonctions du délégué¹⁶⁰¹, car il ne s'agit pas d'une délégation de signature qui cesse de plein droit avec le retrait du délégué de ses fonctions.

619. Au demeurant, la technique de la délégation relève de la prérogative exclusive du dirigeant qu'il peut exploiter pour constituer son cabinet en vue de remplir convenablement sa mission. Dans son projet d'augmentation des représentants parallèles de la société, le dirigeant cherchera à étendre les limites de la direction dont il a conscience.

2. L'extension des limites de la direction par la délégation de pouvoirs

620. Le dirigeant ne peut tout faire ni être partout en même temps. Le fonctionnement de la direction peut donc être confronté à deux limites majeures : les limites techniques du dirigeant et les empêchements du dirigeant à assurer en permanence ses fonctions. Ces limites peuvent être étendues grâce à la délégation de pouvoirs. Ainsi, la délégation permettra-t-elle au dirigeant de combler ses limites techniques (a) et de faire fonctionner la société en dépit de ses empêchements temporaire ou définitif (b).

a. L'extension des limites techniques du dirigeant

621. La libéralisation des critères de nomination des futurs dirigeants peut engendrer la désignation d'un dirigeant sans aucune compétence¹⁶⁰². Des dirigeants peuvent être nommés sans aucune compétence technique et ni qualification professionnelle. Or, l'exercice de la fonction de direction nécessiterait une certaine expertise

dirigeants et des salariés de sociétés anonymes, Mélanges Y. GUYON, Dalloz, 2003, p. 441, n° 11 et s. D'autre part, les actionnaires sont neutralisés dans le choix des représentants de la société dérivés de la délégation des pouvoirs de direction.
¹⁵⁹⁹ En ce sens, N. FERRIER, *La délégation de pouvoir, technique d'organisation de l'entreprise*, op. cit., n°s 338 et s.

¹⁶⁰⁰ Com., 17 janv. 2012, n° 10-24.811, *S¹^é Electricité de Mayotte (EDM) c/ S¹^é Star Mayotte*, Rev. sociétés 2012, p. 627, note V. THOMAS ; *Dr. sociétés* n° 5, Mai 2012, comm. 75, note R. MORTIER.

¹⁶⁰¹ Cass. com., 15 mars 2005, n° 03-13.032, *SA Sté générale c/ Moyrand, ès qual.*, *JurisData* n° 2005-027609 ; *D.* 2005, p. 957, note A. LIENHARD ; *JCP E* 2005, 1046, § 2, obs. J.-J. CAUSSAIN, Fl. DEBOISSY et G. WICKER ; *JCP éd. E* 2005, 1047, note H. HOVASSE ; *Dr. sociétés* n° 6, Juin 2005, comm. 119, note H. HOVASSE. Il se dégage de cet arrêt un principe selon lequel, « une société reste engagée par la délégation de pouvoirs faite par un président du conseil d'administration agissant au nom et pour le compte de la société, et non en son nom personnel à un préposé de celle-ci, malgré le changement de président du conseil d'administration, tant que cette délégation n'a pas été révoquée ». Dans le même sens, V. Cass. com., 4 févr. 1997, n° 94-20.681, *Pradeau c/ La Hélin*, *JurisData* n° 1997-000441 ; *Dr. sociétés* 1997, comm. 56, note Th. BONNEAU ; *Deffrénois* 1997, p. 663, note H. HOVASSE ; *JCP éd G*, 1997 I 4058, n° 5, obs. A. VIANDIER. – V. aussi, G. DAUBLON, *La pérennité des procurations consenties par les représentants légaux d'une société*, préc., p. 945 ; S. DE VENDEUIL, *La cessation des fonctions d'un dirigeant met-elle fin aux délégations qu'il a données ?*, *JCP éd. E*, n° 26, 1997, p. 248 ; J.-M. MOULIN et S. COLLIOT, *La vie des délégations de pouvoirs dans l'entreprise*, préc., p. 745.

¹⁶⁰² V. *supra* n° 546-549.

pour la conduite des affaires et les échanges avec les tiers. Pour ce faire, le dirigeant peut avoir recours à des compétences qui lui manquent en constituant son cabinet avec des cerveaux pouvant combler ses faiblesses. La délégation étant inutile lorsqu'elle est faite à un autre dirigeant¹⁶⁰³, les privilégiés dans son choix sont les salariés¹⁶⁰⁴ de la société, notamment les cadres¹⁶⁰⁵ de l'entreprise à qui le dirigeant pourra déléguer certains de ses pouvoirs pour qu'ils traitent avec les tiers sur certaines questions sensibles et techniques nécessitant un certain niveau de formation et une certaine expérience.

622. Ce faisant, le dirigeant peut constituer son cabinet avec des cadres en tenant compte de ses défaillances techniques personnelles. Selon, l'article L. 3111-2 du Code du travail français, « *sont considérés comme ayant la qualité de cadre dirigeant les cadres auxquels sont confiées des responsabilités dont l'importance implique une grande indépendance dans l'organisation de leur emploi du temps, qui sont habilités à prendre des décisions de façon largement autonome et qui perçoivent une rémunération se situant dans les niveaux les plus élevés des systèmes de rémunération pratiqués dans l'entreprise ou leur établissement* ». La Cour de cassation ne manque pas de rappeler que ces trois critères sont cumulatifs et permettent de qualifier ou non un salarié de cadre dirigeant¹⁶⁰⁶. En raison de leurs compétences généralement avérées dans un domaine particulier et, eu égard, à leur expérience professionnelle ayant justifié leur promotion au statut de cadres dirigeants, ceux-ci constituent un réservoir de matière grise où le dirigeant peut puiser les ressources humaines nécessaires pour constituer son cabinet. Il pourra donc déléguer des pouvoirs en fonction de l'activité de la société, notamment dans les domaines juridiques¹⁶⁰⁷, comptables, financiers, informatiques, antistatiques, maritimes, forestiers, ou encore dans les domaines de ressources humaines où les délégataires peuvent recruter ou licencier d'autres employés¹⁶⁰⁸. Ainsi, le dirigeant fera-t-il combler ses faiblesses techniques et professionnelles par des techniciens rompus et expérimentés. Ce renforcement de la direction est au crédit de la société, car il permet à la société de s'engager en toute connaissance de cause par des actes dont la teneur et les conséquences sont décryptées à

¹⁶⁰³ Cass. crim., 17 oct. 2000, *Bull. crim.* 2000, n° 300, *Juris-Data* n° 006846, *Dr. sociétés* n° 4, Avril 2001, comm. 64, note F.-X. LUCAS.

¹⁶⁰⁴ V. A. COEURET, *La délégation de pouvoirs*, in *Le pouvoir du chef d'entreprise* (sous dir. Jean PELLISSIER), Dalloz, 2002, p. 27.

¹⁶⁰⁵ Sur la notion de cadre, V. not. G. LYON-CAEN, *Les cadres*, *D.* 1961, chron., p. 111 ; P.-H. ANTONMATTEI, *Les cadres et les trente-cinq heures, de la règle de trois à la règle de quatre !*, *Dr. soc.* 2000, 159 ; F. BOUSEZ, *Vers une spécificité du contrat de travail des cadres*, *JCP éd. S* 2011, 1210 ; J.-F. CESARO, *Le statut des cadres à l'épreuve du principe d'égalité...*, *JCP éd. S* 2011, 1206 ; A. MARTINON, *Le forfait jours, du cadre au non-cadre, commentaire de l'article 95 de la loi PME du 2 août 2005*, *JCP éd. S* 2005, 1002 ; *La négociation catégorielle*, *JCP éd. S* 2011, 1207 ; P.-Y. VERKINDT, *Modestes variations sur la rémunération des cadres*, *JCP éd. S* 2011, 1209.

¹⁶⁰⁶ Cass. soc., 19 janv. 2012, *Liaisons soc.* 2012. – Cass. soc., 31 janv. 2012, pourvoi n° 10-24.412, arrêt n° 271, *JSL* 2012, p. 317, note M. HAUTEFORT.

¹⁶⁰⁷ Sur le rôle des juristes d'entreprises, V. N. DAVID, *La place des directions juridiques dans les entreprises en France*, *D. aff.* n° 26/1996, p. 791. V. aussi, Ph. LEGREZ, *Une nouvelle ambition : transformer les Directions Juridiques en « centres de profit »*, *JCP éd. E*, n° 42, 2012, 1621.

¹⁶⁰⁸ COEURET et DUQUESNE, *La délégation du pouvoir de licencier, dernières avancées jurisprudentielles*, *JCP éd. E*, 2011, 1397 ; S. SCHILLER, *L'arrêt de la chambre mixte du 18 novembre 2010 : fumée blanche ou fumée noire ?*, *Dr. sociétés* n° 1, Janvier 2011, étude 2 ; A. LARCENA et A. ELINEAU, *Pratique des délégations de pouvoirs : règles et évolutions récentes de cet outil de répartition des pouvoirs et responsabilités*, préc., n° 1 et s. – V. Cass. ch. mixte, 19 nov. 2010, n° 10-30.215, arrêt *Wirtpool*, *Droit des sociétés* n° 2, Février 2011, comm. 30, note D. GALLOIS-COCHET ; *JCP éd. E*, 2049, note COURET et DONDERO ; *Rev. sociétés* 2011, p. 34, note P. LE CANNU ; *JCP éd. S* 2010, 1512, note J.-M. ALBIOL et E. BOUCAYA ; *D.* 2010. 2770, obs. A. LIENHARD.

l'avance par les membres du cabinet du dirigeant.

623. En outre, le dirigeant peut-il jouer sur la fibre de la confiance indéfectible en faisant rentrer dans son cabinet les membres de sa famille ? A cette question la réponse semble négative, car les pouvoirs ne peuvent être délégués à un tiers à l'entreprise¹⁶⁰⁹, exclusion faite du travailleur temporaire¹⁶¹⁰. Mais lorsque le membre de la famille sert déjà la société en tant que salarié, l'obstacle disparaît. Ainsi, le dirigeant pourra-t-il déléguer à son conjoint¹⁶¹¹ déjà au service de l'entreprise, certains pouvoirs et ce, en fonction des compétences et expériences de ce dernier. Aussi, peuvent-ils bénéficier de la confiance du dirigeant en raison de la filiation, les descendants du dirigeant qui sont au service de l'entreprise¹⁶¹² et parmi lesquels il peut choisir les plus compétents ou expérimentés pour leur déléguer des pouvoirs en fonction de leur domaine de compétence et de l'activité de la société pour l'assister dans ses fonctions. La simplicité de la révocation des pouvoirs délégués¹⁶¹³ permet au dirigeant de mettre aisément un terme aux fonctions du représentant dérivé issu de sa famille, chaque fois qu'une crise familiale lui fera douter de la confiance à l'égard de son conjoint ou de ses descendants intégrés à son cabinet. Au cas où le dirigeant est empêché, la délégation de pouvoirs permet d'éviter un arrêt du fonctionnement de la direction.

b. L'extension des limites issues de l'empêchement du dirigeant

624. Généralement, le législateur prévoit un dispositif pour assurer la continuité des fonctions d'un organe lorsque son animateur est empêché. En effet, en cas d'empêchement du président-directeur général, le conseil d'administration peut déléguer un autre administrateur dans ses fonctions¹⁶¹⁴. S'agissant de l'administrateur général empêché, ses fonctions sont provisoirement exercées par un administrateur général adjoint, lorsqu'il a été nommé¹⁶¹⁵. A défaut, les fonctions d'administrateur général sont provisoirement exercées par toute personne que l'assemblée générale ordinaire des actionnaires jugera bon de désigner¹⁶¹⁶. Qu'en est-il du directeur général empêché, s'il n'a pas d'adjoint ? Ou encore du gérant empêché, s'il n'y pas de cogérant ? La délégation de pouvoirs constitue un instrument efficace pour empêcher la rupture du fonctionnement de la société pour cause d'empêchement du dirigeant.

625. L'empêchement du dirigeant peut être temporaire. L'empêchement temporaire peut résulter d'une

¹⁶⁰⁹ Cass. crim., 24 sept. 1998, *Bull. Joly Sociétés* 1999, § 102. La Haute Juridiction a affirmé que la délégation ne peut être donnée à un tiers. Ainsi, le dirigeant ne peut-il pas s'exonérer de sa responsabilité pour fraude fiscale en faisant valoir qu'il a délégué ses pouvoirs à un cabinet d'experts-comptables. Mais exceptionnellement la déclaration de créances peut se faire par l'intermédiaire d'un tiers qualifié de mandataire *ad litem* à condition qu'il fasse accompagner dans les délais la déclaration avec le pouvoir qui lui est délégué : V. Cass. com., 19 nov. 1996, *JCP éd. E*, n° 14, 1997, 932, note Ph. PETEL.

¹⁶¹⁰ Cass. soc., 2 mars 2011, n° 09-67.237 et n° 09-67.238, *SA Cerep c/ Mme D. et a.*, *JurisData* n° 2011-002616, *JCP éd. S*, n° 18, 2011, 1213, note H. GUYOT.

¹⁶¹¹ Sur le sujet, v. S. CASTAGNE, *Le conjoint du chef d'entreprise*, Litec, 2008.

¹⁶¹² Par ex., Cass. com., 29 sept. 2009, préc. Dans cet arrêt, le dirigeant a délégué des pouvoirs à sa fille, en sa qualité de secrétaire chargée de la gestion administrative. Le problème ne s'est posé qu'au regard de l'incapacité ou non du dirigeant.

¹⁶¹³ V. J.-F. BULLE, *Les délégations de pouvoirs*, préc., p. 1136.

¹⁶¹⁴ Art. 468 al. 1^{er} de l'AUSCGIE.

¹⁶¹⁵ Art. 508 al. 1^{er} de l'AUSCGIE.

¹⁶¹⁶ Art. 508 al. 2 de l'AUSCGIE.

indisponibilité du dirigeant due à une maladie¹⁶¹⁷, à un voyage, à un congé maternité s'il s'agit d'une femme, à un cumul de fonctions. Ces genres d'empêchement sont passagers et cesse dès que la cause disparaît. Mais le dirigeant ne saurait rester inerte face au blocage imminent du fonctionnement de la société qui proviendrait de ses empêchements. Pour pallier son empêchement, le dirigeant est tenu de déléguer ses pouvoirs à l'un de ses employés pour assurer la continuité des services de la société¹⁶¹⁸. Cette délégation peut permettre au dirigeant de faire exercer certaines obligations ou actions enfermées dans un délai ou de faire accomplir un acte conservatoire au bénéfice de la société. Au nombre de ses obligations enfermées dans un délai, figurent les recours en justice au nom de la société¹⁶¹⁹, afin de d'éviter la forclusion de sa demande. S'agissant d'actes conservatoires, le dirigeant peut, dans les délais impartis, faire déclarer par son délégataire, les créances sociales¹⁶²⁰ à la suite de l'ouverture d'une procédure collective contre son débiteur, au risque d'être forclos¹⁶²¹. De même, lorsque la société est poursuivie en justice, le dirigeant délègue des pouvoirs pour la faire représenter¹⁶²². L'empêchement devient juridique lorsque la loi impose, pour la suite de la procédure, l'intervention d'un avocat pour représenter le justiciable devant la Cour de cassation¹⁶²³.

626. L'empêchement du dirigeant peut être définitif. C'est lorsque le dirigeant démissionne ou est décédé¹⁶²⁴.

¹⁶¹⁷ Par ex. Cass. crim., 7 juin 2006, pourvoi n° 05-86.804, arrêt n° 3301, *JSL* 2006, p. 196, note N. R. En l'espèce, les juges du fond avaient relaxé le dirigeant en fondant leur décision sur le fait qu'au moment de l'hospitalisation du dirigeant, l'entreprise avait poursuivi ses activités sans que personne n'ait ressenti la nécessité de le remplacer temporairement et qu'une délégation de responsabilité avait été de fait accordée aux cadres de l'entreprise. Cette décision a été cassée par la Chambre criminelle de la Cour de cassation qui rappelle tout d'abord qu'en vertu de l'article L. 263-2 du Code du travail, il appartient au chef d'entreprise de veiller personnellement à la stricte et constante exécution des dispositions édictées par le Code du travail ou les règlements pris pour son application en vue d'assurer l'hygiène et la sécurité des travailleurs. Les Hauts Magistrats rappellent également le principe selon lequel « *les juges ne peuvent exonérer le chef d'entreprise de toute responsabilité pénale que s'il est expressément constaté au préalable que celui-ci avait délégué ses pouvoirs à un préposé investi par lui, et pourvu de la compétence, de l'autorité et des moyens nécessaires pour veiller efficacement au respect des dispositions en vigueur* ». La Cour Suprême reproche, en l'espèce, aux juges d'avoir prononcé la relaxe « *sans constater que le chef d'entreprise avait délégué la direction du chantier à un préposé dans des conditions de nature à le décharger de sa propre responsabilité* ».

¹⁶¹⁸ Ph. D'HARCOURT, *De la possibilité de déléguer à l'obligation de déléguer, au regard de la faute inexcusable de l'employeur*, *JCP éd. E*, n° 48, 1994, act. 100257.

¹⁶¹⁹ V. E. SAVAUX, *La personnalité morale en procédure civile*, *RTD civ.* 1995, p. 1 et s. ; Ch. ATIAS, *L'action en justice du prétendu représentant d'une personne morale*, *D.* 2003, p. 1582 ; *L'étrange position procédurale de la personne morale en cas de défaut de pouvoir de son représentant*, *D.* 2008, p. 2241 ; *La raison d'être des autorisations d'agir en justice au nom d'une personne morale*, *D.* 2011, p. 701 ; N. GERBAY, *Comment déléguer le pouvoir d'agir en justice ?*, *Rev. Lamy dr. aff.* 2012, p. 72.

¹⁶²⁰ Cass. com., 3 juin 2009, préc. – V. aussi, M. J. CAMPANA et J. M. CALENDINI, *La déclaration de créance effectuée par un préposé du créancier*, *JCP* 1993, éd. E, I, 230 ; P. LE CANNU, *Les précisions apportées par le droit des procédures collectives au régime de la délégation de pouvoir dans une société*, *Bull. Joly Sociétés*, 1997, § 243, p. 628 ; J.-P. RÉMERY, *La déclaration des créances - Délégation de pouvoirs et mandat*, *JCP éd. E*, n° 9, 1999, p. 406 ; J.-P. LEGROS, *L'auteur de la déclaration de créances d'une société étrangère*, *Dr. sociétés* n° 5, Mai 2010, comm. 101.

¹⁶²¹ Par ex., Cass. com., 19 nov. 1996, *JCP éd. E*, n° 14, 1997, 932, note Ph. PÉTEL.

¹⁶²² Crim., 9 déc. 1997. *M. Lion, ès-qualité*, *Rev. sociétés* 1998 p. 397, note B. BOULOC.

¹⁶²³ V. J. BORÉ, *La fonction d'avocat auprès des cours suprêmes*, *D.* 1989, chron. 159. L'auteur relèvait ceci : « *le justiciable qui veut plaider devant le Conseil d'Etat ou la Cour suprême doit donc pouvoir choisir facilement – sur un tableau spécial – un avocat compétent, indépendant, capable de lui donner un avis éclairé et objectif sur le recours qu'il envisage de former, et capable de faire juger l'affaire dans un délai (...) raisonnable* ». V. aussi, PERDRIAU, *Sanction du non-accomplissement des diligences demandées par la Cour de cassation*, *JCP éd. G*, n° 20, 2001, I, 320, p. 991.

¹⁶²⁴ J.-M. MOULIN et S. COLLIOT, *La vie des délégations de pouvoirs dans l'entreprise*, préc., p. 747.

L'imprévisibilité du décès peut faire confronter la société à un arrêt brutal de son fonctionnement¹⁶²⁵. Mais lorsque le décès a été la suite d'une longue maladie, le dirigeant peut prendre des précautions en déléguant ses pouvoirs à l'un de ses employés. De même, il convient pour le dirigeant de déléguer certains de ses pouvoirs avant sa démission. Cette hypothèse est moins envisageable lorsque la démission est forcée ou lorsque la société a pris le soin de désigner un autre dirigeant à la place du dirigeant démissionnaire.

627. En déléguant ses pouvoirs, le dirigeant fait fonctionner la société en dépit de ses empêchements. Cette délégation de pouvoirs peut, dans certains cas, lui permettre de reporter la responsabilité pénale sur le délégataire.

B. Une technique pour exonérer la responsabilité du dirigeant

628. Par principe, les dirigeants encourent des sanctions lorsqu'ils commettent des fautes civiles ou pénales à l'occasion de leurs fonctions¹⁶²⁶. Ces sanctions constituent la rigidité passive du statut des dirigeants dans l'exercice de la direction sociale. Elles ne sauraient faire l'objet d'un aménagement contractuel et s'applique lorsque les conditions sont réunies. Mais cette conception de la responsabilité des dirigeants ne résiste pas toujours à l'épreuve de la délégation de pouvoirs. Par la matérialisation d'une délégation de pouvoir, le dirigeant peut défier la rigidité de son statut. Il peut se mettre à l'abri des sanctions en dépit de fautes imputables à la direction. La responsabilité peut être reportée sur un membre de son cabinet qui a été l'auteur de la faute reprochée à la direction. Ce report n'est efficace qu'en cas de la responsabilité pénale. Par contre, la délégation de pouvoirs, ne permettra pas au dirigeant de s'exonérer de sa responsabilité civile¹⁶²⁷. Cette inefficacité de la délégation de pouvoirs dans l'exonération de la responsabilité civile du dirigeant nous conduit à n'envisager l'exonération de sa responsabilité que dans le cadre de la responsabilité pénale¹⁶²⁸. Cette exonération n'est effective (2) que dans des domaines bien précis (1).

1. Le domaine de l'exonération

629. L'exonération de la responsabilité pénale du dirigeant par la délégation de pouvoir a un domaine précis (a) et n'est admise qu'à certaines conditions (b).

¹⁶²⁵ Pour certaines mesures à prendre en dehors de la délégation de pouvoirs pour prévenir les risques liés au décès du chef d'entreprise, V. P. CENAC et M. CLERMON, *Le « package successoral » du chef d'entreprise*, Cahiers de droit de l'entreprise n° 3, Mai 2008, 30.

¹⁶²⁶ V. *supra* n° 305 s.

¹⁶²⁷ Ch. CORDIER-VASSEUR et Ch. CASSAVETTI, *De la responsabilité civile des dirigeants*, préc., p. 656.

¹⁶²⁸ Il faut relever que la délégation de pouvoirs pose plus de problèmes au sujet de la responsabilité pénale qu'à l'égard de la responsabilité civile. Pour la responsabilité civile, le délégataire de pouvoir n'étant pas un dirigeant en titre, il ne peut être poursuivi par une action sociale. Seule des actions individuelles sont possibles par le recours au droit commun de la responsabilité pour poursuivre le délégataire pour des préjudices qu'il a pu faire subir à la société, aux associés ou aux tiers, en dehors de ses pouvoirs. Par exemple, dans un arrêt du 14 décembre 2001, la Cour de cassation a retenu la responsabilité civile d'un préposé au motif « *le préposé condamné pénalement pour avoir intentionnellement commis, fût-ce sur l'ordre du commettant, une infraction ayant porté préjudice à un tiers, engage sa responsabilité civile à l'égard de celui-ci* » : Cass. ass. plén., 14 déc. 2001, *JCP éd. E*, n° 6, 7 2002, 275, note C. BRIÈRE. C'est aussi le cas dans un arrêt 28 mars 2006, où elle affirme que « *le préposé, titulaire d'une délégation de pouvoir, auteur d'une faute qualifiée aux sens de l'article 121-3 du Code pénal, engage sa responsabilité civile à l'égard du tiers victime de l'infraction, celle-ci fût-elle commise dans l'exercice de ses fonctions* » : Cass. crim., 28 mars 2006, n° 05-82.975, Étienne R., *Juris-Data* n° 2006-033184, *JCP éd. G*, n° 47, 2006, II 10188, note J. MOULY.

a. Le domaine quant aux infractions

630. Le report de la responsabilité pénale se limitait au domaine des infractions ayant pour objet la protection de la sécurité et de la santé de la personne. Il en est ainsi de l'obligation pour le dirigeant de se conformer aux règles d'hygiène, de sécurité et de conditions de travail dans l'entreprise¹⁶²⁹. Lorsque les pouvoirs sont délégués dans ce domaine selon les conditions requises¹⁶³⁰, le non-respect des règles par le délégataire n'engage pas le dirigeant délégant. En d'autres termes, la preuve de l'existence d'une telle délégation de pouvoir ne permet au dirigeant social d'échapper à sa responsabilité pénale que dans les domaines relevant pour l'essentiel des infractions dont l'objet est la protection de la santé et de la sécurité des personnes. Lorsque l'infraction est commise en dehors de ce domaine, la délégation de pouvoirs demeurerait inefficace pour exonérer le dirigeant de sa responsabilité.

631. Déjà dans un arrêt dans un 11 mars 1991¹⁶³¹, l'infraction avait été commise dans le domaine des infractions économiques, plus précisément dans le cadre de la fixation des prix. Le dirigeant avait allégué la délégation de pouvoir faite à son directeur commercial ayant commis l'infraction, pour se faire exonérer sa responsabilité. Mais la Cour de cassation affirme que « ...s'il est vrai que l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence, qui fixe les conditions de constatation, de poursuites et de répression des infractions à la loi du 2 juillet 1963, n'édicte aucune présomption de responsabilité contre le dirigeant de l'entreprise où les pratiques illicites sont constatées, ce dernier ne saurait s'exonérer en invoquant une délégation de pouvoirs dès lors que, comme en l'espèce, les faits incriminés relèvent des fonctions de direction qu'il assume personnellement ». Très clairement, la Cour de cassation exclut toute possibilité pour le dirigeant de s'exonérer de sa responsabilité pénale dans le domaine d'une infraction ne visant pas la protection de la santé ou de la sécurité des personnes. Cette décision a été critiquée par l'un de ses commentateurs qui fait observer que « lorsqu'il s'agit de l'établissement des prix de revente ou de la politique commerciale face à la concurrence, on ne voit pas pourquoi le président ne pourrait pas valablement déléguer à un chef de service doté de la compétence, de l'autorité et des moyens nécessaires, des attributions qui seraient les siennes dans une entreprise modeste. Car la délégation ne met pas alors à néant les attributions dévolues par la loi au président, et tient compte de la nécessaire division des activités »¹⁶³². La Cour de cassation n'a fait qu'étendre le domaine des exclusions, puisqu'elle l'avait déjà admise dans les domaines destinées à assurer l'exacte information des actionnaires et du public¹⁶³³.

632. Plus tard, dans un arrêt du 13 octobre 2010¹⁶³⁴, la Cour de cassation a eu à adopter la même position mais dans le cadre d'une infraction au code de la route. Elle a cassé un arrêt d'appel qui avait retenu la responsabilité pénale

¹⁶²⁹ V. J.-H. ROBERT, note sous Cass. crim., R., 2 fév. 1993, *JCP éd. E*, n° 27, 1993, act. 847.

¹⁶³⁰ V. *infra* n° 635 s.

¹⁶³¹ Crim., 11 mars 1991, *Payraudeau, Exmelin et Société Nantes Nord Distribution*, *Rev. sociétés* 1991, p. 565, note B. BOULOC.

¹⁶³² B. BOULOC, note sous Crim., 11 mars 1991, préc.

¹⁶³³ Crim. 15 mai 1974, *Bull. crim.* n° 176, *Rev. sociétés* 1974, p. 752, note B. BOULOC. – V. aussi, J.-H. ROBERT, « *Qui répond de l'inobservation de règles de publicité et d'information imposées aux sociétés anonyme ?* », *D.* 1976, chron. 171.

¹⁶³⁴ Cass. crim., 13 oct. 2010, n° 10-81.575, *JurisData* n° 2010-020759, *Droit des sociétés* n° 2, Février 2011, comm. 40, note R. SALOMON ; *Dr. pén.* n° 1, Janvier 2011, comm. 7, note J.-H. ROBERT.

du délégataire de pouvoir au motif qu'il a méconnu le sens et la portée des articles L. 121-2 et L. 121-3 du Code de la route. La Haute juridiction n'a pas contesté la validité de la délégation de pouvoir. Elle a relativisé la portée de ces arrêts antérieurs rendus le 11 mars 1993¹⁶³⁵ où elle semblait généraliser la valeur exonératoire de la délégation de pouvoirs à toutes les infractions. En raison de la nécessité d'une interprétation de la loi pénale, et de la désignation par, les articles L. 121-2 et L. 121-3 du Code de la route, du représentant légal comme seul responsable pour l'établissement d'un certificat d'immatriculation d'un véhicule verbalisé pour excès de vitesse, la responsabilité ne saurait être reportée sur une autre personne. Aussi, l'infraction commise est-elle étrangère au domaine des infractions ayant pour objet la protection de la santé et de la sécurité des personnes, seul domaine où la délégation de pouvoir joue une fonction exonératoire. Cette extranéité permet d'exclure les infractions concernant les examens médicaux à l'embauchage¹⁶³⁶, ainsi que les infractions d'homicide ou de blessures par imprudence¹⁶³⁷. Apparemment, l'exonération de la responsabilité pénale du dirigeant par la délégation de pouvoir demeure privilégiée dans le domaine des infractions aux règles d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail¹⁶³⁸. Car c'est le cadre où les sanctions pénales sont supportées non par la personne morale mais par son représentant et qu'il faille créer un régime dérogatoire en faveur de celui-ci.

633. Cette restriction du domaine de l'exonération n'est pas partagée par une partie de la doctrine. Dans une perspective optimiste, d'aucuns sont favorables à l'extention de l'exonération à d'autres domaines¹⁶³⁹. En partant d'un autre arrêt rendu le 11 mars 1993 ayant laissé une ouverture à d'éventuelle exonérations sous réserve de permission légale, le professeur FERRIER a pu démontrer que l'exonération n'est pas réservée exclusivement au domaine des infractions aux règles d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail. Il a pu relever que l'exonération était aussi possible dans d'autres domaines notamment le domaine de pollution, d'infraction à la réglementation routière¹⁶⁴⁰, du défaut d'installation de contrôlogue et du défaut de copie de l'horaire de travail, d'infractions en matière d'emploi étranger et d'infractions à la tenue des registres spéciaux destinés à l'inspection du travail¹⁶⁴¹. En effet selon lui, « l'exclusion d'un aspect de la réglementation applicable à l'entreprise du domaine d'efficacité de la délégation de pouvoir en droit pénal doit être expresse et ne peut résulter de la désignation d'un

¹⁶³⁵ Crim. 11 mars 1993, cinq arrêts, *Bull. crim.* n° 112 ; *RSC* 1994. 101, obs. B. BOULOC ; *Bull. Joly Sociétés* 1993, p. 666, note M.-E. CARTIER ; *JCP éd. E* 1993. I. 270, obs. J. DEVEZE.

¹⁶³⁶ Cass. crim. 4 janv. 1983, *D.* 1983, II. 256, note H. SEILLAN.

¹⁶³⁷ A. CHAVANNES et M.-Cl. FAYARD, *Les délits d'imprudence*, *RSC* 1975, p. 11 s.

¹⁶³⁸ Sur ce sujet, v. Y. REINHARD, *La loi du 6 décembre 1976 et la responsabilité des infractions aux règles relatives à l'hygiène et à la sécurité du travail*, *RSC* 1978, p. 257, spéc. p. 278 ; A. COEURET, *La responsabilité en droit pénal du travail : continuité et rupture*, *RSC* 1992, p. 475. En ce sens ; H. SEILLAN, *La délégation de pouvoir en droit du travail*, préc., p. 14428 ; M. DELMAS-MARTY, *Le droit pénal, l'individu et l'entreprise : culpabilité « du fait d'autrui » ou du « décideur » ?*, *JCP éd. E*, n° 39, 1985, 14539 ; C. PUIGELIER, *La délégation de pouvoirs en matière d'accidents du travail*, *JCP éd. E*, n° 40, 1993, 283 ; M. GIACOPELLI-MORI, *La délégation de pouvoirs en matière de responsabilité pénale du chef d'entreprise*, *RSC* 2000, p. 525 ; J.-F. CESARO, *Les sanctions pénales de l'insécurité*, *Dr. sociétés* 2007, p. 729 ; A. COEURET, *Le droit pénal du travail depuis la recodification du Code du travail*, *Semaine sociale Lamy* 2010, suppl. n° 1472, p. 75.

¹⁶³⁹ En ce sens, F. DOUCHEZ, B. DE LAMY et M. SEGONDS, *La délégation de pouvoirs du chef d'entreprise : principes et actualité*, *Dr. pén.* n° 4, Avril 2010, dossier 6, n° 5.

¹⁶⁴⁰ N. FERRIER, *La délégation de pouvoir, technique d'organisation de l'entreprise*, *op. cit.*, p. 418, n° 290.

¹⁶⁴¹ *Ibid.*, p. 420, n° 91.

responsable déterminé »¹⁶⁴². MM. DOUCHEZ, DE LAMY et SEGONDS relèvent de leur part qu'une généralisation de l'exonération semble acquise notamment dans les domaines des infractions économiques, comptables ou fiscales, tout relativisant leur optimisme au regard de l'obstacle majeur de l'extension qui réside dans les mesures ressortissant au pouvoir propre de direction¹⁶⁴³.

634. Dès lors, il semble que l'apanage de l'exonération par un domaine réservé semble relever de l'utopie. L'exonération de la responsabilité est possible en dehors du domaine des infractions ayant pour objet la protection de la sécurité et de la santé de la personne. Une fois que certaines conditions sont réunies, le dirigeant social ayant délégué ses pouvoirs peut prétendre à une immunité pénale contre des fautes commises par le délégataire.

b. Le domaine quant aux conditions

635. L'exonération de la responsabilité n'est pas automatique. Elle relève d'une appréciation souveraine des juges du fond¹⁶⁴⁴. En matière pénale, la délégation de pouvoir est analysée comme un fait juridique¹⁶⁴⁵ et, à ce titre, peut être prouvée par tous moyens¹⁶⁴⁶. Peu importe qu'elle émane d'un écrit¹⁶⁴⁷. Certaines conditions minimales semblent exigées pour que la délégation de pouvoir exonère le dirigeant de sa responsabilité¹⁶⁴⁸. La délégation de pouvoir suppose donc que, dans l'intérêt de la personne morale, le délégataire présente les mêmes garanties que le délégant. Il doit jouir de la même autorité et de la même compétence. Il doit aussi disposer des moyens financiers et humains nécessaires à la mise en œuvre des décisions qu'il sera conduit à prendre¹⁶⁴⁹. Cette triple condition de compétence, d'autorité et de moyens nécessaires est constamment exigée par la jurisprudence¹⁶⁵⁰.

Mais, en adoptant la motivation des juges de première instance, la Cour de cassation ajoute parfois à ces conditions, la capacité de décision¹⁶⁵¹ ainsi que l'âge et l'expérience du délégataire¹⁶⁵². La condition d'âge et

¹⁶⁴² *Ibid.*, p. 420, n° 91.

¹⁶⁴³ F. DOUCHEZ, B. DE LAMY et M. SEGONDS, *La délégation de pouvoirs du chef d'entreprise : principes et actualité*, préc., n° 5.

¹⁶⁴⁴ V. Crim. 23 mai 2007, n° 06-87.590, *Bull. crim.* n° 138 ; RSC 2008. 615, obs. H. MATSOPOULOU ; RTD com. 2008. 198, obs. B. BOULOC ; AJ pénal 2007. 380 ; Crim. 13 oct. 2009, n° 09-80.857, *Dr. pén.* 2009, comm. n° 154, note M. VERON ; JCP G 2010, 152, note J.-H. ROBERT ; *Rev. sociétés* 2010. 53, note H. MATSOPOULOU.

¹⁶⁴⁵ J.-H. ROBERT, note Cass. crim., 20 juill. 2011, n° 10-87.348, *JurisData* n° 2011-014798, *Dr. pén.* n° 10, Octobre 2011, comm. 124.

¹⁶⁴⁶ J. PATARIN, *Le particularisme de la théorie des preuves en droit pénal*, in *Quelques aspects de l'autonomie du droit pénal*, sous dir. G. STEFANI, Dalloz, 1956, p. 62.

¹⁶⁴⁷ Cass. soc., 23 nov. 2011, n° 10-20.288, *Sté Renault c/ Orcel*, *JurisData* n° 2011-026919. – Cass. soc., 23 nov. 2011, n° 11-10.100, *Sté Arthur Straight c/ Lecsei*, *JurisData* n° 2011-031274. – Cass. soc., 8 nov. 2011, n° 10-30.088, *Sté Lehwood Montparnasse c/ Levy Renssen*, *JurisData* n° 2011-031273, *Dr. sociétés* n° 3, Mars 2012, comm. 48, note D. GALLOIS-COCHET.

¹⁶⁴⁸ F. DOUCHEZ, B. DE LAMY et M. SEGONDS, *La délégation de pouvoirs : principes et actualité*, préc., n° 11 et 12. - E. DREYER, *Les pouvoirs délégués afin d'exonérer pénalement le chef d'entreprise*, D. 2004, p. 937.

¹⁶⁴⁹ M. GIACOPELLI-MORI, *La délégation de pouvoirs en matière de responsabilité pénale du chef d'entreprise*, préc., 525.

¹⁶⁵⁰ V. Cass. crim., 7 déc. 1981, *Bull. crim.* 1981, n° 325. – Cass. crim., 11 mars 1993, *Bull. Joly Sociétés* 1993, § 183, note M.-E. CARTIER.

¹⁶⁵¹ V. H. SEILLAN, *La délégation de pouvoir en droit du travail*, préc., n°s 42-45.

¹⁶⁵² Cass. crim., 8 déc. 2009, n° 09-82.183, *JurisData* n° 2009-050887, JCP éd. E, n° 16, 2010, 1380, note F. MARMOZ ; *Rev. sociétés* 2010, p. 332, note H. MATSOPOULOU ; *Bull. Joly Sociétés* 2010, p. 581, n° 120, note N. FERRIER. La Cour de cassation, au gré des espèces, est venue progressivement préciser les contours de la notion de délégation de pouvoirs, en affirmant que le chef d'entreprise « ne peut être exonéré de sa responsabilité que s'il démontre que l'infraction

d'expérience fut vivement critiquée par la doctrine. Pour M. MARMOZ, l'« autorité est étrangère à toute idée de charisme ou de respectabilité. L'autorité dont il est question est indifférente à l'âge ou à l'ancienneté. Il ne viendrait à l'esprit de personne de poser des conditions d'âge ou d'expérience professionnelle au délégant ; il n'est donc pas plus légitime de laisser supposer que l'on en exige du délégataire »¹⁶⁵³. Le professeur MATSOPOULOU trouve que « le jeune âge et le peu d'ancienneté du délégué ne devraient pas être des critères déterminants permettant d'apprécier la validité d'une délégation de pouvoirs. C'est qu'en effet, dans certains cas, il arrive qu'une personne diplômée d'une Grande Ecole soit recrutée à la direction générale d'une société et, quelques jours plus tard, une délégation de pouvoirs lui soit confiée. Malgré son jeune âge, une telle personne peut disposer des aptitudes suffisantes pour remplir la mission du délégué et avoir sous son autorité une équipe dont certains membres pourraient être forcément plus âgés et avoir beaucoup plus d'ancienneté dans l'entreprise »¹⁶⁵⁴.

636. Mais en réalité, la validité de la délégation n'est acquise que lorsqu'à l'issue de la vérification de la réunion de ces conditions au regard de la titularité des pouvoirs délégués et du comportement du délégant, il n'est pas apparu que le dirigeant n'a artificiellement eu recours à la délégation de pouvoir que pour s'assurer une irresponsabilité. En effet, l'autorité doit être transmise à titre exclusif à un préposé déterminé, car un cumul de délégations à raison d'une même tâche est de nature à restreindre l'autorité et à entraver les initiatives de chacun des prétendus délégataires¹⁶⁵⁵. La double titularité d'un même pouvoir délégué empêche la condition d'autorité de se consolider. Aussi, lorsque le dirigeant s'immisce dans la mission déléguée ou participe à la réalisation de l'infraction, sa responsabilité ne saurait-elle être exonérée¹⁶⁵⁶, car son comportement traduit une absence de délégation de l'autorité.

637. Au demeurant, lorsque les conditions ne sont pas remises en causes par le cumul de délégations et l'immixtion du délégant dans l'exercice de ses pouvoirs délégués, le report de la responsabilité devient effectif.

2. L'effectivité de l'exonération

638. La délégation de pouvoirs est un mode d'exonération de la responsabilité pénale par voie de transfert de celle-ci. Le délégataire répond seul des infractions entrant dans le cadre de sa délégation¹⁶⁵⁷. Au fond, la délégation de pouvoirs n'est pas un fait justificatif faisant disparaître le caractère punissable des faits. Elle est un mécanisme opérant un déplacement de la responsabilité pénale : en agissant sur le lien d'imputation, une

a été commise dans un service dont il a confié la direction ou la surveillance à un préposé désigné par lui et pourvu de la compétence et de l'autorité nécessaires pour veiller efficacement à l'observation des dispositions en vigueur ».

¹⁶⁵³ F. MARMOZ, note sous Cass. crim., 8 déc. 2009, préc.

¹⁶⁵⁴ H. MATSOPOULOU,

¹⁶⁵⁵ Cass. crim. 6 juin 1989, *Bull. crim. n. 243* ; arrêt cité aussi par N. R., *JSL* 2006, p. 196. – Cass. crim., 23 nov. 2004, n° 04-81.601, *Rev. Lamy dr. aff.* 2005, p. 80.

¹⁶⁵⁶ V. Cass. crim. 21 fév. 1968 : *Bull. crim. n. 57* ; 9 fév. 1993 : *Dr. pén. 1993, comm. n. 140*. – Cass. crim., 20 mai 2003, n° 02-84.307, *JCP éd. E* 2003, 1013 ; *Bull. crim.* 2003, n° 101. – Cass. crim., 9 nov. 2010, n° 10-81.074, *JurisData* n° 2010-022618, *Dr. pén.* n° 3, Mars 2011, comm. 39, J.-H. ROBERT.

¹⁶⁵⁷ P. MORVAN, *Délégations de pouvoirs en matière pénale dans la société anonyme à directoire*, *JCP éd. E*, n° 44, 2008, 2337, n° 17. – V. aussi, C. MASCALA, *La délégation : cause d'exonération de la responsabilité pénale des dirigeants*, *Bull. Joly Sociétés* 1998, § 38, p. 93 ; A. LARCENA et A. ELINEAU, *Pratique des délégations de pouvoirs : règles et évolutions récentes de cet outil de répartition des pouvoirs et responsabilités*, *Dr. sociétés* n° 2, Février 2012, étude 4.

délégation de pouvoirs substituée à la responsabilité du chef d'entreprise, celle du délégataire¹⁶⁵⁸. Dans un arrêt du 26 mai 1994, l'exonération de la responsabilité pénale du dirigeant a été admise sans réserve une fois que la triple condition de compétence, d'autorité et de moyens nécessaires est réunie¹⁶⁵⁹. La Cour de cassation ne manque pas de réformer les arrêts d'appel qui ne reconnaissent pas à la délégation de pouvoirs sa valeur exonératoire¹⁶⁶⁰ dès lors que les conditions sont remplies.

639. Pour invoquer une délégation de pouvoir, il suffit donc que le prévenu en fasse état devant le juge d'instruction ou le tribunal, sans qu'aucune formalité particulière ne soit requise¹⁶⁶¹. Le demandeur au procès doit établir la participation de la personne poursuivie à l'infraction. C'est donc au Ministère public et à la partie civile de prouver la culpabilité du prévenu. Mais si celui-ci invoque une délégation de pouvoirs comme moyen de défense, c'est alors à lui d'en établir la réalité¹⁶⁶². Il doit établir que, au moment où cette infraction était réalisée, il ne disposait plus des prérogatives qui auraient permis de l'empêcher¹⁶⁶³. Il n'appartient pas au juge de s'enquérir de l'existence ou non d'une délégation de pouvoirs¹⁶⁶⁴. Il ne peut donc porter ses investigations dans cette direction s'il n'y a pas été invité par le prévenu à qui elle doit profiter¹⁶⁶⁵. En revanche, c'est au prévenu qu'il revient d'apporter les preuves. La preuve n'est subordonnée à aucune condition de forme particulière. C'est le régime de la liberté des preuves qui prévaut : étant donné que la délégation de pouvoir est un fait juridique. Le juge du fond est libre d'apprécier chacun des éléments qui lui sont soumis. A la liberté des procédés de preuve qui est offerte au prévenu, il y a un corollaire, la liberté d'appréciation du juge. C'est la règle de l'intime conviction du juge qui s'applique, permettant ainsi aux juridictions du fond d'être seuls juges de leur décision sous réserve toutefois d'une bonne motivation¹⁶⁶⁶. La réunion de toutes conditions favorise la relaxe du délégant et la condamnation du délégataire.

640. Au reste, l'exonération de la responsabilité pénale du chef de l'entreprise par la délégation de pouvoir est une réalité particulièrement surprenante. Car, comme l'a relevé un auteur « *il est bien difficile de s'accommoder de cette situation alors que le droit pénal est fondé sur la loi et sur son interprétation stricte* »¹⁶⁶⁷. La jurisprudence a réussi à infléchir le droit pénal dont les applications sont strictes, en consacrant l'exonération de la responsabilité pénale alors que ce dispositif n'est pas légalement prévu. Par ricochet, le statut des dirigeants se trouvent assoupli au regard de l'exonération de la responsabilité pénale des dirigeants. En marge de la délégation de pouvoirs, la direction peut aussi être organisée, dans la perspective de son renforcement par convention de direction.

¹⁶⁵⁸ F. DOUCHEZ, B. DE LAMY et M. SEGONDS, *La délégation de pouvoirs du chef d'entreprise : principes et actualité*, préc., n° 2.

¹⁶⁵⁹ Crim., 26 mai 1994. *André Ober*, *Rev. sociétés* 1995, p. 94, note B. BOULOC.

¹⁶⁶⁰ Cass. crim., 29 avril 1998, *JCP éd. E*, n° 3, 1999, p. 130, note I. DENIS-CHAUBET.

¹⁶⁶¹ H. SEILLAN *La délégation de pouvoirs en droit du travail*, préc., n° 57.

¹⁶⁶² *Ibid.*, n° 60.

¹⁶⁶³ E. DREYER, *Les pouvoirs délégués afin d'exonérer pénalement le chef d'entreprise*, préc., p. 937.

¹⁶⁶⁴ Cass. crim. 26 juin 1952, *Bull. crim.* n° 168.

¹⁶⁶⁵ H. SEILLAN, *La délégation de pouvoirs en droit du travail*, préc., n° 49.

¹⁶⁶⁶ *Ibid.*, n° 65.

¹⁶⁶⁷ A. GALLOIS, *Entreprise et responsabilité pénale : pour une clarification des règles applicables*, *Dr. sociétés* n° 1, Janvier 2010, alerte 1.

§ 2. Le renforcement par convention de direction

641. La délégation de pouvoirs n'est pas la seule technique d'organisation d'une entreprise en général et, le fonctionnement d'une direction sociale en particulier. La convention de direction en constitue également une. Non prévue par le Code civil, la convention de direction est un contrat innomé. Son absence de prévision légale la prive d'une définition légale. Cela étant, il nous convient de délimiter la notion de convention de direction (A) avant d'envisager ses applications au service du renforcement de la direction sociale (B).

A. Notion de convention de direction

642. Comme sa dénomination l'indique, la convention de direction apparaît comme un acte juridique ayant pour objet l'exercice d'une fonction de direction. Cette définition large comporte un risque de confusion de la convention de gestion avec certains actes juridiques voisins (1). Mais la détermination de la particularité de la convention passe par une dissipation de ces confusions (2).

1. La conception large de la convention de direction

643. A ce stade préliminaire, il importe d'ores et déjà d'exclure toute confusion de la convention de direction avec la convention de gestion ayant fait l'objet d'une étude¹⁶⁶⁸ où l'auteur a exclu toute confusion de la notion de gestion avec celle de direction en estimant que les deux notions sont opposées¹⁶⁶⁹. L'auteur définit le contrat de gestion comme « un contrat par lequel une personne confie à une autre un bien ou une activité afin qu'elle en assure la gestion pour son compte »¹⁶⁷⁰. Appréhendé de la sorte, le contrat de gestion n'a aucun lien avec la convention de direction et ne saurait figurer parmi ses notions voisines. En revanche, lorsqu'elle est prise dans une acception large, la convention de direction pourrait englober tout acte ayant un rapport avec la direction sociale.

644. A cet effet, le professeur DOM avait qualifié de convention de direction un engagement d'un cessionnaire de contrôle à confier au cédant un mandat de direction¹⁶⁷¹. Plus tard, il relève que les conventions de direction prennent des formes très variées et toutes les conventions relatives à l'organisation conventionnelle de la vie des sociétés peuvent ainsi être rattachées à cette appellation. Il en va ainsi, par exemple, de l'organisation des rapports entre le conseil d'administration et la direction générale d'une entreprise¹⁶⁷². A l'occasion d'une autre étude, il a considéré comme des variantes de la convention de direction, les délégations de pouvoirs et le contrat de travail ayant pour objet l'exercice du mandat social¹⁶⁷³.

645. Pour le professeur COLLIN, la convention de direction est un exemple de techniques juridiques élaborées et

¹⁶⁶⁸ V. P.-F. CUIF, *Le contrat de gestion*, préf. L. AYNES, Economica, 2004.

¹⁶⁶⁹ *Ibid.*, p. 4.

¹⁶⁷⁰ *Ibid.*, 3.

¹⁶⁷¹ J.-Ph. DOM, *Limites d'une convention de direction conclue à l'occasion d'une cession de contrôle*, note CA Paris 25^e ch. sect. B, 26 sept. 2003, *Godefroy c/ SA Trininform*, *Bull. Joly Sociétés* n° 1, 2004, § 14, p. 95.

¹⁶⁷² J.-Ph. DOM, *Principales conditions d'existence et de validité d'une convention de direction*, note sous Com., 14 sept. 2010, n° 09-16.084, *S^{te} Samo gestion c/ S^{te} Sorepla industrie*, *JurisData* n° 2010-016027, *Rev. sociétés* 2011, p. 424, n° 5.

¹⁶⁷³ J.-Ph. DOM, *Le gouvernement d'entreprise, technique d'anticipation des risques*, *Dr. sociétés* n° 8, Août 2012, étude 12, n° 13.

mises en œuvre dans certaines sociétés et certains groupes pour aborder la situation du dirigeant dans sa globalité¹⁶⁷⁴. En effet, selon lui, la convention de direction est un support particulièrement pertinent pour organiser l'articulation et la cohérence entre les fonctions sociales et salariées du dirigeant. La convention de direction peut ainsi définir les principes applicables au sort du contrat de travail à la suite de la nomination en qualité de mandataire social, fixer les obligations et les droits fondamentaux du dirigeant. La convention de direction peut aussi aménager la structure de la rémunération et organiser les conditions de son évolution ou, encore fixer les conditions de l'indemnisation en cas de rupture des relations de travail. Elle permet d'organiser la mobilité du dirigeant au sein du groupe. D'une manière plus générale, la convention de direction permet d'anticiper et de prévoir les modifications de statut du dirigeant. La convention de direction peut ainsi être utilisée pour formaliser, contractualiser et sécuriser les différents éléments du statut du dirigeant sans se substituer ni au mandat social ni au contrat de travail.¹⁶⁷⁵ Dans une autre étude, l'auteur proscrit toute confusion du contrat de travail avec la convention de direction¹⁶⁷⁶. Ensuite, il fait observer que, tous les éléments de rémunération ne sont pas nécessairement contractuels et peuvent provenir d'autres sources juridiques telles que des engagements unilatéraux de l'employeur. S'agissant du cas particulier du salarié dirigeant, il estime que certains éléments de rémunération pourront être rattachés au mandat social ou résulter d'engagements prévus dans la convention de direction¹⁶⁷⁷.

646. De sa part, Me MARTIN voit dans le contrat de gestion l'engagement pris par une société chargée pour assurer la fourniture et la maintenance du chauffage pour le compte d'un syndic de copropriété¹⁶⁷⁸. De même, il le perçoit dans le cadre d'un contrat d'assurance vie multi-supports liant une société d'assurance à son client¹⁶⁷⁹.

647. Ces conceptions de la convention de direction sont larges et ne permettent pas de faire ressortir sa spécificité et entraîne sa confusion avec d'autres actes juridiques notamment la délégation de pouvoir, le contrat de travail et même les contrats portant sur la gérance d'un fonds de commerce de société. Il convient de distinguer la convention de direction de ces conventions voisines en vue de jauger de sa participation réelle au renforcement de la direction.

2. La conception étroite de la convention de direction

648. Au sens strict, la convention de direction doit être distinguée de la délégation de pouvoirs et du contrat de travail ayant pour objet l'exercice de la fonction sociale. Sa distinction commune à l'égard de ces actes réside dans l'absence de rapport de lien juridique préalable entre la société et le cocontractant de la convention de direction. Ce cocontractant est un tiers *penitus extranéi* à la société. Me Dorothée GALLOIS-COCHET a eu à

¹⁶⁷⁴ F. COLLIN, *Le droit social du dirigeant d'entreprise - (La problématique du contrat de travail du dirigeant social)*, *Dr. sociétés* n° 7, Juillet 2005, étude 7, n° 2.

¹⁶⁷⁵ *Ibid.*

¹⁶⁷⁶ F. COLLIN, *Aspects pratiques de la suspension du contrat de travail lorsque le salarié devient dirigeant social, préc.*, n° 1, n° 3.

¹⁶⁷⁷ *Ibid.*

¹⁶⁷⁸ D. MARTIN, *La loyauté dans l'exécution du contrat*, *Gaz. Pal.* 2012, n° 145, p. 67.

¹⁶⁷⁹ *Ibid.*

faire observer que la convention de direction lie nécessairement la société à un tiers¹⁶⁸⁰. En qualifiant cette convention de contrat de management, le Professeur MONSALIER relève que c'est un contrat qui transfère certaines prérogatives à un tiers¹⁶⁸¹. Pour Mme MALECKI, la convention de direction permet de rémunérer une personne sans qu'elle soit salariée¹⁶⁸². Cette convention est définie par M. SIMONART comme « *un contrat par lequel une personne confère tout ou partie de la gestion d'une entreprise à une autre personne en contrepartie d'une rémunération* »¹⁶⁸³. Déjà, le professeur MERLE avait, pour sa part, qualifié ce contrat de contrat de management par lequel la société confie des fonctions de directions à un tiers¹⁶⁸⁴. La place incontournable du tiers conventionné dans la convention de direction vient favoriser la distinction de cette convention à l'égard de la délégation de pouvoirs (a), du contrat de travail ayant pour objet l'exercice d'une fonction de direction (b) et des conventions portant sur l'exploitation de fonds de commerce de société (c).

a. La distinction entre la convention de direction et la délégation de pouvoirs

649. Spécifiquement, la convention de direction se distingue de la délégation de pouvoirs, car la délégation de pouvoirs ne peut être opérée en faveur d'un tiers à l'entreprise¹⁶⁸⁵. En revanche, la convention de direction peut être conclue avec un tiers. Ce faisant, lorsque le dirigeant a recherché vainement au sein des salariés, les compétences qui lui manquent, il peut faire recours à des compétences à l'extérieur de la société. Certes, la convention de direction pourrait se rapprocher de la délégation en ce sens que des pouvoirs seront transférés au tiers dans le cadre de la convention qui l'aura habilité à exercer certaines fonctions au sein de la société. Mais elle s'en distingue, car les pouvoirs ne sont pas délégués à un acteur interne à l'entreprise mais à un externe.

Aussi, sa distinction avec la délégation de pouvoirs apparaît-elle au niveau de l'exercice en cascade de la fonction de direction. En effet, un acte fondateur d'une délégation de pouvoirs peut comporter la faculté de la subdélégation de ces pouvoirs. Ou bien, lorsque cet acte est muet à ce sujet mais n'interdit pas la subdélégation, le délégataire peut transférer une partie de ses pouvoirs à un autre salarié de l'entreprise¹⁶⁸⁶. Cette faculté semble, par principe, incompatible avec la convention de direction où le tiers conventionné est sollicité par la société pour mettre ses compétences à son service. Cette convention renferme une forte dose d'*intuitu personae* qui requiert le service exclusif du tiers conventionné. L'exclusivité de son service constitue un obstacle à la délégation par le tiers conventionné d'une autre personne dans ses fonctions. Mais cette exclusivité connaîtrait une limite lorsque le tiers conventionné est une personne morale spécialisée dans le service qui lui ait demandé. Dans cette hypothèse, la société conventionnée peut déléguer au choix un de ses consultants dans le service objet de la convention et peut s'il y a lieu le remplacer. Pour autant, la société ne peut déléguer un agent externe à ses services dans la fonction de

¹⁶⁸⁰ D. GALLOIS-COCHET, *Rémunération du directeur général*, note sous Cass. com., 14 sept. 2010, n° 09-16.084, *S^{te} Samo Gestion c/ Sté Sorepla Industrie*, *JurisData* n° 2010-016027, *Dr. sociétés* n° 12, Décembre 2010, comm. 226.

¹⁶⁸¹ M.Ch. MONSALIER, *L'aménagement contractuel du fonctionnement de la société anonyme*, *op. cit.*, n° 592.

¹⁶⁸² C. MALECKI, *Les dirigeants des filiales*, *préc.*, n° 48.

¹⁶⁸³ V. SIMONART, *Le contrat de management*, cité par C. MALECKI, *Les dirigeants des filiales*, *préc.*, n° 48.

¹⁶⁸⁴ Ph. MERLE, *Contrat de management et organisation des pouvoirs de la société anonyme*, *préc.*, n° 5 et s.

¹⁶⁸⁵ V. *supra* n° 623.

¹⁶⁸⁶ V. *supra* n° 617.

direction qui lui confiée. Une raison différente permet de distinguer la convention de direction du contrat de travail.

b. La distinction entre la convention de direction et le contrat de travail

650. La convention de direction se distingue du contrat de travail, car les fonctions ayant fait l'objet de la convention seront exercés dans un rapport de collaboration avec le dirigeant, et non dans un rapport de dépendance à son égard. Contrairement au contrat de travail ayant ou non pour objet l'exercice d'une fonction de direction, qui soumet le salarié ou le salarié dirigeant à un rapport de subordination au groupe¹⁶⁸⁷, la convention de direction exclut tout lien de subordination entre le dirigeant du groupe et le tiers intervenant dans la société ou dans le groupe. Dans un arrêt du 14 février 2007, à la suite d'un contrôle, l'URSSAF¹⁶⁸⁸ a réintégré dans l'assiette des cotisations de sécurité sociale de la société Millery les sommes versées du 1^{er} mai 2000 au 30 avril 2001¹⁶⁸⁹ à M. X., ancien président du conseil d'administration de la société, auquel avaient été confiées, selon une convention conclue le 28 avril 2000, des fonctions de consultant pour assister la société dans ses rapports avec ses partenaires. Pour infirmer le jugement qui avait annulé le redressement correspondant, l'arrêt d'appel énonce essentiellement que les termes de la convention l'obligeaient à satisfaire à toute demande d'assistance de la société, et que celle-ci n'établissait pas le caractère exceptionnel ou ponctuel des prestations fournies par l'intéressé dont la rémunération présentait tous les caractères d'un salaire. La Cour de cassation a cassé cet arrêt au motif que, « ...sans rechercher si la société avait le pouvoir de donner à M. X. des ordres et des directives dans l'organisation de son travail, d'en contrôler l'exécution et de sanctionner ses manquements, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision ». Ainsi, la convention de direction exclu-t-elle tout lien de subordination et empêche le tiers conventionné d'être soumis aux rigueurs du droit du travail. Mais, si le tiers perd délibérément, par la suite, son autonomie et tombe dans une dépendance à l'égard du dirigeant, la convention de direction nécessite une requalification en un contrat de travail. Cette requalification de la convention de direction en un contrat de travail change le statut du tiers qui devient membre intégral de fait du personnel de l'entreprise et peut prétendre aux protections issues liées au contrat de travail et répondre aussi des obligations y relatives. En conséquence, cette novation du contrat originaire en un contrat de travail fait disparaître la convention de direction. Mais lorsque le tiers conventionné conserve son autonomie à l'égard du dirigeants, la convention de direction est poursuivie jusqu'à l'échéance de la collaboration.

651. En dehors du lien de subordination qui distingue la convention de direction du contrat de travail, la différence réside aussi dans le type de personne devant bénéficier de la convention de direction. En effet, l'employé ne peut être qu'une personne physique alors que le tiers bénéficiaire de la convention de direction peut être une personne physique ou morale. Le professeur CAMERLYNCK écrivait déjà au sujet de la personne du salarié que « *tout individu (...) peut devenir salarié. La seule réserve est qu'il s'agisse d'une personne physique, qui doit donner (...) son consentement*

¹⁶⁸⁷ V. *supra* n° 594 s.

¹⁶⁸⁸ Union de Recouvrement pour la Sécurité Sociale et les Allocations Familiales.

¹⁶⁸⁹ Cass. 2^e civ., 14 févr. 2007, n° 05-21839, *Sté Millery*, *Bull. Joly Sociétés* 2007, n° 9, § 281, p. 1013, note P. LE CANNU.

*individuel à l'exécution personnelle de la présentation demandée, sous l'autorité de l'employeur... »*¹⁶⁹⁰. Ce faisant, l'employé ne peut être une personne morale alors que le bénéficiaire de la convention peut l'être. Par conséquent, ces deux conventions ne sauraient être confondues. La distinction existe également entre la convention de direction et les conventions portant sur l'exploitation du fonds de commerce de société.

c. La distinction entre la convention de direction et les conventions portant sur la gérance du fonds de commerce de société

652. La gérance d'un fonds de commerce¹⁶⁹¹ appartenant à la société est en principe assumée par le dirigeant social. Mais elle peut exceptionnellement faire l'objet de contrats à savoir le contrat de gérance-salariée¹⁶⁹² ou le contrat de location-gérance¹⁶⁹³. Ces contrats sont voisins à la convention de direction en ce qu'ils sont des techniques contractuelles auxquels la direction sociale peut recourir dans le cadre de la gestion du fonds de commerce, mais ne sauraient se confondre avec la convention de direction.

653. En premier lieu, la convention de direction se distingue nettement de la gérance salariée encore appelée la

¹⁶⁹⁰ G. H. CAMERLYNCK, *Traité de droit du travail*, cité par Ph. MERLE, *Contrat de management et organisation des pouvoirs de la société anonyme*, préc., n° 8.

¹⁶⁹¹ Au sujet du fonds de commerce, v. E. GOMBEAUX, *La notion juridique du fonds de commerce*, Thèse, Caen, 1902 ; G. CENDRIER, *Le fonds de commerce*, 6e éd. par R. Martin et R. Maus, Librairie Dalloz, 1934 ; A. COHEN, *Traité théorique et pratique des fonds de commerce*, Sirey, 2e éd. 1948. O. BARRET, *Les contrats portant sur le fonds de commerce*, LGDJ, 2001 ; F. LEMEUNIER, *Fonds de commerce, Achat et vente. Exploitation et gérance*, 14^e éd., Delmas, 2001 ; S. REZEK, *De la nécessaire distinction entre le fonds de commerce et le fonds artisanal*, *JCP éd. N* 2002, p. 1785 ; G. AMEDEE-MANESME, *La vraie nature juridique du fonds de commerce du franchisé et l'impact de l'appartenance à un réseau en cas de cession de ce fonds de commerce*, *JCP éd. E* 2010, p. 1110 ; R. VABRES, *La valorisation du fonds de commerce par l'intermédiation*, *RTD com.* 2011, p. 215.

¹⁶⁹² Sur la notion de gérance salariée, V. not., O. BARRET, *Les contrats portant sur le fonds de commerce*, LGDJ, 2001 ; D. HOUTCHIEFF, *Droit des affaires, Droit commercial, Acte de commerce, Commerçants, Fonds de commerce, Instrument de paiement et de crédit*, 2^e éd., Sirey, 2008, p. 263 et s.

¹⁶⁹³ Sur la notion de location-gérance, V. not., F. GIVORD, *L'agonie de la gérance libre*, *D.* 1953, chr. 161 ; A. COHEN, *La location-gérance des fonds de commerce d'après les décrets de 1953*, *JCP éd. G* 1953, I, 1127 ; *Le nouveau statut de la gérance libre*, *JCP éd. G* 1956, I, 1301 ; P. ESMEIN, *La location-gérance de fonds de commerce*, *Gaz. Pal.* 1953, 2, doct. 60 ; *La location-gérance des fonds de commerce et établissements artisanaux*, *Gaz. Pal.* 1956, 1, 42 ; R. HOUIN, *Location-gérance de fonds de commerce et communauté d'exploitation*, *RTD com.* 1954, 41 ; *Le nouveau régime de la location-gérance de fonds de commerce*, *RTD com.* 1956, 197 ; R. MAUS, *La résurrection du contrat de gérance*, *D.* 1956, chr. 69 ; BRIMBERGER, *Le nouveau statut de la location-gérance des fonds de commerce et artisanaux*, *Rev. huissiers* 1956, p. 681 ; G. AUDIN, *La location-gérance du fonds de commerce suivant la loi du 20 mars 1956*, Thèse dactyl., Paris, 1958 ; R. CASTRO, *Fonds de commerce, Vente et gérance libre*, Sirey, 2e éd. 1968 ; G. GUERIN, *La cession de bail et la location-gérance dans la nouvelle procédure de redressement judiciaire*, *JCP éd. E* 1985, I, 14547 ; THUMERELLE, *La location-gérance dans le cadre des procédures collectives*, Thèse Paris II, 1985 ; B. BONIFACE, *Une solution pour le mineur propriétaire de fonds de commerce : la location-gérance*, *JCP éd. N* 1995, (pratique) p. 596 ; J. TROUSSET, *La location-gérance, une solution pour anticiper le effets d'une fusion en cours de réalisation*, *JCP éd. N* 1999, p. 1760 ; J.-P. GARCON, *La location-gérance d'un fonds de commerce par une commune*, *JCP éd. E* 2000 p. 1988 ; R. GOUYET, *La location-gérance, un mode de gestion fiscale à part entière ?*, *JCP éd. E* 2000, p. 2034 ; O. BARRET, *Les contrats portant sur le fonds de commerce*, LGDJ, 2001 ; M. KEITA, *La location-gérance d'un fonds de commerce et le statut des baux commerciaux*, *JCP éd. E* 2003, p. 504 ; A. REYGROBELLET, *De quelques conséquences imprévues de l'ordonnance du 25 mars 2004 en matière de location-gérance*, *D.* 2005, chron. 220 ; D. LEGEAIS, *Droit commercial et des affaires*, 17^e éd., Sirey, 2007, p. 120 et s. ; F. DEKEUWER-DEFOSSEZ et E. BLARY-CLEMENT, *Droit commercial, Acte de commerce, fonds de commerce, commerçants, concurrence*, 10^e éd., Montchrestion, 2010, p. 349 et s. ; D. HOUTCHIEFF, *op.cit.*, p. 253 et s. ; Y. REINHARD, S. THOMASSET-PIERRE et C. NOURISSAT, *Droit commercial, Acte de commerce – Commerçants – Fonds de commerce – Concurrence – Consommation*, 8^e éd., Litec, 2012, p. 389 et s.

gérance-mandat¹⁶⁹⁴. La gérance salariée consiste pour une société de faire exploiter sous sa propre responsabilité son fonds de commerce par un tiers. En d'autres termes, la gestion du fonds de commerce est assurée par le gérant aux risques et périls du propriétaire du fonds de commerce. Le statut du gérant salarié est à mi-chemin entre celui de dirigeant et celui de salarié. Le gérant salarié est assimilé au dirigeant dans la mesure où il dispose d'une certaine autonomie dans sa gestion. Il peut prendre des décisions entrant dans le cadre de l'exploitation du fonds de commerce. Aussi, pourrait-on l'assimiler aux salariés, car le gérant salarié demeure dans une relation de dépendance vis-à-vis de la société. Il bénéficie de certains avantages des salariés notamment le droit au repos hebdomadaire¹⁶⁹⁵, la rémunération d'heures supplémentaires¹⁶⁹⁶ et la participation aux fruits de l'expansion de l'entreprise¹⁶⁹⁷.

Mais le tiers sollicité dans le cadre d'une convention de direction n'est assimilable ni à un dirigeant, ni à un salarié. Il dispose d'une indépendance à l'égard du dirigeant avec qui il n'est lié que par un rapport de collaboration. Contrairement au gérant salarié qui peut se substituer à la société pour prendre des actes entrant dans l'exploitation du fonds de commerce, le tiers conventionné ne saurait engager de son chef la société. Un acte pris en ce sens légitimerait l'attribution de la qualification de dirigeant de fait à son égard. Il peut à la limite se faire déléguer la signature par le dirigeant et ne signer que des actes déjà préparés par le dirigeant ou qu'il a préparés suivant les consignes du dirigeant. Ainsi, les prérogatives revenant à un gérant salarié et les protections dont il bénéficie dans le cadre de sa fonction sont-elles différentes de celles pouvant être issues d'une convention de direction. Ces raisons non limitatives permettent de dissocier la gérance salariée de la convention de direction.

654. En second lieu, la convention de direction se distingue de la location-gérance encore dénommée, gérance libre. Le locataire-gérant est lié à la société par un contrat lui concédant l'exploitation du fonds de commerce, et ce, à ses risques et périls. En raison de la nature commerciale de l'exploitation d'un fonds de commerce, le locataire-gérant devient commerçant, s'il ne l'était auparavant. Aussi, la conclusion d'un contrat de location gérance est-elle soumise au respect de la condition selon laquelle, le fonds doit être exploité déjà au moins deux ans par la société¹⁶⁹⁸.

Ces différents traits caractéristiques de la location-gérance sont inconnus de la convention de direction. En effet, contrairement à la location-gérance, la convention de direction peut être conclue dès même la création de la société, sans que le dirigeant soit tenu de respecter un délai préalable. Le tiers sollicité dans le cadre de la convention de direction n'est appelé à exercer aucun acte à ses risques et périls, sauf s'il s'immisce délibérément

¹⁶⁹⁴ V. N. DISSAUX, *La gérance-mandat : une troisième voie ?*, D. 2010, p. 667 ; M. CLERMON, *La gestion de l'entreprise par un mandataire*, JCP éd. N 2006, p. 1297 ; N. FERRIER, *Le statut de gérant-mandataire issu de la loi du 2 août 2005*, *Petites affiches* 2006, p. 4 ; F. AUQUE, *L'apparition de nouveaux modes d'exploitation du fonds de commerce*, *Gaz. Pal.* 31 mai 2009, p. 64 ; R. VABRES, *La valorisation du fonds de commerce par l'intermédiation*, *RTD com.* 2011, p. 215.

¹⁶⁹⁵ Cass. com., 8 janv. 1974, *Bull. civ.* 1974, IV, n° 12.

¹⁶⁹⁶ V. Cass. soc., 18 mai 1978, *Bull. civ.* 1978, V, n° 376. – Cass. soc., 4 oct. 1979, *Bull. civ.* 1979, V, n° 689 ; *DS* 1980, inf. rap. 176. – Cass. soc., 18 nov. 1981, *Bull. civ.* 1981, V, n° 895.

¹⁶⁹⁷ V. CA Paris, 16 févr. 1982, *JCP éd. G* 1982, II, 19900, note M.-J.

¹⁶⁹⁸ Art. 141 de l'AUDCG.

dans la direction de la société. De même, il ne saurait, en vertu de sa collaboration avec le dirigeant être assimilé à un commerçant comme le locataire-gérant. Il peut être amené à rendre des comptes au dirigeant pour certaines missions qui lui aurait été confiées notamment la signature d'un acte. Mais le locataire-gérant n'est soumis à aucune obligation de reddition de compte à l'égard du gérant. Son obligation est de payer sa redevance prévue dans le contrat et de restituer le fonds de commerce à la fin du contrat. Ces différences peuvent paraître arbitraires, car elles ne sont triées sur le volet et ne sont pas exhaustives. Mais elles permettent néanmoins de condamner toute assimilation de la convention de direction avec la location-gérance.

655. Définition proposée de la convention de direction. Dépouillée de ses confusions avec d'autres contrats voisins, la convention de direction se singularise par la création d'un rapport de collaboration particulier entre le dirigeant et le tiers conventionné. Elle peut être définie comme *un acte juridique par lequel un tiers personne physique ou morale appuie le dirigeant dans sa fonction à sa demande en lui offrant des services gratuits ou rémunérés dans un rapport de collaboration pour un temps dont la durée dépend des besoins de la direction*. Elle peut prendre des formes variées. Soit la forme de contrat de mandataire commun puisque le tiers intervenant sera chargé de conclure des contrats présentant des intérêts pour le tiers et la société¹⁶⁹⁹, soit la forme de contrat d'assistance intra-groupe pour avec l'objectif pour la société mère de renforcer la direction de ses filiales. Cet isolement de la convention de direction des contrats voisins vient légitimer la curiosité sur la pertinence réelle de la participation de cette convention au renforcement de la direction.

B. La pertinence de la participation de la convention de direction au renforcement

656. La participation de la convention de direction au renforcement de la direction repose non seulement sur la légalité du rapport issu d'une telle convention (1) mais aussi sur les utilités qu'elle présente (2).

1. La vérification de la légalité du rapport entre le dirigeant et le tiers sollicité

657. La vérification de la légalité du rapport entre le dirigeant et le tiers issu de la convention de direction s'impose dans la mesure où les termes de cette convention atypique doivent être définis avec minutie pour éviter qu'elle ne soit invalidée pour atteinte à l'ordre public sociétair. Il s'agira alors de vérifier la régularité même de la convention eu égard à ses conditions de formation (a) et au périmètre des actes accomplis par le tiers (b).

a. La vérification de la régularité de la convention

658. La formation d'une convention de direction ne peut déroger aux conditions de validité auxquelles sont soumis les contrats en général. Ainsi, la validité de la convention de direction passe-t-elle par le respect des conditions de fond de formation des contrats (i) et le respect de certaines formalités dans certains cas particuliers (ii).

i. Une vérification générale à partir des conditions de fond de la convention

659. Selon l'article 1108 du code civil, le contrat est valable si quatre conditions sont réunies : le consentement, la capacité, l'objet et la cause. Nous estimons que les deux premières conditions à savoir le

¹⁶⁹⁹ V. Ph. MERLE, *Contrat de management et organisation des pouvoirs de la société anonyme*, préc., n° 10.

consentement¹⁷⁰⁰ et la capacité¹⁷⁰¹ auront toutes les chances d'être réunies et qu'elles posent moins de problème dans le cadre des conventions de direction. En revanche, l'objet et la cause méritent une attention particulière, car ils sont généralement problématiques dans le cadre des conventions de direction et constituent les points sur lesquels la validité des conventions de direction est souvent disputée. Dès lors, la vérification de la teneur de l'objet et de la cause permettra de juger de la validité ou non de la convention. Ce n'est que lorsque la convention est valable qu'elle peut participer au renforcement de la direction.

660. L'objet de la convention de direction. L'objet est une condition indispensable pour la validité d'un contrat. Il doit être licite et déterminé. Dans le cadre de la convention de direction, l'objet glisserait dans l'illicéité, s'il est contraire à l'ordre public. L'ordre public sociétaire serait heurté, lorsque la convention fait transmettre les pouvoirs du dirigeant au tiers. Un soin particulier à l'objet est nécessaire pour éviter le risque de l'annulation de la convention pour illicéité d'objet.

661. Un objet consistant à transférer les pouvoirs du dirigeant aux tiers corrompt indéniablement la validité de la convention. En revanche, les conventions de direction sont licites à condition d'être limitées non seulement dans le temps, mais encore dans leur objet qui ne peut être que l'accomplissement de certains actes précis¹⁷⁰² autres que le transfert des pouvoirs du dirigeant au tiers. La détermination de l'objet de la convention ne saurait être le fait d'un pur hasard. Deux éléments doivent être pris en compte : les limites techniques du dirigeant et les compétences du tiers intervenant. Généralement, l'objet de la convention de direction n'attribue qu'un pouvoir d'influence au tiers intervenant. Il ne peut se limiter qu'à l'attribution d'un rôle de conseil au tiers intervenant. Cet objet permet au tiers de donner des conseils au dirigeant dans les domaines où le dirigeant est techniquement démuné en vue de combler cette faiblesse du dirigeant. La convention peut viser plusieurs objectifs : la coopération interentreprises qui permet de faire appel à la compétence de gestionnaires professionnels. Choisis en fonction de leur compétence et expérience, les tiers conventionnés peuvent être notamment des anciens dirigeants de sociétés¹⁷⁰³ et des professionnels libéraux¹⁷⁰⁴. Il peut s'agir aussi des dirigeants encore en fonction¹⁷⁰⁵ et qui prêtent leur service à leurs homologues nouvellement nommés dans d'autres sociétés en mettant à leur profit leurs expertises et expériences. L'avantage est que le gestionnaire peut être une personne physique ou une personne morale qui est une société de management. Mme MALECKI trouve que, « *le gestionnaire ou le bénéficiaire de ce contrat doit rendre compte aux conseils d'administration et aux assemblées générales extraordinaires à l'instar du droit allemand* »¹⁷⁰⁶. A notre avis, ces formalités ne sont envisageables que dans le cadre des conventions intra-groupes. L'intervention du tiers n'est qu'un moyen pour le dirigeant de renforcer son cabinet pour améliorer ses performances. Les autres organes ne

¹⁷⁰⁰ V. A. BENABENT, *Droit des obligations*, *op. cit.*, n° 54 et s.

¹⁷⁰¹ V. GRIDEL, *L'âge et la capacité civile*, D. 1998, chron. 90 ; S. GODELEIN, *La capacité dans les contrats*, Thèse Nantes, préf. M. MABRE—MAGNAN et d'Alain SUPIOT, Coll. Fondation Varenne, 2006.

¹⁷⁰² R. GIANNO et A.-É. COMBES, *La dénaturation du mandat social par la pratique dans les sociétés anonymes*, préc.

¹⁷⁰³ Par ex., Cass. 2^e civ., 14 févr. 2007, préc.

¹⁷⁰⁴ Il peut s'agir notamment des juristes, des économistes, des sociétés d'expertises comptables, etc.

¹⁷⁰⁵ Par ex. Com., 14 sept. 2010, préc.

¹⁷⁰⁶ C. MALECKI, *Les dirigeants des filiales*, préc., n° 48.

sauraient s’immiscer dans le fonctionnement du cabinet du dirigeant. Leur rôle se cantonne au contrôle des actes du dirigeant et, s’il y a lieu, à sa révocation lorsque son travail n’est pas satisfaisant.

662. En outre, si la convention de direction ne peut envisager une délégation de pouvoirs au bénéfice du tiers, il n’est pas au contraire exclu qu’il porte sur une délégation de signature¹⁷⁰⁷, lorsque le dirigeant entend éviter certains risques liés à la signature¹⁷⁰⁸. En vertu de la délégation de signature, le tiers représente directement le dirigeant¹⁷⁰⁹ et indirectement la société. Il peut négocier au nom du dirigeant des accords qu’il se chargera de signer pour le compte de la société. Déjà affirmée par certains auteurs, « *la délégation de signature ne transfère, à la différence de la délégation de pouvoirs, que le pouvoir de signer un acte, un contrat, une décision, au nom et pour le compte du délégant. Le délégataire n’a dès lors pas de pouvoir de décision, et, partant, la responsabilité pénale attachée audit pouvoir de décision reste incomber au délégant* »¹⁷¹⁰. Ils ont ajouté que la délégation de signature « *...peut d’ailleurs être donnée à un délégataire n’ayant pas de lien hiérarchique avec le délégant* »¹⁷¹¹. En raison de son caractère périssable¹⁷¹², la délégation de signature devient caduque lorsque les fonctions du dirigeant cessent¹⁷¹³. De même, le remplacement du dirigeant ne garantit pas la poursuite de la convention de direction, sauf si le nouveau dirigeant entend poursuivre la collaboration avec ce tiers.

663. Cette souplesse de la convention de direction est un avantage au service de la direction. Le dirigeant peut y faire recours pour renforcer son cabinet. Mais la licéité et la détermination l’objet de la convention de direction ne suffit pas qu’elle soit valable. Il faut que la convention soit pourvue de cause.

664. La cause de la convention de direction. La cause demeure une condition de validité du contrat. Les tentatives entreprises par la doctrine¹⁷¹⁴ pour dissiper les incertitudes qui l’entourent, ont engendré deux tendances majeures dans sa conception : une conception objective, la plus ancienne et une conception

¹⁷⁰⁷ En ce sens, S. de VENDEUIL, *La cessation des fonctions d’un dirigeant met-elle fin aux délégations qu’il a données ?*, préc., p. 248. V. aussi, M. HEINIS, *La délégation de signature devant le juge administratif*, *Gaz. Pal.* 1999, Doctr. p. 526.

¹⁷⁰⁸ V. not., E. BOYÉ, *Etats des risques juridiques et financiers liés à la signature d’un accusé de réception de commande. Comment les éviter*, *D. aff.* n° 17/1996, p. 508 ; A. GAROLA GIUGLARIS, *Les risques du paraphe en droit des affaires*, *D. aff.* n° 10/1995, p. 211.

¹⁷⁰⁹ J.-P. LEGROS, *Efficacité de la délégation de pouvoirs consentie par un PDG avant la réforme de 2001*, *Dr. sociétés* n° 10, Octobre 2009, repère 9.

¹⁷¹⁰ A. LARCENA et A. ELINEAU, *Pratique des délégations de pouvoirs : règles et évolutions récentes de cet outil de répartition des pouvoirs et responsabilités*, préc., n° 3.

¹⁷¹¹ *Ibid.*

¹⁷¹² P. LE CANNU, *Les précisions apportées par le droit des procédures collectives au régime de la délégation de pouvoirs dans une société*, préc., n° 18.

¹⁷¹³ S. de VENDEUIL, *La cessation des fonctions d’un dirigeant met-elle fin aux délégations qu’il a données ?*, préc. p. 248 ; J.-F. BULLE, *Les délégations de pouvoirs*, préc. p. 1136.

¹⁷¹⁴ V. not., P. SEFERIADES, *Etude critique sur la théorie de la cause*, thèse Paris, 1897 ; G. BAUDRY-LACANTINERIE et L. BARDE, *Traité Théorique et Pratique de Droit Civil, Des obligations*, (sous dir. L. Larose & L. Tenin), 3^e éd., t. 1, 1906 ; J. MAURY, *Essai sur le rôle de la notion d’équivalence en droit civil français*, thèse Toulouse, 1920 ; T.-R. IONASCO, *Les récentes destinées de la théorie de la cause dans les obligations*, *RTD civ.* 1931, p. 29 ; G. RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, *LGDJ*, 4^e éd. 1949 ; J. ROCHFELD, *Cause*, in *Rep. civ. Dalloz*, 2005 ; J. GHESTIN, *L’absence de cause de l’engagement : absence de la contrepartie convenue*, *JCP. Ed. G* 2006, I, 177 ; *Le renouveau doctrinal de l’absence de cause*, *JCP éd. G* 2006, I, 192 ; X. LAGARDE, *Sur l’utilité de la théorie de la cause*, *D.* 2007, chron. p. 740 ; J.-R. BINET, *De la fausse cause*, *RTD civ.* 2004 p. 655 ; J. DJOGBENOU, *La cause dans les contrats conclus sur le fondement des actes uniformes de l’OHADA*, *Penant* n° 867, avril-juin 2009, p. 1.

subjective. Selon la conception objective, la cause est le but immédiat et par conséquent essentiel en vue duquel on contracte. Cette conception fut critiquée pour son indifférence aux mobiles des contractants¹⁷¹⁵ et du risque de confusion de la cause avec d'autres conditions de validité du contrat telles que l'objet et le consentement¹⁷¹⁶. Ces critiques ont favorisé l'émergence d'une conception subjective de la cause qui vient prendre en compte les mobiles des contractants¹⁷¹⁷ souvent implicitement pris en compte par la jurisprudence¹⁷¹⁸. Le défaut de cause s'identifierait à l'impossibilité pour les parties d'atteindre le but contractuel¹⁷¹⁹. En réalité, ces deux conceptions sont complémentaires, car la conception objective sert à contrôler l'existence de l'engagement des parties, alors que la conception subjective sert à contrôler la licéité de l'engagement¹⁷²⁰. Avec l'évolution, un point d'équilibre satisfaisant est sur le point d'être trouvé en conciliant la conception suffisamment subjective pour apprécier l'économie du contrat¹⁷²¹ et suffisamment objective pour ne pas avoir à entrer dans les méandres de la psychologie de chaque contractant¹⁷²². Ainsi, le contrat dépourvu de cause ou pourvu d'une cause contraire à l'ordre public ou aux bonnes mœurs¹⁷²³, encourt la nullité¹⁷²⁴ entraînant des restitutions réciproques¹⁷²⁵

665. Ces contrôles dont les contrats peuvent faire l'objet au regard de leur cause ne sont pas exclus dans le cadre des conventions de direction. Un arrêt du 14 septembre 2010¹⁷²⁶ de la Cour de cassation française en est une illustration. Les faits méritent d'être rappelés. Le 20 mars 2001, la société Samo gestion, constituée au mois de janvier 2001 par M. Nardin, qui exerçait depuis 1998 les fonctions de directeur général de la société Sorepla industrie (la société Sorepla), a conclu avec cette dernière société une convention de prestation de services. Aux termes de cette convention, la société Samo gestion s'engageait à fournir à la société Sorepla un ensemble de prestations et mettait à sa disposition M. Nardin, en contrepartie d'une rémunération fixe assortie d'un intéressement sur le résultat net de la société Sorepla. Celle-ci ayant cessé d'exécuter la convention, la société

¹⁷¹⁵ V. R. MARTIN, *Le refoulement de la cause dans les contrats à titre onéreux*, JCP éd. G, I, 1983, 3100 ; J. GHESTIN, *L'utile et le juste dans les contrats*, D. 1982, chron. p. 1 ; *La notion de contrat*, D. 1990, chron. p. 147.

¹⁷¹⁶ X. LAGARDE, *Sur l'utilité de la théorie de la cause*, préc., n° 4 et s.

¹⁷¹⁷ V. not., G. RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, op. cit., p. 65, n° 34 ; A. ROUAST, *A propos d'un livre sur la cause des obligations*, RTD. civ. 1923, p. 395 ; Ch. ATIAS, *Restaurer le droit du contrat*, D. 1998, chron. p. 139.

¹⁷¹⁸ Civ 1^{er} 3 juill. 1996, D. 1997. 500, note Ph. REIGNÉ. – Com. 22 oct. 1996, D. 1997. 121, note A SÉRIAUX ; D. 1997, somm. p. 175, obs Ph. DELEBECQUE.

¹⁷¹⁹ Ph. REIGNE, *La notion de cause efficiente du contrat en droit privé français*, thèse, Paris II, 1993, n° 250 ; *De l'absence de cause à la cause impossible*, D. 1997, p. 500.

¹⁷²⁰ M. DEFOSSEZ, *Réflexions sur l'emploi des motifs comme cause des obligations*, RTD civ. 1985, p. 529, n° 23.

¹⁷²¹ Au sujet de l'économie du contrat, V. not., J. MESTRE, *L'économie du contrat*, RTD civ. 1996, p. 901 ; J.-P. CHAZAL, *Théorie de la cause et justice contractuelle : À propos de l'arrêt Chronopost (Cass. com., 22 oct. 1996)*, JCP éd. G, n° 29, 1998, I, 152 ; J. MOURY, *Une embarrassante notion : l'économie du contrat*, D. 2000, p. 382 ; D. MAZEAUD, *Petite leçon de solidarisme contractuel...*, D. 2001, p. 3236 ; J.-M. GUEGUEN, *Le renouveau de la cause en tant qu'instrument de justice contractuelle*, 1999, p. 352 ; A. ZELCEVIC-DUHAMEL, *La notion d'économie du contrat en droit privé*, JCP éd. G, n° 9, 2001, I, 300 ; S. PIMONT, *L'économie du contrat*, préf. J. BEAUCHARD, thèse Poitiers, PUAM, 2004 ; D. MAZEAUD, *Saga Chronopost : les maîtres du temps perdent une manche...*, D. 2006, p. 2288 ; *Une nouvelle rhapsodie doctrinale pour une réforme du droit des contrats*, D. 2009, 1364 ; *L'arrêt Canal « moins » ?*, 2010, p. 2481.

¹⁷²² O. TOURNAFOND, *Pourquoi il faut conserver la théorie de la cause en droit civil français*, D. 2008, p. 2607 ; R. CABRILLAC, *Le projet de réforme du droit des contrats - Premières impressions*, JCP éd. G, n° 40, 2008, I, 190.

¹⁷²³ V. O. TOURNAFOND, *L'influence du motif illicite ou immoral sur la validité du contrat, (à propos de l'arrêt de la 1^{re} Chambre civile de la Cour de cassation du 7 octobre 1998)*, D. 1999, chron. p. 237.

¹⁷²⁴ G. CHANTEPIE, *Sanction par la nullité absolue de la vente consentie sans prix sérieux*, D. 2008, p. 954.

¹⁷²⁵ X. LAGARDE, *Retour sur les restitutions consécutives à l'annulation d'un contrat*, JCP éd. G, n° 16, 2012, 504.

¹⁷²⁶ Com., 14 sept. 2010, préc.

Samo gestion a demandé qu'elle soit condamnée à lui payer une certaine somme. La société Sorepla a sollicité l'annulation de la convention et la restitution des sommes versées en exécution de celle-ci. La Cour de cassation avait approuvé un arrêt d'appel qui avait annulé la convention au motif que « ...cette convention définissait son objet en des termes dont il résultait qu'elle faisait double emploi avec l'exercice par M. Nardin de ses fonctions de directeur général, et retenu qu'elle revenait ainsi à rémunérer la société Samo gestion pour des prestations qui étaient accomplies par M. Nardin au titre de ses fonctions sociales, l'arrêt en a déduit à bon droit, abstraction faite du motif surabondant critiqué par la quatrième branche et sans avoir à faire la recherche non demandée visée par la troisième branche, que ladite convention était dépourvue de cause ». Cette solution a été réaffirmée plus tard par la Cour de cassation dans un arrêt du 23 octobre 2012¹⁷²⁷. Les juges ont pu découvrir que l'engagement de la société où les fonctions objet de la convention devaient être exercées, est dépourvu de cause et qu'en conséquence, la convention ne saurait échapper à la nullité. Cet arrêt met en lumière la cause objective du contrat. L'inexistence de la cause, dans ce cas, empêche toute interrogation sur sa licéité.

666. Mais cette solution aurait-elle été différente si la personne devant exercer les fonctions objet de la convention était différente du dirigeant de la société devant l'accueillir ? La réponse serait positive, car il n'y aurait pas double emploi de la fonction de direction en ce sens que le tiers conventionné exercerait ses fonctions au côté du dirigeant de la société. Ainsi, la société trouverait-elle une cause de son engagement ou tirerait profit de la convention qu'elle a signée. Aussi, la convention serait-elle conclue sans qu'il y ait besoin de la faire autoriser par le conseil d'administration. Ce qui n'est toujours pas le cas, car la convention de direction est conclue à l'intérieur d'un groupe de sociétés est soumises à certaines formalités.

ii. Une vérification spéciale à partir des conditions de forme

667. L'existence et la licéité de l'objet ou de la cause sont insuffisantes pour la régularité d'une convention de direction devant être passée entre la direction de deux sociétés appartenant au même groupe. Si l'une des sociétés du groupe signataires de la convention est administrateur de l'autre, les contrats sont soumis aux règles générales concernant les conventions réglementées¹⁷²⁸. L'inobservation de la procédure exigée pour les conventions réglementées avant la conclusion de la convention expose celle-ci à la nullité. La convention de direction intra-groupe prend généralement la dénomination de convention d'assistance. Ce genre de convention peut « ...déterminer les droits et obligations de chacune des sociétés et plus spécifiquement la nature et l'étendue des prestations que la société mère s'engage à accomplir au profit de la filiale. Il peut s'agir de

¹⁷²⁷ Com., 23 oct. 2012, F-P+B, n° 11-23.376, *S^{té} PG conseil développement (PGCD) c/ Chatel-Louroz ès qual*, *Rev. sociétés* 2013, p. 160, note A. REYGROBELLET : « ...l'arrêt retient qu'une telle convention constitue une délégation à la société unipersonnelle dont M. Goubeau est le gérant d'une partie des fonctions de décision, de stratégie et de représentation incombant normalement à ce dernier en sa qualité de directeur général de la société Mécasonic et qu'elle fait double emploi, à titre onéreux pour cette société, avec lesdites fonctions sociales ; qu'ayant ainsi fait ressortir que les obligations stipulées à la charge de la société Mécasonic étaient dépourvues de contrepartie réelle, la cour d'appel en a exactement déduit, sans avoir à faire la recherche dès lors inopérante visée à la seconde branche, que la convention litigieuse était dépourvue de cause et devait en conséquence être annulé ».

¹⁷²⁸ V. *supra* n° 264.

prestation de conseil dans divers domaines (commerciaux ou techniques) et notamment en matière de gestion du personnel »¹⁷²⁹. Ce contrat de management est conclu entre la société concernée et la société détenue par les dirigeants, son objet consiste à faire assurer la gestion de la société concernée par une autre société qui regroupe tout ou partie des dirigeants de la société gérée¹⁷³⁰. Au fait, certains pouvoirs relevant en principe des pouvoirs de la direction de la filiale comme le licenciement ou le recrutement des salariés de la filiale, sont transférés aux dirigeants de la société mère ou à ses cadres qui peuvent valablement engager les filiales par leurs actes. Il s'agit d'une sous-traitance de la fonction des dirigeants des filiales par les représentants de la société mère. La Cour de cassation admet cette sous-traitance pouvant être justifiée par une convention d'assistance préalablement conclue¹⁷³¹. En réalité, la convention d'assistance ne joue qu'un rôle faible au côté de l'existence d'un lien direct avec l'entreprise pour valider le pouvoir pour une personne autre que l'employeur, au sens le plus strict du terme, d'initier valablement une procédure de licenciement¹⁷³².

668. Cette convention d'assistance est exposée à la nullité lorsque la procédure de contrôle à laquelle sa conclusion est soumise n'est pas respectée. Une telle sanction semble faire planer une incertitude sur la pertinence de la participation de cette convention au renforcement durable la direction. En effet, les conseils d'administration étant souvent composés des mêmes membres, ceux-ci sont disqualifiés à participer au vote, car la loi exige l'exclusion de l'administrateur de la société intéressée à la convention du vote. S'il en est ainsi, il se révélerait parfois impossible pour le conseil d'administration d'autoriser les conventions d'assistance. A cet effet, le professeur MERLE relevait que « *dans les groupes, le vote risque d'appartenir à un seul administrateur. On se trouvera même quelquefois dans la situation où aucun administrateur ne pourra voter* »¹⁷³³. Or, la conclusion d'une convention réglementée en l'absence d'autorisation du conseil d'administration l'expose à la nullité¹⁷³⁴. Il n'est pas exclu que la nullité soit prononcée à la demande d'un administrateur non satisfait de la convention. Dans ce contexte, le renforcement de la direction de la filiale ne semble pas garantie, car la convention non autorisée peut être annulée alors que dans la société isolée, cette convention est stable et ne peut cesser que conformément à ces termes ou à la volonté du dirigeant et du tiers sollicité.

669. Cette situation peut, néanmoins, être débloquée grâce à l'application de l'article 447 alinéa 1^{er} de l'AUSCGIE révisé. Selon cet article, « *la nullité peut être couverte par un vote spécial de l'assemblée générale ordinaire intervenant sur rapport spécial du commissaire aux comptes exposant les circonstances en raison*

¹⁷²⁹ B. SAINTOURENS, *Convention d'assistance entre la société mère et sa filiale : licenciement d'un salarié d'une filiale par un salarié de la société mère*, note sous Cass. soc., 25 oct. 2011, n° 10-24054, *Société de gestion de restauration routière*, Bull. Joly Sociétés, n° 3, 2012, § 125, p. 256.

¹⁷³⁰ R. GIANNO et A.-É. COMBES, *La dénaturation du mandat social par la pratique dans les sociétés anonymes*, Gaz. Pal. 2002, n° 155, p. 4.

¹⁷³¹ Cass. soc., 25 oct. 2011, n° 10-24054, *Société de gestion de restauration routière*, Bull. Joly Sociétés, n° 3, 2012, § 125, p. 256, note B. SAINTOURENS.

¹⁷³² V. Cass. soc., 7 déc. 2011, n° 10-30222, *D.* 2012, AJ p. 24. – V. aussi, Cass. soc., 7 déc. 2011, n° 10-30222, *D.* 2012, AJ, p. 24.

¹⁷³³ Ph. MERLE, *Les conventions au sein des groupes*, préc., p. 49.

¹⁷³⁴ V. *supra* n° 268 s.

desquels la procédure d'autorisation n'a pas été suivie ». Dès lors, face à l'impossibilité pour le conseil d'administration d'autoriser la convention en raison de l'exclusion de tous ses membres du vote, le dirigeant peut conclure la convention en l'absence d'autorisation et la soumettre par la suite au commissaire aux comptes. Celui-ci se chargera de soumettre la convention, au vote de l'assemblée générale intervenant sur rapport spécial constatant l'impasse. L'approbation de la convention de direction par l'assemblée générale permettra de couvrir sa nullité. Ce n'est qu'à ce prix que la convention de direction peut être mise en oeuvre conformément à ses termes au service de la direction des filiales. Au cours de l'exécution de la convention, une vérification des actes accomplis par le tiers semble nécessaire pour se prononcer sur la légalité du périmètre dans lequel ces actes sont inscrits.

b. La vérification du périmètre des actes accomplis par le tiers sollicité

670. Le seul fait, pour le tiers de détenir la signature sociale, pour une durée de quelques mois, ne peut suffire, faute de démontrer l'existence d'autres éléments positifs de gestion et de direction, à caractériser la qualité de gérant de fait¹⁷³⁵. Cette affirmation d'un arrêt 16 décembre 1997 de la Cour d'appel de Paris évoque en substance un objet sur lequel peut porter la convention de direction et qui détermine le champ d'intervention du tiers. Lorsque le tiers se conforme aux missions qui lui sont confiées, il ne peut être qualifié de dirigeant de fait, encore faut-il que l'objet soit licite en ne stipulant des empiètements sur les pouvoirs du dirigeant par le tiers.

671. En revanche, lorsque le tiers franchit le périmètre de son pouvoir d'influence et s'immisce dans la direction de la société, il peut être qualifié de dirigeant de fait. Unanimement, la doctrine s'accorde à qualifier de « ...dirigeant de fait celui qui, en toute souveraineté et indépendance, exerce une activité positive de gestion et de direction »¹⁷³⁶. De cette définition, deux critères qui permettent de caractériser la direction de fait : il s'agit du critère de l'accomplissement d'une activité de direction exercée de façon indépendante par la personne en cause et du critère de l'accomplissement d'une activité positive de direction. Cette définition unitaire a fini par servir de repère pour la jurisprudence pour retenir ou non la qualification d'une direction de fait¹⁷³⁷. Parfois, en se référant à ces critères, la jurisprudence requalifie même en dirigeants de fait des personnes qui se cachent derrière un contrat de travail fictif pour en réalité intervenir dans la direction de la société¹⁷³⁸. Concrètement, la jurisprudence vise celui qui a joué un rôle actif dans la société, pris une part active dans la gestion ou encore le véritable

¹⁷³⁵ CA Paris 3^e ch. sect. A, 16 déc. 1997, n° 95/12075, *Feng c/ Me Giffard ès-qual.*, *Bull. Joly Sociétés* 1998 n° 4, § 126, p. 369. – Cass. com., 26 oct. 1999, n° 1721, *Sté Fauvet automobiles et autre c/ Sté Ford France et autres (cons. rapp. Rémy)*, *Bull. Joly Sociétés* 2000 n° 2, § 28, p. 149 note P. LE CANNU. – V. aussi, P. LE CANNU, *Direction de fait et contrat avec la société dirigée*, *Bull. Joly Sociétés* 1998, n° 1, § 1, p. 5.

¹⁷³⁶ J.-L. RIVES-LANGE, *La notion de dirigeant de fait au sens de l'article 99 de la loi du 13 juillet 1967 sur le règlement judiciaire et la liquidation des biens*, préc., p. 42 ; D. TRICOT, *Les critères de la gestion de fait*, préc., p. 26 ; N. DEDESSUS-LE-MOUSTIER, *La responsabilité du dirigeant de fait*, préc. n° 7 et s. ; C. DELATTRE, *L'inlassable travail de la Cour de cassation quant à la détermination de la notion de direction de fait*, *JCP E* 2007, 1872.

¹⁷³⁷ Pour un compilé d'illustrations, v. C. MASCALA, *Nouvelles illustrations de la notion de dirigeant de fait*, préc., p. 241.

¹⁷³⁸ V. par ex., Com., 6 mai 1969, *Bull. IV*, n° 157 ; - CA Paris, 8 févr. 1994, *RTD com.* 1994, p. 279, obs. Cl. CHAMPAUD et D. DANET.

animateur de la société¹⁷³⁹. La qualification d'une direction de fait comporte des dangers pour l'instigateur indiqué en lui faisant supporter la responsabilité de ses actes¹⁷⁴⁰.

672. Ainsi, le tiers lié à la société par une convention de direction n'est pas à l'abri d'un basculement vers sa qualification de dirigeant de fait. Le basculement vers le statut de dirigeant de fait est généralement favorisé, soit par la proximité du tiers avec le dirigeant, soit par les pouvoirs dont dispose le tiers sur le dirigeant. La proximité découle généralement des relations de parenté ou d'alliance. C'est le cas lorsque le tiers est le conjoint du dirigeant¹⁷⁴¹ ou son ascendant ou encore son descendant. Dans une autre hypothèse, le tiers lié au dirigeant par une convention de direction dispose en revanche des pouvoirs de coercition¹⁷⁴² sur le dirigeant : c'est généralement le cas des conventions d'assistance intra-groupes où la société mère peut intervenir dans la direction de la filiale. La proximité ou la condescendance du tiers à l'égard du dirigeant peuvent favoriser une perturbation de l'exécution de la convention de direction et dégénérer en une direction de fait.

Au demeurant, lorsque le tiers conventionné sort de son périmètre d'intervention, il inscrit ses actes dans en dehors de la légalité et s'expose aux conséquences inhérentes. Mais, lorsqu'il se limite à son cahier de charge défini dans son rapport avec le dirigeant, il peut en toute légalité participer au renforcement de la direction. Au fond, une convention de direction valable et respectée par le tiers présente des utilités pour l'entreprise.

2. L'utilité de la convention de direction

673. La convention de direction présente souvent des utilités indéniables dans certains groupements. Il s'agit des groupes de sociétés (a) et des groupements destinés à assurer des services hôteliers (b).

a. L'utilité au sein des groupes de sociétés

674. La convention de direction présente une utilité au sein des groupes de sociétés. Comme prototype d'une telle convention, la convention d'assistance généralement passée entre la société mère et ses filiales procure un intérêt à chacune des personnes concernées par le rapport tripartite : la société mère, la filiale et les employés de la filiale. Chaque partie à la convention y tire un intérêt.

675. D'une part, la convention d'assistance permet à la société mère de contrôler l'administration de la filiale sur le plan technique. Elle l'habilite à embaucher ou de licencier les agents du personnel de la filiale¹⁷⁴³. Cette prérogative lui garantit la mise en place d'une politique cohérente au sein du groupe en vue d'atteindre l'objectif projeté pour l'ensemble du groupe. D'autre part, la convention permet à la filiale elle-même, de voir renforcer sa direction par l'accroissement des ressources humaines dont il bénéficie grâce à la bienveillance de la société mère.

¹⁷³⁹ A. DUBOIS-de LUEY, *L'interposition de personne*, Thèse Paris-Sud 11, préf. B. ANCEL, LGDJ, 2010, p. 437, n° 765.

¹⁷⁴⁰ N. DEDESSUS-LE-MOUSTIER, *La responsabilité du dirigeant de fait*, préc., n° 24 et s.; J. M. PEREZ et F. MAZERON, *Dangers de la qualification de dirigeant de fait pour les acteurs du Private Equity*, JCP éd. E, n° 44, 2012, 1653.

¹⁷⁴¹ Sur le sujet, V. S. CASTAGNÉ, *Le conjoint du chef d'entreprise*, Litec, 2008.

¹⁷⁴² Th. GAUTHIER, *Les dirigeants et les groupes de sociétés*, op. cit., n° 77 et s. Pour cet auteur la coercition se traduit par le pouvoir de révoquer le dirigeant par la société mère. Il décline cette coercition en une coercition affirmée, d'une part, en une coercition maîtrisée, d'autre part.

¹⁷⁴³ V. supra n° 655.

676. Quant aux tiers à la convention de direction notamment les employés de la filiale, la convention d'assistance leur permet de prétendre à une action en justice contre l'une quelconque des deux sociétés à titre d'employeur lorsqu'une atteinte serait portée aux droits liés à leur qualité de salariés. La direction patronale de la filiale par la société mère l'expose donc à l'action *Aspocomp*¹⁷⁴⁴ au titre de co-employeur¹⁷⁴⁵ en cas de licenciement¹⁷⁴⁶ abusif d'un employé de la filiale. En dehors des groupes de sociétés, la convention de direction présente des utilités dans les sociétés hôtelières.

b. L'utilité au sein de sociétés hôtelières

677. Le domaine des services hôteliers est généralement favorable à la définition d'une convention de direction. Il en est ainsi, car l'exploitation des hôtels fait souvent l'objet du contrat de franchise où sa direction peut être concédée à une autre entreprise qui en prend les rênes. Les termes de cette concession doivent être circonscrits au management interne à la société. Par exemple, une société achète ou construit un hôtel et demande à une autre société de gestion, appartenant généralement à une grande chaîne hôtelière, d'en assurer partiellement l'exploitation. Cette collaboration est généralement encadrée par un contrat de franchise pouvant comporter des clauses selon lesquelles la société de gestion, outre sa marque qu'elle apporte, aura à former le personnel, prêter de l'argent lors de la constitution de l'hôtel et assurer le fonds de roulement¹⁷⁴⁷. La situation devient plus favorable à l'élaboration d'une telle collaboration, lorsque le franchiseur vient à prendre une participation dans le capital du franchisé¹⁷⁴⁸.

678. Certains auteurs notamment les professeurs MERLE¹⁷⁴⁹, COZIAN, VIANDIER et DEBOISSY¹⁷⁵⁰ partagent l'utilité d'une telle convention dans le domaine des services hôteliers même s'ils semblent relativiser la régularité de la convention ou des actes accomplis par le tiers chargé de la gestion de l'hôtel.

Le professeur MERLE a envisagé ce contrat entre une société anonyme française et un groupe américain spécialisé dans l'organisation et l'exploitation des hôtels à travers le monde. Pour lui, il convient d'examiner chaque contrat de management en particulier avant de se prononcer sur sa validité¹⁷⁵¹. Il a estimé, par la suite, qu'il apparaît dans le cas spécifié que la greffe du contrat de management sur une personne morale sera plus rejetée à cause de deux obstacles : le directeur général, le directeur technique d'une société anonyme ne peuvent être que des personnes physiques et jamais des personnes morales. Ensuite, l'organisation des pouvoirs dans la société

¹⁷⁴⁴ V. P. MORVAN, *Le licenciement des salariés d'une filiale (action Aspocomp)* . - *Entre employeur et co-employeurs*, *JCP S*, n° 41, 2010, 1407.

¹⁷⁴⁵ G. LOISEAU, *Co-emploi et groupes de sociétés*, *JCP S* 2011, n° 47, 1528 ; Y. PAGNERRE, *L'extension de la théorie des co-employeurs, source de destruction du droit du travail*, *JCP S* 2011, n° 39, 1423 ; P. MORVAN, *Co-emploi dans les groupes*, *JCP S* 2012, n° 6, 1052.

¹⁷⁴⁶ Par ex. Cass. soc., 16 janv. 2013, n° 11-26.398, F-D, *SAS Oman c/ Z.*, *JCP éd. E*, n° 20, 16 Mai 2013, 1286, note D. JACOTOT et V. THOMAS.

¹⁷⁴⁷ V. par ex., J. GUYENOT, *La franchise commerciale*, *RTD com.* 1973, p. 161.

¹⁷⁴⁸ V. B. DONDERO, *L'instrumentalisation du droit des sociétés : la franchise participative*, *JCP éd. E*, n° 46, 2012, 1671.

¹⁷⁴⁹ Ph. MERLE, *Contrat de management et organisation des pouvoirs dans la société anonyme*, préc., p. 246.

¹⁷⁵⁰ M. COZIAN, A. VIANDIER et Fl. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, *op. cit.*, n° 1477.

¹⁷⁵¹ Ph. MERLE, *Contrat de management et organisation des pouvoirs dans la société anonyme*, préc., n° 19.

anonyme s'oppose à ce qu'un mandat aussi général que celui du contrat de management soit donné à un tiers¹⁷⁵². Pour pallier cette difficulté, le remède qu'il propose est le contrat de franchise¹⁷⁵³.

Pour les professeurs COZIAN, VIANDIER et DEBOISSY, un service hôtelier peut être exploitée par une entreprise sollicitée par la société propriétaire de l'hôtel mais cela aboutit à placer la société propriétaire sous le contrôle de la société gérante, qui exerce sur elle une influence dominante. Dans ce contexte, ils estiment que la société gérante est exposée à la qualification de dirigeant de fait pour les besoins des procédures collectives de paiement¹⁷⁵⁴.

Au regard de ce raisonnement, il semble qu'en l'absence d'une procédure collective ou lorsque la société est viable, une tolérance serait observée à l'égard des actes accomplis par la société gestionnaire. Il n'est pas exclu dans le cadre de la collaboration issue de la convention de direction, qu'un empiètement des actes de gestion de l'hôtel sur les pouvoirs des dirigeants de la société propriétaire survienne. Mais l'avènement d'un empiètement ne peut suffire à lui seul pour faire disparaître la convention. Il peut être ignoré du moment que les partenaires à la convention tirent leurs profits escomptés.

679. Il appert que le domaine des services hôteliers semble propice pour la conclusion de convention de direction. Encore faut-il que l'objet et la cause de la convention soient licites pour mettre la convention à l'abri de la sanction.

Conclusion du chapitre 1.

680. Le statut des dirigeants sociaux connaît un assouplissement certain dans la mise en œuvre des techniques destinées à renforcer la direction. Séparément, ces techniques peuvent permettre d'atteindre un fonctionnement optimal de la direction. Pour autant, il n'est pas exclu que les deux soient simultanément empruntées. Mais le coût diffère en fonction des techniques. Les techniques sociétaires sont plus coûteuses, car l'augmentation du nombre des dirigeants s'accompagne d'un accroissement des charges de la société eu égard à la rémunération et autres avantages auxquels tous ces dirigeants peuvent prétendre, hormis ceux qui leur seraient éventuellement attribués en raison de leur qualité de salariés. En revanche, les techniques contractuelles ne nécessitent pas une augmentation nombre de dirigeants. La société peut nommer un seul dirigeant qui pourra constituer une équipe directoriale de salariés à qui il délègue des pouvoirs dans leurs domaines de compétence. En raison du moindre coût du renforcement par des techniques contractuelles, elle est propice à la direction des sociétés économiquement et financièrement pauvres. Par contre, les sociétés aisées ou les groupes de sociétés peuvent recourir aux techniques sociétaires couplées avec les techniques contractuelles. Le renforcement de la direction peut s'accompagner de la nécessité de stabiliser la direction pour éviter à la société des perturbations de la politique managériale suivie.

¹⁷⁵² *Ibid.*, n° 20.

¹⁷⁵³ *Ibid.*

¹⁷⁵⁴ M. COZIAN, A. VIANDIER et FI. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, *op. cit.*, n° 1477.

CHAPITRE 2.

LA STABILISATION DU FONCTIONNEMENT DE LA DIRECTION SOCIALE

681. La direction de société est une fonction instable. Classiquement, la révocation¹⁷⁵⁵ a été perçue comme la cause de cette instabilité. Cette conception mérite d'évoluer, car l'instabilité de la fonction peut aussi provenir de la démission des dirigeants¹⁷⁵⁶. En effet, la révocation et la démission sont des actes unilatéraux qui prennent effet dès leur notification au destinataire. L'espoir d'une réintégration est vain¹⁷⁵⁷. D'ailleurs, l'action du dirigeant *ès qualité* en annulation de la délibération ayant décidé sa révocation est généralement irrecevable¹⁷⁵⁸. L'instabilité de la fonction est liée au moment de la prise de ces actes de rupture. Ces actes n'interviennent qu'en cours de mandat et ce, contre l'avis du destinataire. Ils surprennent le destinataire et prennent effet indifféremment à son avis. Ces actes réceptices peuvent être pris pour des raisons égoïstes au détriment de l'intérêt social. C'est pourquoi, il est nécessaire d'envisager des précautions pour soumettre au contrôle la rupture anticipée de la collaboration entre la société et son dirigeant. Le contrôle permettra de dissuader les ruptures fantaisistes ou égoïstes intervenues au détriment de l'intérêt social. La quête d'une rupture raisonnée est susceptible de favoriser une stabilisation de la fonction sociale. Lorsque cette stabilisation est le fruit de l'infléchissement du pouvoir de révoquer, elle fait le bonheur du dirigeant (SECTION 1). Par contre, lorsqu'elle est le fruit du recul du droit de démissionner, elle fait le bonheur de la société (SECTION 2).

SECTION I. LA STABILISATION BÉNÉFIQUE DU DIRIGEANT

682. Le professeur GERMAIN écrivait ceci : « *ce qui change en droit des sociétés c'est l'intensité de l'ordre public et donc le risque d'engloutissement du continent de la pratique qui diminue, dans la mesure où l'ordre public décroît* »¹⁷⁵⁹. Une telle décroissance de l'ordre public favorise une extension des îlots de liberté. Dans le même sillage, la fonction de direction peut gagner en stabilité chaque fois que le pouvoir de révoquer recule. La marge de stabilité apparaît significative lorsque le pouvoir de révoquer subit un infléchissement considérable (§ 1) ou est passé sous le contrôle du dirigeant (§ 2).

¹⁷⁵⁵ V. not., J.-L. AUBERT, *La révocation des organes d'administration des sociétés commerciales*, RTD com., 1968, p. 977 ; R. BAILLOD, *Le « juste motif » de révocation des dirigeants sociaux*, préc., p. 395 ; Ph. REIGNE, *Révocabilité ad nutum des mandataires sociaux et faute de la société*, préc., p. 499 ; J.-J. CAUSSAIN, *La précarité de la fonction de mandataire social (Révocation et modes de protection)*, préc., p. 523 ; K. ADOM, *La révocation des dirigeants de sociétés commerciales*, préc., p. 488 ; D. MIELLET, *Liberté statutaire et contrôle de la révocation des mandataires sociaux "protégés"*, JCP éd. E, 1999, I, p. 1278 ; M.-H. DE LAENDER, *La révocation des dirigeants sociaux*, Dr. sociétés, mai 2000, n° 9 ; N. FREMEAUX, *L'avenir du régime de révocation des dirigeants sociaux*, LPA 2000, n° 253, p. 6 ; J. ATTARD, *La révocation des dirigeants sociaux : de la licéité des clauses écartant l'exigence légale du juste motif ?*, JCP éd. G, 2000, I, n° 217, p. 571 ; J.-F. BARBIERI, *La révocation des dirigeants sociaux : pour la liberté statutaire !*, JCP éd. E, 2001, Cah. dr. entr., n° 3, p. 5 ; B. SAINTOURENS, *La révocation des dirigeants sociaux dans l'actualité jurisprudentielle*, Bull. Joly Sociétés 2005 n° 6, § 152, p. 667 ; A. ALBARIAN, *La révocation des mandataires sociaux pour perte de confiance*, préc., n° 1 et s. ; N. BINCTIN, *La légalité procédurale en droit des sociétés – Contribution à l'étude de la révocation*, Petites affiches 2006, n° 182, p. 3.

¹⁷⁵⁶ V. not., H. SOULEAU, *La démission des dirigeants de sociétés commerciales*, préc., n° 1 s. ; D. MARTIN, *La démission des organes de gestion des sociétés commerciales*, préc. n° 1 s. ; A. LECOURT, *Retour sur la démission des dirigeants de groupements*, préc., n° 1 s.

¹⁷⁵⁷ En ce sens au sujet de la révocation, D. GIBIRILA, note sous Cass. com., 15 mai 2007, *Société Vedreine et compagnie*, Petites affiches 2007 n° 217, p. 16.

¹⁷⁵⁸ Cass. com., 17 déc. 2002, *SARL Marquette Hellige c/ Brousse*, Juris-Data n° 2002-017044, Dr. sociétés n° 3, Mars 2003, comm. 52, note J. MONNET.

¹⁷⁵⁹ M. GERMAIN, *Les manifestations en droit des sociétés*, Petites affiches 2003, n° 237, p. 10.

§ 1. L'infléchissement du pouvoir de révoquer le dirigeant

683. Le pouvoir de révoquer est par essence rigide¹⁷⁶⁰. Mais son exercice ne saurait porter atteinte aux droits fondamentaux du dirigeant. Pour préserver une dignité des dirigeants, le contrôle judiciaire s'est intensifié sur les révocations pour sanctionner celles qui sont illégitimes. Par contre, les conventions portant sur la révocation des dirigeants ne semblent admissibles que lorsqu'elles n'ont pas vocation à dissuader directement la révocation. Un tel aménagement conventionnel de la révocation offre peu de garantie pour un infléchissement du pouvoir de révoquer (B) alors que les sanctions judiciaires attirées par les révocations illégitimes nous paraissent efficaces dans l'assouplissement de ce pouvoir (A).

A. Une certitude au regard des sanctions attirées par les révocations illégitimes

684. Une révocation peut être régulière sans pour autant être légitime. La révocation est régulière, lorsqu'elle est prise conformément aux modalités prévues par la loi eu égard à la compétence de l'organe et aux conditions de vote. Par contre, comme l'a relevé le professeur REIGNE, « *il est bien certain qu'est irrégulière la révocation décidée par un organe irrégulièrement composé ou irrégulièrement convoqué ou encore incompetent* »¹⁷⁶¹. Un courant jurisprudentiel défend même l'annulation de la révocation lorsqu'elle est irrégulière la rendant assimilable à une voie de fait et postule pour une réintégration du dirigeant¹⁷⁶². Sur un autre plan, une révocation régulière peut être illégitime, lorsqu'elle est prise en violation du droit de la défense du dirigeant ou de mauvaise foi à travers la humiliation qu'elle fait subir au dirigeant et sa contrariété à l'intérêt social. Il s'agit alors d'un abus ou d'une faute dans l'exercice du pouvoir de révoquer. Ces excès exposent leurs auteurs à des sanctions pécuniaires. Une discipline est donc exigée dans l'exercice du pouvoir de révoquer à travers des sanctions de la violation du principe du contradictoire (1) et de la mauvaise foi entachant la révocation (2).

1. La sanction de la violation du principe du contradictoire

685. L'exigence du respect du principe du contradictoire¹⁷⁶³ dans le cadre d'une révocation n'émane ni de l'Acte uniforme de l'OHADA relatif au droit des sociétés commerciales, ni du Code de commerce français. Elle est une construction essentiellement prétorienne¹⁷⁶⁴. La garantie de son efficacité réside dans la sanction de sa violation. La sanction de la violation du principe du contradictoire constitue actuellement un instrument de rapprochement des deux modes de révocation (a) et sera à terme un instrument de leur fusion (b).

a. Un instrument actuel de rapprochement des modes de révocation

686. Qu'il s'agisse de la révocation *ad nutum* traduite en langue française par la révocation sur « *sur simple*

¹⁷⁶⁰ V. *infra* n° 707-708.

¹⁷⁶¹ Ph. REIGNE, *Révocabilité ad nutum des mandataires sociaux et faute de la société*, préc., n° 5.

¹⁷⁶² CA Abidjan, Chambre civile et commerciale (3^e chambre b), arrêt n° 65 du 02 févr.2007, *Poste de Côte d'Ivoire c/ ZEHI SEBASTIEN GBALE*, *Répertoire quinquennal OHADA 2006-2010*, tome II, p. 767. Cet arrêt a été approuvé par la Cour Suprême de Côte d'Ivoire, Chambre Judiciaire, arrêt n° 351/07 du 14 juin 2007, *Actualités juridiques n° 59*, p. 306 ; *Répertoire quinquennal OHADA 2006-2010*, t. II, p. 765.

¹⁷⁶³ Pour des études consacrées à la notion, V. not., M. A. FRISON ROCHE, *Généralité sur le principe du contradictoire*, th. Paris II, 1988 ; L. ASCENSI, *Du principe de la contradiction*, th. Paris I, préf. Loïc CADIET, Bibl. dr. pr., t. 454, LGDJ, 2006.

¹⁷⁶⁴ En droit français, v. Cass. com., 26 avril 1994, préc. – En droit OHADA, V. CCJA, arrêt n° 032/2007 du 22 nov. 2007, préc.

signe de tête » ou « au moindre signe », ou de la révocation pour juste motif, le respect du principe du contradictoire devient incontournable¹⁷⁶⁵. La violation de ce principe (i) s'impose comme une source autonome de responsabilité (ii).

i. La violation du principe du contradictoire

687. « Le respect de la contradiction fait désormais figure de critère classique d'appréciation du caractère abusif des révocations, qu'elles soient *ad nutum* ou pour juste motif, que ce soit devant la Cour de cassation ou les juridictions du fond »¹⁷⁶⁶. En renversant sa doctrine selon laquelle le principe du contradictoire n'avait pas sa place dans les procédures de révocation¹⁷⁶⁷, la Cour de cassation française a, dans un arrêt de du 26 avril 1994, opéré un revirement¹⁷⁶⁸. En effet, la révocation étant pour le dirigeant une sanction, elle a considéré que les droits de la défense doit être appliqués et notamment, le droit de disposer du temps utile afin de pouvoir présenter ses arguments, même s'il n'a pas le pouvoir de l'imposer à la société, puisque la révocation est décidée *ad nutum*. Ce principe instauré en faveur des dirigeants révocables *ad nutum* a été réaffirmé par la suite. Dans un arrêt du 26 novembre 1996, la Cour de cassation clarifie davantage le principe au sujet de la révocation d'un président du conseil d'administration. Elle avait relevé que la Cour d'appel ne pouvait qu'examiner si la révocation « ...avait été décidée brutalement, sans respecter le principe du contradictoire »¹⁷⁶⁹. Cette position de la Haute Cour est reprise par les juridictions de fond qui ne manquent pas de sanctionner le non-respect du principe du contradictoire par des sanctions pécuniaires¹⁷⁷⁰.

Mais elle est diversement interprétée par la doctrine. Le professeur LE CANNU partage ce principe. Il soutient que l'audition préalable du dirigeant avant sa révocation, est surtout nécessaire, « lorsque l'organe compétent pour décider, ou proposer, une révocation ou un non-renouvellement, comprend en son sein la personne visée, les principes de la collégialité imposent de convoquer cette personne en même temps que les autres membres de l'organe en cause »¹⁷⁷¹. Par contre, d'autres auteurs réfutent une conciliation du principe du contradictoire avec la révocation *ad nutum*¹⁷⁷².

688. En réalité, cette contradiction doctrinale est le reflet du clivage conceptuel qui agite les fondements même

¹⁷⁶⁵ J.-P. BERTREL, *La cohabitation de la révocabilité ad nutum et du principe du contradictoire*, préc., p. 74 ; P. LE CANNU, *Le principe de contradiction et la protection des dirigeants*, préc., p. 11 ; F.-X. LUCAS, *Le principe du contradictoire en droit des sociétés*, préc., p. 663 ; P. REIGNE, *Révocabilité ad nutum des mandataires sociaux et faute de la société*, préc., p. 499, spéc. n^{os} 10 et s. ; B. SAINTOURENS, *La révocation des dirigeants sociaux dans l'actualité jurisprudentielle*, préc., spéc. p. 670 et s. ; D. VIDAL, *Le respect du principe du contradictoire : une exigence du droit des sociétés ?*, préc., p. 3.

¹⁷⁶⁶ M. AZAVANT, *La sanction civile en droit des sociétés, Ou l'apport du droit commun au droit spécial*, préc., n^o 45.

¹⁷⁶⁷ Cass. com., 17 juill. 1984, *Bull. Joly Sociétés* 1984, p. 875. – Cass. com. 2 juill. 1973, *Bull. civ. IV*, n^o 232. Rapp. Cass. com. 19 janv. 1988, *Bull. Joly Sociétés* 1988, § 49, p. 208.

¹⁷⁶⁸ Cass. com., 26 avril 1994, préc. – Cass. com., 24 février 1998, *Bull. Joly Sociétés* 1998, § 169, p. 527, note C. PRIETO.

¹⁷⁶⁹ Cass. com., 26 nov. 1996, JCP éd. G 1997, II, n^o 22771, note Ph. REIGNE ; *Dr. et patr.*, n^o 1612, obs. J.P. BERTREL.

¹⁷⁷⁰ CA Paris, 27 oct. 1995, *Gasquy c/ Société financière pour le développement régional du tourisme et des loisirs*, *Bull. Joly Sociétés* 1996, § 11, p. 45.

¹⁷⁷¹ P. LE CANNU, *Le principe de contradiction et la protection des dirigeants*, préc., n^o 14.

¹⁷⁷² Cl. CHAMPAUD et D. DANET, note sous Civ. 1^{re}, 5 mars 2009, pourvoi n^o 08-11.643, arrêt n^o 232 F-D, *Robillard c/ Assoc. générale des chasseurs d'Andaines*, *RTD com.* 2009, p. 751 ; F.-X. LUCAS, note sous. Versailles, 12^e ch., 5 juin 2003, *Roux c/ Sté Unisys France*, *RDC* 2004, n^o 3, p. 737.

du droit des sociétés¹⁷⁷³. Dans la conception contractuelle de la société¹⁷⁷⁴, la révocation n'est que l'un des modes de résolution du contrat liant le mandataire aux associés. Elle est, par conséquent, étrangère à la notion de droits de la défense. Dans la conception institutionnelle de la société¹⁷⁷⁵, la révocation apparaît davantage, comme une sanction frappant un membre d'un organe de la société et qui relève du pouvoir disciplinaire de l'institution. Pour cela, les droits de la défense doivent être respectés.

Même si la conception contractuelle est de plus en plus fréquemment attaquée aujourd'hui, il est incontestable que la notion de révocabilité *ad nutum* est intimement liée à cette conception. Mais l'émergence de l'obligation de respecter les droits de la défense vient détruire le mécanisme même de la révocabilité *ad nutum*¹⁷⁷⁶. De toute évidence, cette exigence du principe du contradictoire dans la procédure de la révocabilité *ad nutum* vient relativiser la thèse selon laquelle les dirigeants visés par ce genre de révocation sont des mandataires sociaux et non des organes de la société. Comme l'a relevé le professeur BINCTIN, « l'obligation d'un processus contradictoire [est] (...) un élément d'une procédure de décision et non d'une procédure uniquement de révocation »¹⁷⁷⁷. De même, le professeur GERMAIN assimilait déjà le mandat social au mandat public en faisant observer que le dirigeant « ...ne devrait être révoqué que (...) sous le contrôle de la justice »¹⁷⁷⁸. Ces opinions favorables au dirigeant le considèrent comme un organe de la société en excluant toute référence au mandat dans la relation entre le dirigeant et la société. Cela étant, l'abus dans la révocation n'est exclu que lorsque la société fait le nécessaire pour permettre au dirigeant de présenter ses observations avant la

¹⁷⁷³ Pour des études conciliant les conceptions contractuelle et institutionnelle de la société, v. not., B. SAINTOURENS, *La flexibilité du droit des sociétés*, *RTD com.* 1987, p. 457 ; J.P. BERTREL, *Liberté contractuelle et sociétés, Essai d'une théorie du « juste milieu » en droit des sociétés*, préc., p. 595 ; M.C. MONSALLIER, *L'aménagement contractuel du fonctionnement de la sociétés anonyme*, préf. A. VIANDIER, *Bibl. dr. pr.*, t. 303, LGDJ, 1998 ; Y. GUYON, *Traité de droit civil, Les sociétés, Aménagements statutaires et conventions entre associés*, 5^e éd., LGDJ, 2002 ; P. MOUSSERON, *Les conventions sociétaires*, LGDJ, 2010 ; Y. CHAPUT, *La liberté et les statuts*, préc., p. 361.

¹⁷⁷⁴ En faveur de la thèse contractuelle de la société, not., A. COURET, *Les apports de la théorie micro-économique à l'analyse du droit des sociétés*, *Rev. sociétés* 1984, p. 243 ; D. SCHMIDT, *De l'intérêt social, RD bancaire et fin.* 1995, p. 1130 ; J. PRIEUR, *Droit des contrats et droit des sociétés, Etudes à la mémoire d'A. SAYAG*, Litec, 1997, p. 371 ; J. MESTRE, *La société est bien encore un contrat...*, *Mélanges J. MOULY*, Litec, 1998, p. 130 ; R. LIBCHABER, *La société, contrat spécial, Dialogues avec M. JEANTIN*, Dalloz, 1999, p. 281 ; S. ASENSIO, *Le dirigeant de société, un mandataire « spécial » d'intérêt commun*, préc., p. 683 ; J.-Ch. PAGNUCCO, *L'action sociale ut singuli et ut universi en droit des groupements*, thèse Bordeaux IV, préf. Fl. DEBOISSY, Fondation Varenne, LGDJ, 2006.

¹⁷⁷⁵ En faveur de la thèse institutionnelle de la société, v. not., HAURIOU, *L'institution et le droit statutaire, Recueil de législation de Toulouse*, 1906 ; J. PORTEMER, *Du contrat à l'institution*, *JCP* 1947, I, n° 586 ; A. AMIAUD, *L'évolution du droit des sociétés par actions, Mélanges RIPERT*, 1950, t. II, p. 287 ; J. LEBLOND, *Les pouvoirs respectifs de l'Assemblée générale, du Conseil d'administration, du président-directeur général et du directeur-général adjoint dans la doctrine institutionnelle*, *Gaz. Pal.* 1957, I, Doctr. p. 29 ; F. DERRIDA, *De la nature juridique des sociétés par intérêts depuis la loi du 24 juillet 1966, Mélanges AUDINET*, 1968, p. 43. Une partie de la doctrine a développé une conception liée aux finalités des sociétés, sous l'impulsion d'une analyse fonctionnelle venant ainsi réaffirmer la conception institutionnelle de la société : Cl. CHAMPAUD, *Le pouvoir de concentration de la société par actions*, *Sirey*, 1962 ; *Le contrat de société existe-t-il encore ? in Le droit contemporain des contrats, Travaux de la Faculté des sciences juridiques de Rennes*, Economica, 1987 ; J. PAILLUSSEAU, *La société anonyme, technique d'organisation de l'entreprise*, thèse, Rennes, 1967 ; *Les fondements du droit moderne des sociétés*, *JCP* 1984, I, n° 3148 ; *Le droit moderne de la personnalité morale, RTD civ.* 1993, p. 705.

¹⁷⁷⁶ Ph. REIGNE, *Révocabilité ad nutum des mandataires sociaux et faute de la société*, préc., n° 12.

¹⁷⁷⁷ N. BINCTIN, *La légalité procédurale en droit des sociétés - Contribution à l'étude de la révocation*, préc., n° 21.

¹⁷⁷⁸ M. GERMAIN, *Traité de droit commercial, G. Ripert et R. Roblot*, t. 1, n° 1287, LGDJ, 1996, 16^e éd.

décision de révocation et qu'il n'a pu répondre¹⁷⁷⁹.

689. Cet instrument de protection instauré en faveur des dirigeants révocables *ad nutum* est par la suite étendu aux dirigeants révocables pour juste motif. Dans un arrêt du 30 novembre 2004¹⁷⁸⁰, un directeur général¹⁷⁸¹ a été évincé à la faveur d'une démission artificielle du président du conseil d'administration et qui lui a permis de ne plus le proposer à son poste. Cette démission exceptionnelle a entraîné une révocation déguisée du directeur général sans que sa révocation ait été inscrite à l'ordre du jour. La Cour de cassation avait approuvé un arrêt d'appel qui a relevé que « ...la lecture du procès-verbal de ce conseil d'administration démontre qu'il n'y a eu aucune discussion ni aucune possibilité donnée à M. Regol de connaître les motifs de la décision prise à son encontre et de pouvoir présenter ses observations pour la défense de ses intérêts, ce dont il résulte que le principe de la contradiction n'avait pas été respecté ». Cette décision vient assimiler le non-renouvellement du mandat à une révocation en exigeant dans tous les cas de figure le respect du principe du contradictoire. Outre l'exigence d'un juste motif pour leur révocation qu'il peut faire défendre devant le juge, les dirigeants concernés ont le droit de se défendre contre les motifs qui leur sont reprochés devant l'organe compétent pour sa révocation.

690. Grâce au principe du contradictoire, le dirigeant révocable *ad nutum* bénéficie davantage du droit à l'information préalable sur les motifs de sa révocation¹⁷⁸², même si le cadre envisagé pour la contradiction est la séance au cours de laquelle serait prise la décision de sa révocation. La lettre de convocation à la réunion du conseil d'administration ou à l'assemblée générale devra comporter le motif justifiant le projet de révocation. L'obligation ne serait pas remplie si la lettre de convocation informait seulement le dirigeant de l'éventualité de sa révocation au cours de l'une ou l'autre de ces réunions¹⁷⁸³. Il apparaît donc que le régime de révocation des dirigeants révocables *ad nutum* s'apparente à celui des dirigeants révocables pour juste motif¹⁷⁸⁴ du moment où, quel que soit le mode de révocation, les dirigeants disposent du droit d'être informés sur les motifs de leur révocation pour ensuite présenter sa défense. A ce sujet, le professeur GIBIRILLA trouve que le droit à se faire entendre doit être exercé par l'intéressé en personne qui ne saurait se faire assisté par un défenseur¹⁷⁸⁵ comme dans le cadre d'un procès. Le professeur BINCTIN relève de sa part que l'exercice du droit à la défense peut prendre aussi bien une forme orale qu'écrite et qu'il faut que la décision soit impartiale en excluant le dirigeant visé de la prise de décision¹⁷⁸⁶.

¹⁷⁷⁹ Cass. com., 15 mai 2007, *Société Vedreine et compagnie*, *Petites affiches* 2007 n° 217, p. 16, note D. GIBIRILA ; D. 2007. AJ. 1511, obs. A. LIENHARD ; *JCP éd. E* 2007. 2158, note A. VIANDIER ; *Gaz. Pal.* 2007, n° 220, p. 5, note F. GUERCHOUN ; *RTD com.* 2007 p. 773, note P.LE CANNU et B. DONDERO ; *Rev. sociétés* 2008 p. 780, note M.-L. COQUELET ; *Petites affiches* 2008, n° 118, p. 13, note Ph. EMY.

¹⁷⁸⁰ Com., 30 nov. 2004, *Société Groupe Joliez-Regol c/ M. Christian Regol*, *Rev. sociétés* 2005, p. 639, note L. GODON.

¹⁷⁸¹ Le directeur général est devenu révocable pour juste motif à la faveur de la loi française sur les nouvelles régulations économiques du 15 mai 2001 (loi dite NRE).

¹⁷⁸² K. ADOM, *La révocation des dirigeants de sociétés commerciales*, préc., n° 9.

¹⁷⁸³ *Ibid.*

¹⁷⁸⁴ En ce sens, F.-X. LUCAS, *L'avenir de la révocabilité ad nutum des dirigeants sociaux*, *Dr. sociétés* n° 11, Novembre 2001, somm. 100010.

¹⁷⁸⁵ D. GIBIRILA, *Circonstances de la révocation du président du conseil d'administration et principe de la contradiction*, D. 1997, p. 493.

¹⁷⁸⁶ N. BINCTIN, *La légalité procédurale en droit des sociétés - Contribution à l'étude de la révocation*, préc., n° 19.

Certes, l'impartialité de la décision de révocation va de soi si le dirigeant n'est pas associé. Mais, lorsqu'il est associé, il ne peut être exclu du vote¹⁷⁸⁷, car la révocation n'est pas une convention réglementée où son approbation nécessite l'exclusion du dirigeant intéressé¹⁷⁸⁸. D'ailleurs, si le dirigeant dispose du contrôle de la société, il peut même paralyser tout projet de révocation initié contre lui¹⁷⁸⁹.

691. Par ailleurs, le principe du contradictoire ne saurait donner aux juges du fond un pouvoir d'appréciation, soit de l'existence des motifs, soit du bien-fondé d'une révocation *ad nutum*. La Cour de cassation censure la décision de certaines juridictions de fond qui ont tendance à apprécier les griefs dont se prévalent les sociétés contre le dirigeant et encadre le contrôle des juges de fond de strictes limites : les motifs de la société à l'encontre du dirigeant évincé ne sauraient être pris en compte par le juge¹⁷⁹⁰. Le rôle des juges se limite au contrôle des circonstances de la révocation, notamment celui du respect de la procédure de révocation et non des motifs. C'est le vice de procédure dans la révocation qui est sanctionné. Ainsi, les dirigeants révocables *ad nutum* trouvent-ils une certaine protection liée à la procéduralisation¹⁷⁹¹ de leur révocation qui rapproche le régime de leur révocation à celui des dirigeants révocables pour juste motif. Un auteur voit dans ces tempéraments tant doctrinaux que jurisprudentiels apportés au pouvoir de révocation une professionnalisation progressive de la mission du dirigeant social¹⁷⁹². Cette protection demeure fragile¹⁷⁹³ eu égard à certaines dispositions de la loi qui permettent la révocation sans qu'elle soit inscrite à l'ordre du jour¹⁷⁹⁴ et à la persistance de certaines décisions en ce sens¹⁷⁹⁵. De toute manière, lorsque l'abus est constaté par le juge, la dirigeant victime a droit à des réparations.

ii. La réparation du préjudice causé par la violation du principe du contradictoire

692. La mise en œuvre de la responsabilité pour violation du principe du contradictoire consistera à identifier le responsable et à déterminer le montant des dommages-intérêts qui sera versé au dirigeant victime. La décision ayant été prise par la société à travers ses organes, il est logique que la responsabilité sociale soit retenue. Mais

¹⁷⁸⁷ En ce sens, P. LE CANNU, *Le principe de contradiction et la protection des dirigeants*, Bull. Joly Sociétés 1996 n° 1, § 2, p. 11, n° 14.

¹⁷⁸⁸ V. *supra* n° 260 s.

¹⁷⁸⁹ V. *infra* n° 743 s.

¹⁷⁹⁰ D. GIBIRILA, *Circonstances de la révocation du président du conseil d'administration et principe de la contradiction*, préc., p. 493 ; J.-L. AUBERT, *La révocation des organes d'administration des sociétés commerciales*, préc., p. 977 ; D. DANET et Cl. CHAMPAUD, note sous, Com. 2 juin 1992, *Fournier c/ Mesly d'Arloz*, RTD com. 1993, p. 521.

¹⁷⁹¹ V. N. BINCTIN, *La légalité procédurale en droit des sociétés - Contribution à l'étude de la révocation*, préc., p. 3 ; P. LOKIEC, *La décision et le droit privé*, préc., p. 2293 ; A. BENNINI, *La procéduralisation du droit des sociétés*, RTD com. 2010, p. 499 ; A. COURET, *Le droit des sociétés et le besoin de sécurité à l'aube du troisième millénaire*, préc., n° 8.

¹⁷⁹² C. MALECKI, *Les dirigeants des filiales*, préc., n° 13.

¹⁷⁹³ En ce sens, V. ALLEGAERT, *Le droit des sociétés et les libertés et droits fondamentaux*, *op. cit.*, n° 278 et s. L'auteur trouve que la protection des dirigeants issue du principe du contradictoire a un caractère théorique voire aléatoire. En effet, à son avis, « l'application du principe du contradictoire en matière de révocation soulève des difficultés de mise en œuvre et engendre une confusion certaine entre les règles de fond et les règles de formes. Et, parce que ces divers problèmes n'ont pas encore trouvé d'issues certaines, l'efficacité de la protection invoquée garde un aspect fort hypothétique ».

¹⁷⁹⁴ Art. L. 225-105 du Code de commerce et art. 522 de l'AUSCGIE.

¹⁷⁹⁵ CA Toulouse, 2e ch., sect. 2., 22 janv. 2008, T. c/ SAS Holis Technologie, *JurisData* n° 2008-355933, *Dr. sociétés* n° 11, Novembre 2008, comm. 231, note J. MONNET. – Cass. com., 28 févr. 1977, *Rev. sociétés* 1978, p. 245, note J.-P. GASTAUD. – Cass. com., 29 juin 1993, n° 91-14.778, *P, Société Cornille Léotard diffusion c/ Cornille*, *JurisData* n° 1993-001429 ; *RJDA* 1993, p. 782 ; *Rev. sociétés* 1994, p. 63, note F. PASQUALINI. – CA Paris, 1re ch., sect. A., 10 janv. 2006, *Ganem c / SARL Clinique ophtalmologique Lamartine*, *JurisData* n° 2006-292549 ; *Bull. Joly Sociétés* 2006 § 125, p. 597 note G. BARANGER.

le comportement des animateurs de l'organe délibérant peut être pris en compte pour retenir aussi leur responsabilité dès lors qu'ils n'ont pas recherché suffisamment l'intérêt de la société dans la révocation¹⁷⁹⁶. C'est le cas d'un président du conseil d'administration qui a envoyé la lettre de révocation avant la prise de décision par le conseil d'administration. Il peut s'agir aussi de l'associé majoritaire qui a pris l'initiative avant la délibération de l'assemblée générale. Les juges disposent d'une grande liberté pour situer individuellement ou, s'il y a lieu, solidairement les responsabilités¹⁷⁹⁷.

693. L'évaluation du préjudice découlant d'une révocation abusive ne saurait tenir compte des répercussions de la décision critiquée sur la situation personnelle du dirigeant, de l'importance des revenus qu'il percevait avant sa révocation, de l'incidence de son éviction sur ses chances de valorisation de ses droits sociaux et de l'évolution des profits d'une société en difficulté financière¹⁷⁹⁸. Ce préjudice doit être distinct de celui résultant de son éviction. En d'autres termes, les dommages-intérêts alloués pour abus du droit de révoquer doivent être appréciés au regard du préjudice émanant de l'abus, notamment l'atteinte à la réputation et à l'honneur du dirigeant, qui est distinct du préjudice provoqué par la décision de révocation elle-même, telle que la perte de rémunération¹⁷⁹⁹. Car il n'est pas exclu que le dirigeant mérite sa révocation mais il faut au préalable l'écouter.

Le dommage prend alors la forme d'un préjudice moral particulier, distinct de celui qui peut être causé au dirigeant par une décision de révocation en raison des circonstances intentionnellement fautives¹⁸⁰⁰. Dans un arrêt du 29 mars 2011, la Cour de cassation avait approuvé un arrêt d'appel qui a indemnisé le préjudice moral causé au dirigeant à hauteur de 30 000 euros pour violation du non-respect du principe de la contradiction et atteinte à son honneur¹⁸⁰¹. Il n'en demeure pas moins que les parties peuvent anticiper sur la sanction judiciaire en concluant valablement une transaction sur les indemnités à verser pour une révocation abusive¹⁸⁰². Cette sanction peut servir à dissuader les atteintes au droit du dirigeant et à adoucir l'exercice même du pouvoir de révocation. Et comme le relevait un auteur, « *là où jusqu'alors siégeait un droit de révocation ad nutum, émerge aujourd'hui une obligation de contradiction laquelle n'est pas loin de donner le jour à une obligation de motivation voire demain peut-être à un droit à la stabilité de la fonction* »¹⁸⁰³. Il n'est pas exclu qu'à terme, le principe du contradictoire garanti par la sanction de sa violation sera un instrument fédérateur des modes de révocation.

b. Un instrument fédérateur à terme des modes de révocation

694. Une suppression éventuelle par les volontés privées de l'exigence de justes motifs de révocation des

¹⁷⁹⁶ P. LE CANNU, *Le principe de contradiction et la protection des dirigeants*, préc., n° 27.

¹⁷⁹⁷ Cass. com., 1^{er} févr. 1994, *RJDA* 1994, n° 540.

¹⁷⁹⁸ Cass. com., 15 mai 2007, préc.

¹⁷⁹⁹ D. GIBIRILA, note sous Cass. com., 15 mai 2007, *Société Vedreine et compagnie, Petites affiches* 2007 n° 217, p. 16.

¹⁸⁰⁰ P. LE CANNU et B. DONDERO, note sous Cass. com., 15 mai 2007, *Société Vedreine et compagnie, RTD com.* 2007, p. 773.

¹⁸⁰¹ Com., 29 mars 2011, F-D, n° 10-17.667, *S¹⁶ Val d'Yonne habitat c/ Charbonnier, Rev. sociétés* 2011, p. 563, J.-F. BARBIERI.

¹⁸⁰² Com., 1^{er} mars 2011, F-D, n° 10-13.993, *S¹⁶ Havas c/ Duplessis de Pouzilhac, Rev. sociétés* 2012, p. 41, P. LE CANNU ; *Rev. sociétés* 2011 p. 231, A. LIENHARD.

¹⁸⁰³ M. AZAVANT, *La sanction civile en droit des sociétés, Ou l'apport du droit commun au droit spécial*, préc., n° 48.

dirigeants protégés par cette exigence viendrait les rapprocher des dirigeants révocables *ad nutum*. Dès lors que tous les dirigeants sont librement révocables, leur protection ne résiderait que dans le respect du principe du contradictoire. Ce principe devient l'instrument fédérateur des deux modes de révocation.

695. En effet, si l'aménagement de la révocation ne doit avoir pour effet d'empêcher la révocation¹⁸⁰⁴, il peut, au contraire, avoir vocation à la faciliter. Une telle facilitation est vaine au sujet de la révocation *ad nutum* où la liberté de se séparer du dirigeant s'avère déjà intégrale. Seule la révocation pour juste motif peut faire l'objet d'un aménagement pour la rendre plus facile par la suppression de l'exigence du juste motif et, par conséquent, celle de l'allocation de dommages et intérêts. Une telle régression de la protection des dirigeants révocables pour juste motif a été admise dans le cadre des sociétés civiles. Dans un arrêt 6 janvier 1999¹⁸⁰⁵, la troisième Chambre civile de la Cour de cassation a validé l'insertion, dans des statuts de société civile, d'un mécanisme de révocation *ad nutum* alors qu'on s'entendait à estimer que seule une révocabilité pour justes motifs était ici possible. La Chambre civile pose le principe selon lequel, « *sauf disposition contraire des statuts, le gérant est révocable par une décision des associés représentant plus de la moitié des parts sociales ; que si la révocation est décidée sans juste motif, elle peut donner lieu à des dommages-intérêts* ». Sous le visa de l'article 1851 du code civil, elle a cassé ensuite un arrêt d'appel qui a retenu que « *l'article 1851 du Code civil n'autorise qu'une différence statutaire de majorité et que le gérant est toujours librement révocable, seule lui étant ouverte, en cas d'absence de juste motif, une action en dommages-intérêts ; Qu'en limitant ainsi les possibilités statutaires de dérogation à la seule différence de majorité, la cour d'appel a violé le texte susvisé* ». Cette décision admet donc la possibilité pour les statuts de supprimer l'exigence de juste motif et par voie de conséquence les dommages et intérêts auxquels le dirigeant peut prétendre. Elle s'inscrit dans le courant libéral du droit des sociétés¹⁸⁰⁶. Et l'on se demande d'ailleurs si cette jurisprudence ne serait pas extensible aux sociétés en nom collectif et aux SARL¹⁸⁰⁷. Si la réponse était positive, tous les dirigeants deviendraient à terme révocables *ad nutum*. D'ailleurs, la jurisprudence avait déjà décidé antérieurement que l'irrévocabilité édictée par la loi en faveur des gérants de SARL n'était pas d'ordre public et qu'une clause statutaire pouvait valablement attribuer à l'assemblée des associés le droit de révocation même *ad nutum*¹⁸⁰⁸. Cette souplesse du régime de la révocation des gérants est partagée par une partie de la doctrine¹⁸⁰⁹. L'acceptation de la fonction de dirigeant dans ces conditions constitue une renonciation par le dirigeant révocable pour justes motifs à la protection que la loi lui reconnaissait. Par conséquent, tant que les statuts seraient maintenus en l'état, le dirigeant perd le droit de combattre les motifs de sa révocation devant le juge.

696. La suppression du juste motif de révocation fait disparaître toute distinction entre les deux modes de

¹⁸⁰⁴ V. *infra* n° 707 s.

¹⁸⁰⁵ Cass. 3^e civ. 6 janv. 1999, *Rev. sociétés* 1999, p. 380, note B. SAINTOURENS ; *RTD com.* 1999, p. 451, obs. M.H. MONSERIE-BON ; *JCP éd. E* 1999, p. 669, obs. J.J. CAUSSAIN et A. VIANDIER ; *Bull. Joly Sociétés* 1999, p. 498, note A. COURET ; *Dalloz Affaires* 1999, p. 263, note V. A.-R. ; *Dr. sociétés* 1999, n° 34, p. 12, obs. Th. BONNEAU.

¹⁸⁰⁶ En ce sens, J. ATTARD, *La révocation des dirigeants sociaux*, préc., p. 571.

¹⁸⁰⁷ D. MIELLET, *Liberté statutaire et contrôle de la révocation des mandataires sociaux protégés*, préc., p. 1278 ; S. ASENCIO, *Le dirigeant de société, un mandataire « spécial » d'intérêt commun*, préc., n° 28.

¹⁸⁰⁸ Cass. req., 21 mars 1939, *Gaz. Pal.* 1939, 1, 974 ; CA Paris, 24 juin 1944, *JCP* 1946, II, 3187, note D. BASTIAN.

¹⁸⁰⁹ J. L. AUBERT, *La révocation des organes d'administration des sociétés commerciales*, préc., p. 977 ; S. SCHILLER, *Les limites de la liberté contractuelle en droit des sociétés (Les connexions radicales)*, *op. cit.*, spéc. n° 853-855.

révocation ; la protection des dirigeants ne résiderait exclusivement que dans le respect du principe du contradictoire par les associés. En d'autres termes, sur le fondement de la loi ou des statuts, les associés peuvent révoquer à tout moment les dirigeants, mais dans le respect strict du principe du contradictoire au risque d'encourir des sanctions. Contrairement au juste motif, le principe du contradictoire est un droit fondamental qui ne saurait être supprimé par des conventions particulières. Toute convention destinée à la supprimer est, à notre avis, réputée non écrite. Ainsi, observera-t-on une fusion des régimes de révocation et le principe du contradictoire deviendrait à terme l'instrument de protection commun à tous les dirigeants. A cet effet, un auteur s'est posé la question suivante : « *pourra-t-on encore longtemps continuer à maintenir la construction éclatée et contradictoire qui est celle des règles applicables aux dirigeants de société alors que tout pousse à l'unité de leur statut ?* »¹⁸¹⁰. Dans sa réponse, il affirme que, « *il n'est en effet pas normal d'assister à des substitutions illégales de régime juridique quand par exemple la jurisprudence applique de manière plus ou moins cachée les règles de la révocabilité avec justes motifs aux dirigeants révocables ad nutum et inversement met en œuvre les principes de la révocabilité ad nutum alors que le dirigeant n'est révocable que pour justes motifs ou causes légitimes* »¹⁸¹¹. Dans la même optique une partie de la doctrine¹⁸¹² postule que l'évolution du statut des dirigeants tend vers une uniformisation des régimes de révocation des dirigeants. Se fondant sur un principe irréductible, cette uniformisation projetée viendrait provoquer un recul du pouvoir de révoquer en plus de la menace de la sanction attirée par une révocation de mauvaise foi.

2. La sanction attirée par la révocation de mauvaise foi

697. En dépit du respect du principe du contradictoire par les associés, les dirigeants peuvent être victimes de certains faits savamment orchestrés au cours de la révocation (a). Ces faits engagent la responsabilité de leurs auteurs qui seront contraints à réparer le préjudice causé au dirigeant (b).

a. Les faits générateurs de la sanction

698. La révocation de mauvaise foi se caractérise par certains faits saillants pouvant être classés en trois catégories : la violation de la loi, l'humiliation sciemment infligée au dirigeant et la contrariété de la révocation à l'intérêt social. S'agissant de la mauvaise foi résultant de la violation de la loi, il peut s'agir de la violation des règles relatives à la tenue et à la convocation des membres de l'organe compétent pour révoquer. S'agissant des humiliations, on peut relever les circonstances anormales de la révocation. *Tertio*, la contrariété de la révocation résulte d'une volonté de remplacer un dirigeant défavorable à la mise en œuvre de directives compromettantes pour la société dictées par les membres de l'organe de révocation pour installer un autre dirigeant aux ordres,

¹⁸¹⁰ S. ASECIO, *Le dirigeant de société, un mandataire « spécial » d'intérêt commun*, préc., n° 34.

¹⁸¹¹ *Ibid.*

¹⁸¹² K. ADOM, *La révocation des dirigeants des sociétés commerciales*, préc., n° 20, p. 508, S. ASECIO, *Le dirigeant de société, un mandataire « spécial » d'intérêt commun*, préc., n° 39 ; J.J. DAIGRE, *Réflexions sur le statut individuel des dirigeants de sociétés anonymes*, préc., p. 514 ; Ph. MERLE, *Droit des sociétés*, op. cit., n° 386 ; D. MIELLET, *Liberté statutaire et contrôle de la révocation des mandataires sociaux protégés*, préc., p. 1278 ; S. SCHILLER, *Les limites de la liberté contractuelle en droit des sociétés (Les connexions radicales)*, op. cit., n° 856.

prêt à faire prévaloir l'intérêt des majoritaires sur ceux de la société¹⁸¹³.

Ces caractéristiques constituent indéniablement des fautes intentionnelles susceptibles d'exposer leurs auteurs à la responsabilité. Il n'est pas rare de constater des révocations qui sont à la fois intentionnellement fautives et simplement abusives. Dans un arrêt du 3 janvier 1996, la Cour de cassation releva que « *la révocation d'un directeur général peut intervenir à tout moment et n'est abusive que si elle a été accompagnée de circonstances ou a été prise dans des conditions qui portent atteinte à la réputation ou à l'honneur du dirigeant révoqué ...* »¹⁸¹⁴. La Haute cour a rassemblé tous les faits sous le vocable de révocation abusive. Elle est suivie dans cette voie par d'autres juridictions du fond¹⁸¹⁵.

699. Or, il importe de faire une distinction entre la révocation simplement abusive et la révocation intentionnellement fautive. Le professeur REIGNE a eu à regrouper, d'une part, les révocations irrégulières intervenant en cas d'omission de son inscription à l'ordre du jour – inspirée de la jurisprudence dite des incidents de séance¹⁸¹⁶ – ou en cas de violation du droit de la défense et, d'autre part, les révocations abusives eu égard aux circonstances et aux prétextes fallacieux évoqués, sous le vocable unique de révocation fautive¹⁸¹⁷. Aussi, M. EMY intègre-t-il à la révocation abusive, la révocation prise dans des conditions vexatoires¹⁸¹⁸.

A notre avis, la révocation est simplement abusive, lorsqu'elle porte atteinte au principe du contradictoire. Prise isolément, la violation de ce principe adopté en droit des sociétés, est indépendante de toute violation de principes propres gouvernant la révocation des dirigeants. Il n'est pas exclu que sa commission soit favorisée par des indécidatesses du dirigeant au sujet desquelles il n'est plus nécessaire de l'entendre¹⁸¹⁹. En dépit de son caractère abusif, la violation du principe du contradictoire ne vise pas forcément à nuire intentionnellement au dirigeant mais à faire économie de temps d'audience à consacrer à un dirigeant fautif dont les explications ne peuvent faire avorter sa révocation. Cette violation est simplement abusive mais n'est pas intentionnellement fautive. Par contre, la révocation est intentionnellement fautive lorsque ses circonstances sont vexatoires et brutales en dépit des maladresses du dirigeants ou lorsqu'il y a violation des prescriptions légales relatives à la convocation et à l'organisation du vote devant la sanctionner ou encore lorsqu'elle porte atteinte à l'intérêt social.

Cette distinction est importante, car elle permet de déterminer la réparation liée à chaque type de révocation illégitime. Il est incontestable que les éléments considérés dans l'évaluation du préjudice causé par une révocation

¹⁸¹³ CA Paris, 17 oct. 1995, *Dr. sociétés*, n° 1, janv. 1996, p. 15. V. aussi, M.-P. LAMOUR, *La responsabilité personnelle des associés*, D. 2003, p. 51.

¹⁸¹⁴ Cass. com., 3 janv. 1996, préc.

¹⁸¹⁵ Paris, 3^e ch. B, 8 avr. 1994, *Spilmont c/ Soc. Econocom Location et autres*, *RTD com.* 1994, p. 520, note B. PETIT et Y. REINHARD ; CA Lyon, 3^e ch. civ., 9 janv. 2003, *Bouvret c/ Sté Elyo Centre Est et a.*, *Juris-Data* n° 2003-210657, *JCP éd. E.*, n° 31, 2003, 1161, note A. VIANDIER.

¹⁸¹⁶ V. A. BRUN, *De l'abus du droit de révocation des administrateurs*, *RTD com.* 1938, pp. 761-764. – V. aussi, Civ. 1^{re}, 5 mars 2009, pourvoi n° 08-11.643, arrêt n° 232 F-D, *Robillard c/ Assoc. générale des chasseurs d'Andaines*, *RTD com.* 2009 p. 751, note Cl. CHAMPAUD et D. DANET.

¹⁸¹⁷ Ph. REIGNE, *Révocabilité ad nutum des mandataires sociaux et faute de la société*, préc., p. 499.

¹⁸¹⁸ Ph. EMY, note sous Cass. com., 15 mai 2007, *Société X c/ M. X*, (Pourvoi n° 05-19.464), *Petites affiches* 2008, n° 118, p. 13.

¹⁸¹⁹ Com., 22 oct. 2013, *Rev. sociétés* 2014, p. 88, note B. SAINTOURENS.

simplement abusive¹⁸²⁰ sont différents de ceux de la révocation intentionnellement fautive¹⁸²¹. Dans un autre arrêt du 13 mars 2001, la Cour de cassation avait retenu la responsabilité personnelle de l'associé au motif que « la décision de révocation avait été prise en violation flagrante des règles légales relatives à la tenue et à la convocation des assemblées des associés et alors qu'une décision inspirée par une intention vexatoire et contraire à l'intérêt social, caractérise de la part de ses auteurs une volonté de nuire constitutive d'une faute »¹⁸²². Cet arrêt n'évoque qu'une révocation fautive tirée de la mauvaise foi de ses auteurs. La faute a consisté en une violation intentionnelle de la loi, puis en une intention de déstabiliser le dirigeant. Il s'agit d'un acte de mauvaise foi constitutive de faute personnelle de l'associé qui ne peut engager que sa seule responsabilité.

700. L'associé ne saurait être poursuivi sans qu'il soit retenu à son encontre une faute personnelle, contrairement au droit allemand où la responsabilité de l'associé peut être retenue même sans faute¹⁸²³. Comme l'a affirmé un auteur, « la faute personnelle serait ainsi à la responsabilité des associés ce que la faute détachable des fonctions est à la responsabilité des agents publics : une condition sine qua non de leur responsabilité »¹⁸²⁴. Dans le cadre strict du droit des sociétés, on pourrait aussi dire que cette faute intentionnelle est à la responsabilité de l'associé ce que la faute détachable est pour la responsabilité du dirigeant. Cette évolution peut-elle aboutir à l'admission de la faute détachable de l'associé ? La détectabilité éventuelle de la faute de l'associé conforterait son introduction dans le champ de la responsabilité civile malgré l'appartenance de l'associé au groupement qu'est la société. Ce contexte est assimilable à la faute délictuelle du contractant¹⁸²⁵ dont la réparation est indépendante de sa responsabilité contractuelle.

b. La réparation du préjudice causé au dirigeant par une révocation de mauvaise foi

701. La révocation de mauvaise foi du dirigeant reprochée à la société ou aux associés fait dispenser d'établir de manière précise le lien de causalité entre les manquements et le préjudice subi par le dirigeant. Le préjudice résultant de cette révocation ne saurait être vu comme une perte de chance. La Cour de cassation avait déjà relevé que « le préjudice constitué par la perte d'une chance de conserver les fonctions est sans lien avec les fautes commises lors de la révocation »¹⁸²⁶. Le caractère fautif de la révocation est déjà de nature à justifier l'allocation de dommages-intérêts¹⁸²⁷. Pour évaluer le préjudice, les juges prennent généralement en compte le

¹⁸²⁰ V. *supra* n° 692-693.

¹⁸²¹ V. *supra* n° 701-705

¹⁸²² Cass. com., 13 mars 2001 ; *Mme Gautier, épouse Mesny c/ Baumgartner*, *Bull. IV*, n° 60 ; *JCP éd. E*, n° 23, 2001, p. 953, note A. VIANDIER ; *Rev. sociétés* 2002, p. 818, note B. DONDERO ; *D.* 2001, p. 1175, obs. A. LIENHARD ; *Droit des sociétés* 2001, com. n° 101, note F.-X. LUCAS ; *RTD com.* 2001, p. 443, obs. Cl. CHAMPAUD et D. DANET. – Com. 9 nov. 2010, *Rev. sociétés* 2010, p. 572, note A. LIENHARD. – Com. 1^{er} févr. 1994, n° 92-11.171, *Bull. civ. IV*, n° 53 ; *Rev. sociétés* 1995, p. 281, note Y. CHARTIER.

¹⁸²³ A. SCHRÖDER et J.-G. RECQ, *La responsabilité sans faute de l'associé majoritaire en Allemagne (Arrêt du Bundesgerichtshof du 23 sept. 1991)*, *Rev. sociétés* 1993, p. 707.

¹⁸²⁴ M.-P. LAMOUR, *La responsabilité personnelle des associés*, préc., n° 30.

¹⁸²⁵ L. LETURMY, *La responsabilité délictuelle du contractant*, *RTD civ.* 1998, p. 839 ; E. SAVAUX, *La fin de la responsabilité contractuelle*, *RTD civ.* 1999, p. 1.

¹⁸²⁶ Com. 13 nov. 2003, n° 01-00.376, *RTD civ.* 2004, p. 80, obs. J. MESTRE et B. FAGES.

¹⁸²⁷ CA Versailles, 27 juin 1996, *Bull. Joly Sociétés* 1996, p. 1021. – CA Paris, 4 sept. 1998, *RJDA* 1998, n° 1369.

montant des rémunérations et l'ancienneté capitalisée par le dirigeant dans sa fonction¹⁸²⁸. Il faut relever que le préjudice pris en compte dans le cadre de la révocation intentionnellement fautive est plus élargi que celui pris en compte dans le cadre de la révocation abusive. Dans la révocation simplement abusive, le juge se limite au préjudice moral¹⁸²⁹. Par contre, dans la révocation intentionnellement fautive, le juge prend en compte non seulement le préjudice moral mais aussi le préjudice matériel¹⁸³⁰.

702. Par principe, le poids de la condamnation pèse sur la société, car la décision est prise en son nom. Par exemple, dans deux arrêts 15 avril 2010 et 29 juin 2010, la Cour d'appel de Paris a fait peser l'intégralité de la condamnation sur le patrimoine de la société¹⁸³¹. De même, au terme d'un litige qui l'opposait à M. Louison Bobet, la société Thalassa International a ainsi été condamnée à verser des dommages-intérêts à cet ancien champion cycliste lequel, révoqué de son mandat de président-directeur général, avait dû quitter les lieux où il exerçait ses fonctions dans des conditions de rapidité telles qu'elles tendaient à le discréditer auprès de la clientèle avec laquelle il gardait un contact constant. En outre, un communiqué de presse avait été publié annonçant sa révocation alors que se déroulait le tour de France cycliste¹⁸³². Dans une autre affaire, un directeur général, moins de deux mois après son entrée en fonction, s'était vu notifier sa révocation à 9 heures avec obligation de quitter son bureau à 11 heures. Ces éléments furent retenus par la cour d'appel comme laissant planer des suspicions sur l'intéressé qui obtint 100 000 F de dommages-intérêts¹⁸³³.

703. Mais le juge peut décider de faire peser les dommages-intérêts sur un associé. Dans un arrêt du 4 mars 1983, La Cour de Paris a relevé qu'il est de principe que « *la décision de révocation du gérant engage la seule société et non pas les associés qui la composent ; (...) lorsque cette décision est le fait du seul associé majoritaire, elle peut engager la responsabilité de celui-ci s'il est prouvé* »¹⁸³⁴. Elle fit ainsi supporter la réparation par l'associé qui s'est vu reprochées des fautes personnelles. Il en est de même pour la violation de la loi par l'associé dans le cadre de la révocation¹⁸³⁵. Néanmoins, il n'est pas exclu qu'en considération des faits souverainement appréciés par les juges du fond, la condamnation soit solidaire¹⁸³⁶.

704. Il faut relever que la prise en compte de l'ancienneté du dirigeant dans sa fonction et de sa rémunération pour l'évaluation du préjudice qui lui est causé, est une solution logique et de bon sens. Mais il faudra pour le juge de prendre en compte d'autres éléments en fonction du responsable identifié.

¹⁸²⁸ Paris, pôle 5, ch. 9, 15 avr. 2010, RG n° 08/24496, *BRDA* 12/10, n° 4 ; et Paris, pôle 5, ch. 8, 29 juin 2010, RG n° 08/7998, *JCP éd. E* 2010. 1797, *RTD com.* 2011 p. 746, note P. LE CANNU et B. DONDERO.

¹⁸²⁹ V. *supra* n° 693.

¹⁸³⁰ Ph. REIGNE, *Révocabilité ad nutum des mandataires sociaux et faute de la société*, préc., n° 21.

¹⁸³¹ Paris, pôle 5, ch. 9, 15 avr. 2010 et Paris, pôle 5, ch. 8, 29 juin 2010, préc.

¹⁸³² Cass. com., 19 oct. 1981, *Rev. sociétés* 1982, p. 821, note J.-L. SIBON.

¹⁸³³ Paris, 16 févr. 1977, *D.*, 1977, IR, p. 446.

¹⁸³⁴ Cour de Paris du 4 mars 1983, *SARL Européenne de crédit, de courtage d'assurances et de services et autres c/ Parpaillon et a.*, cité par A. VIANDIER, *Conditions vexatoires et contraires à l'intérêt social de la décision de révocation du gérant engageant la responsabilité personnelle des associés*, *JCP éd. E*, n° 23, 2001, p. 953, n° 7.

¹⁸³⁵ Cass. com., 13 mars 2001, préc.

¹⁸³⁶ CA Paris 6 mars 1998, *Rev. sociétés* 1998, p. 436, obs. Y. GUYON ; *Dr. sociétés* 1998, n° 106, obs. D. VIDAL ; *RTD com.* 1998, p. 339, obs. Cl. CHAMPAUD et D. DANET.

Lorsque le responsable est la société, le juge peut prendre aussi en compte, en sus des autres éléments, le chiffre d'affaire de la société¹⁸³⁷. Etant donné que la révocation est intervenue non pour des motifs économiques, le dirigeant pourrait laisser derrière lui une société financièrement prospère et à laquelle il s'est certainement évertué à maintenir et à anoblir. Il semble logique que le juge tienne compte du chiffre d'affaire dans la détermination de la réparation du dirigeant pour que les organes sociaux prennent la mesure des conséquences de leur action avant de remercier le dirigeant.

D'autre part, lorsque le responsable est l'associé majoritaire, le juge peut prendre en compte son pouvoir dans le capital eu égard à ses droits sociaux pour le sanctionner à la mesure de ce pouvoir qu'il use pour remercier fautivement un dirigeant qui a servi la société. Ces éléments complémentaires en fonction du responsable désigné peuvent être pris en compte cumulativement ou isolément lorsque la sanction est *in solidum*.

705. Ces sanctions permettent sans doute de faire prendre conscience à la société ou à l'associé majoritaire des conséquences pouvant être engendrées par l'exercice illégitime de leur pouvoir de révoquer en vue de les dissuader de remercier de façon humiliante un dirigeant qui a eu à servir et préserver leurs intérêts. Par analogie, le versement des dommages-intérêts se verraient assignés la fonction dissuasive généralement reconnue à l'indemnité de licenciement. M. LE GALLOU a eu à mettre en lumière cette fonction de l'indemnité de licenciement. Pour lui, l'indemnité de licenciement incite l'employeur à éviter le licenciement¹⁸³⁸. Il poursuit en relevant que l'indemnité de licenciement est un outil de dissuasion contre le licenciement et qui vise la sauvegarde de l'emploi des salariés¹⁸³⁹. Il parvient à la conclusion que l'indemnité de licenciement représente l'exécution de l'obligation de stabilité¹⁸⁴⁰. L'indemnité de licenciement est au salarié abusivement remercié ce que les dommages-intérêts sont pour le dirigeant fautivement et abusivement révoqué. A l'image de l'indemnité de licenciement, les dommages-intérêts jouent indéniablement une fonction de stabilisation du mandat du dirigeant. C'est une « épée de Damoclès » qui plane au sein de la société et qui joue en faveur du dirigeant, contribuant ainsi à assouplir davantage le pouvoir de révocation. Cette certitude de l'infléchissement du pouvoir de révoquer au regard du contrôle judiciaire sur les circonstances d'exercice de ce pouvoir n'est pas pour autant évidente au regard des conventions portant sur la révocation.

B. Une incertitude au regard des conventions aménageant la révocation

706. Les conventions portant sur la révocation sont inefficaces pour favoriser la stabilité de la fonction du dirigeant. Cette inefficacité provient de la prohibition de tout engagement destiné à empêcher la révocation. L'empêchement de la révocation est un objet contraire à la loi. Cette contrariété de l'objet à la loi voue toute convention qui s'y rapporte à la nullité (1). Aussi, l'inefficacité résulte-t-elle des rares conventions qui, bienqu'étant

¹⁸³⁷ Par ex. CA Poitiers, 2e ch. civ., 24 janv. 2012, n° 11/00444, *Gourichon c/ Gallot*, *JursiData* n° 2012-011302, *Dr. sociétés* n° 11, Novembre 2012, comm. 181, note M. ROUSSILLE.

¹⁸³⁸ C. LE GALLOU, *La notion d'indemnité en droit privé*, th. Perpignan, préf. A. SERIAUX, Bibl. dr. pr., t. 486, LGDJ, 2007, p. 502, n° 658.

¹⁸³⁹ *Ibid.*

¹⁸⁴⁰ *Ibid.*, n° 659 et s.

à l'abri de la nullité en aménageant la révocation, ne porte pas sur l'empêchement de la révocation mais sur les effets de la révocation (2).

1. Le risque d'annulation des conventions pour illicéité d'objet portant sur le pouvoir de révoquer

707. Les conventions destinées à dissuader la révocation du dirigeant sont exposées à la nullité. Un arrêt de la Cour de cassation rendu sans renvoi a consacré un principe en ce sens en précisant « *qu'est illicite la convention qui a pour objet ou pour effet de restreindre ou entraver la révocation ad nutum* »¹⁸⁴¹. Ce principe a été réaffirmé dans d'autres espèces¹⁸⁴². La jurisprudence ne manque pas d'étendre ce principe au cadre des révocations *ad nutum* à des conventions portant sur les révocations pour juste motif. Dans un arrêt du 9 janvier 2003, la Cour d'appel de Lyon fit cette affirmation : « *Attendu que ce droit de révocation est d'ordre public, ce qui a pour conséquence de frapper de nullité absolue le contrat d'emploi qui serait passé entre la société et son directeur général et qui prévoirait qu'il ne serait mis fin aux fonctions de ce dernier qu'après un préavis ou qu'il existerait un engagement qui serait pris par l'acquéreur des actions à l'égard du cédant de lui verser une indemnité s'il n'était pas maintenu dans ses fonctions de directeur général* »¹⁸⁴³. Le contrat ayant donc pour effet de retarder la révocation du directeur général (devenu révocable pour juste motif depuis la loi NRE de 2001 en France mais dans l'espace OHADA avec la révision de l'AUSCGIE le 30 janvier 2014), encourt une nullité d'ordre public. Certes, les conventions de vote destinées à entraver la libre révocabilité ne tendent qu'à satisfaire l'intérêt du dirigeant concerné¹⁸⁴⁴. Mais Ces conventions sont illicites et la jurisprudence n'hésite pas à les annuler¹⁸⁴⁵.

708. Ce spectre de sanction constitue un véritable obstacle à l'aménagement de la révocation pour stabiliser la fonction du dirigeant. La validité des conventions destinées à aménager de la révocation n'est acquise que lorsque l'objet ne porte pas sur le pouvoir de révoquer mais plutôt sur les effets de de la révocation.

2. L'admission de conventions non portant sur le pouvoir de révoquer

709. La validité de certaines variétés de conventions portant sur la révocation est admissible : il s'agit de conventions relatives aux conséquences de la révocation. Au nombre de ces conventions figurent la convention prévoyant le versement d'une indemnité au dirigeant¹⁸⁴⁶, la convention prévoyant un complément de retraite, la convention prévoyant le rachat des droits sociaux du dirigeant et la convention prévoyant la réintégration du

¹⁸⁴¹ Cass. com., 4 juin 1996, *JCP éd. E* 1996, II, n° 879, note Y. GUYON. – Cass. com., 2 juin 1992, *Rev. sociétés* 1992, p. 751, note Y. GUYON.

¹⁸⁴² Par ex. Cass. com., 3 mai 1995, *Buffet c/ de la Herverie*, *Bull. Joly Sociétés* 1995 n° 10, § 307, p. 863, note A. COURET. La Cour de cassation censure l'arrêt d'appel au motif « *qu'en statuant ainsi, alors que cette convention qui, dans tous les termes de l'alternative prévue, fait échec à la libre révocabilité du président du conseil d'administration, est illicite* ».

¹⁸⁴³ CA Lyon, 3e ch. civ., 9 janv. 2003, *Bouvret c/ Sté Elyo Centre Est et a.*, *Juris-Data* n° 2003-210657, *JCP éd. E*, n° 31, 2003, 1161, note A. VIANDIER.

¹⁸⁴⁴ M.-Ch. SORDINO, *Aménagements conventionnels et révocation ad nutum des dirigeants de société anonyme*, préc., p. 255.

¹⁸⁴⁵ J. DELGA, *Révocation sans indemnités des PDG de SA en France. Mythe ou réalité ?*, *D. Aff.* n° 25/1996, p. 763.

¹⁸⁴⁶ V. D. MIELLET, *Les clauses d'indemnisation au profit des mandataires sociaux tendent-elles à être reconnues*, préc., p. 212 ; O. LAOUENAN, *Les golden parachutes dans les sociétés anonymes*, *Petites affiches* 2004, n° 150, p. 12.

dirigeant¹⁸⁴⁷. Ces conventions sont considérées comme assurant une stabilité au dirigeant.

Or, à y voir de près, ces différentes conventions n'assurent pas au dirigeant une permanence de son statut. Elles ne réservent un traitement au dirigeant qu'après sa révocation. Elles n'assurent au dirigeant que des avantages pécuniaires dont il pourra jouir une fois qu'il sera évincé de la société¹⁸⁴⁸. Malgré l'objet de ces conventions, la vigilance judiciaire est de garde pour condamner celles qui tendraient à faire échec à la révocation du dirigeant¹⁸⁴⁹. C'est le cas lorsque les avantages promis au dirigeant sont disproportionnés à telle enseigne qu'ils peuvent indéniablement avoir une influence sur le pouvoir de révoquer¹⁸⁵⁰. Mais, comme l'a relevé un auteur, l'absence de critères précis pour l'évaluation des avantages est de nature à entraîner une confusion au sujet du quantum de ces avantages susceptibles d'influencer sur le pouvoir de révocation¹⁸⁵¹.

710. S'agissant des avantages promis, lorsque l'engagement entraîne une charge financière trop lourde, la révocation peut se trouver entravée. Après la censure¹⁸⁵² de l'une de ses décisions qui avait admis la validité d'une convention de ce genre¹⁸⁵³, la Cour d'appel de Versailles a opté pour l'annulation d'une convention prévoyant l'obligation de racheter les actions du dirigeant au double de leur valeur, au motif que « *cette clause, qui aurait pour effet de mettre à la charge de l'actionnaire majoritaire le paiement d'une somme considérable équivalant presque à la valeur du capital social (...), avait incontestablement pour but de dissuader la société (...) de la libre révocation des mandataires sociaux, principe d'ordre public* »¹⁸⁵⁴. Des décisions identiques ont été rendues par d'autres juges du fond¹⁸⁵⁵. Dans un arrêt du 26 mai 2004, la Cour de cassation a réaffirmé sa position à l'égard de la révocation du directeur non président du conseil d'administration. Elle approuve un arrêt d'appel qui avait retenu que « *...l'indemnité aurait eu des conséquences financières importantes pour la société en raison de son montant élevé qui aurait eu pour effet de dissuader les actionnaires de la société d'exercer leur libre droit de révocation des mandataires sociaux ; qu'il en résulte qu'en décidant après analyse de la convention qui lui était soumise, laquelle prévoyait qu'une indemnité serait due « pour toute révocation » intervenant dans un temps déterminé et « pour quelque cause que ce fût », que l'engagement de la société de verser à M. X. une indemnité portait atteinte à la libre révocabilité d'un dirigeant social* »¹⁸⁵⁶.

¹⁸⁴⁷ V. I. BARRIERE-BROUSSE, *L'après-mandat social*, préc., p. 13 ; P. ÉTAIN, *Les aménagements contractuels en faveur des cédants à la suite d'une cession de contrôle dans les sociétés anonymes*, *Dr. sociétés* n° 7, Juillet 2001, chron. 14.

¹⁸⁴⁸ S. de VENDEUIL, *De la libre révocabilité du PDG à la grande précarité des engagements souscrits à son profit*, *JCP éd. E*, 1995, n° 37, somm. 1.

¹⁸⁴⁹ V. Com. 23 juin 1975, *Rev. sociétés* 1976, p. 321, note Y. CHARTIER. V. aussi, O. LAOUENAN, *Les golden parachutes dans les sociétés anonymes*, préc., n° 5. Pour d'autres illustrations, V. aussi, S. de VENDEUIL, *De la libre révocabilité du PDG à la grande précarité des engagements souscrits à son profit*, préc., somm. 1.

¹⁸⁵⁰ V. Com. 11 oct. 1988, *Rev. sociétés* 1989, p. 49, note Y. CHARTIER ; Com. 27 mars 1990, *JCPE* 1990. II. 15802, note Y. GUYON. – Com., 6 nov. 2012, n° 11-20.582, *D.* 2012, Somm. p. 2655, note A. LIENHARD.

¹⁸⁵¹ V. ALLEGAERT, *Le droit des sociétés et les libertés et droits fondamentaux*, *op. cit.*, p. 126, n° 91.

¹⁸⁵² Com. 2 juin 1992, *Fournier c/ Mesly d'Arloz*, *Rev. sociétés* 1992, p. 750, note GUYON.

¹⁸⁵³ Versailles, 10 mai 1990, *Bull. Joly Sociétés* 1990, p. 770.

¹⁸⁵⁴ Versailles, 11 juill. 1991, *Dr. Sociétés* 1992, n° 34.

¹⁸⁵⁵ Paris, 14 déc. 1993, *JCP éd. E* 1994, II, n° 363, obs. A. VIANDIER et J.-J. CAUSSAIN. – Paris, 28 mars 1995, *RJDA*, n° 725.

¹⁸⁵⁶ Cass. com., 26 mai 2004, n° 828 *FD, X. c/ SA Transports X. (cons. rapp. Betch)*, *Bull. Joly Sociétés* 2004 n° 11, § 279, p. 1397, note B. SAINTOURENS.

711. La même position est conservée par la Haute cour à l'égard d'un directeur général président du conseil d'administration dans un arrêt du 15 novembre 2011¹⁸⁵⁷, et ce, dans un contexte particulier où la société a fait l'objet de transformation. Le pourvoi s'attela à faire admettre le versement d'indemnités au P-DG fixées dans un engagement au moment où il était en fonction et reprochait à la cour d'appel d'avoir déclaré non écrite la clause d'indemnisation. Mais il est rejeté au motif que « ...dans le cas où la direction générale d'une société anonyme est assumée par le président du conseil d'administration, celui-ci est, au titre de ses deux fonctions, révocable à tout moment par le conseil d'administration, sans que sa révocation doive être fondée sur un juste motif ; (...) l'engagement (...) souscrit par la société à son profit, en cas de cessation de ces fonctions, était d'une ampleur susceptible de porter une atteinte majeure à son équilibre financier, nonobstant le cantonnement de l'indemnité à l'absence de faute grave, ce dont il résultait que la clause invoquée (...) était illicite en ce qu'elle portait atteinte à la révocabilité ad nutum de ce mandataire social, c'est sans méconnaître la règle selon laquelle les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à la société qui les a conclues même après l'adoption par celle-ci d'une forme juridique nouvelle que la cour d'appel s'est prononcée comme elle a fait ». Ainsi, à l'égard des modes de révocation, aucune distinction n'est faite au regard des modalités d'application du principe selon lequel l'avantage promis au dirigeant ne doit pas avoir une influence sur le pouvoir de révocation.

712. En l'absence d'influence de l'avantage promis sur le pouvoir de révocation ou lorsqu'elle facilite le départ du dirigeant, la convention est valable. Un arrêt du 12 mars 1996¹⁸⁵⁸ peut permettre de l'illustrer. Selon les faits de l'espèce, la société Cam Galaxy dépendant du groupe « Présence plus » s'est engagée à acquérir, à un prix minimum, les actions de la société holding à créer Groupe présence plus (société GPP) remises à M. Martin, en contrepartie de l'apport d'une partie du capital de la société TBM, dans les six mois de la cessation de ses fonctions au sein de la société GPP dont il était président du conseil d'administration et directeur salarié. Par la suite, M. Martin, qui a démissionné desdites fonctions a assigné la société Cam Galaxy en exécution de sa promesse. L'arrêt d'appel a déclaré non écrite la promesse. Mais la Cour de cassation censure cet arrêt au motif que « qu'en statuant ainsi, alors qu'elle avait relevé que la réalisation de cette promesse était subordonnée à la condition suspensive de la cessation des fonctions de M. Martin au sein de la société GPP, quelle que soit la raison de son départ, d'où il résultait que la promesse n'avait pas d'autre objet que de permettre l'achat des actions de M. Martin à un prix librement débattu, dans l'hypothèse où il cesserait ses fonctions au sein de la société GPP, sans incidence sur la participation au bénéfice et la contribution aux pertes dans les rapports sociaux ». Cet arrêt aborde aussi la question des clauses léonines mais il ressorti que la validité de la promesse tient au fait qu'elle facilite le départ du dirigeant. Mais la réalisation de cette promesse ne peut intervenir qu'après

¹⁸⁵⁷ Com., 15 nov. 2011, F-D, n° 09-10.893, *Bouchot c/ S^{lé} Sud panification*, *Rev. sociétés* 2012, p. 234, note B. DONDERO ; *BRDA* 23/11, n° 6 ; *JCP éd. E* 2012. 1001, note A. VIANDIER ; *Bull. Joly Sociétés* 2012. 122, note A. COURET ; *Dr. sociétés* n° 3, Mars 2012, comm. 43, note D. GALLOIS-COCHET.

¹⁸⁵⁸ Cass. com., 12 mars 1996, n° 537 P, *Martin c/ SA Cam Galaxy*, *Bull. Joly Sociétés* 1996 n° 6, §176, p. 516, note N. RONTCHEVSKY.

le retrait du dirigeant de ses fonctions. Sa validité ne constitue aucune garantie pour la stabilité du dirigeant dans ses fonctions desquelles il peut être relevé à tout moment.

713. S'agissant de la personne signataire de la convention avec le dirigeant, la convention n'encourt la nullité que si cette personne ne détient pas le pouvoir de révocation. En d'autres termes, cette personne doit être un associé minoritaire ou une personne étrangère à la société. Mais dans le cadre des groupes de sociétés, ce tiers peut indirectement contrôler la société où le dirigeant exerce ses fonctions. A cet effet, un auteur a relevé que *« l'examen de la situation du cocontractant concerné peut ne pas être aisé à mener si le débiteur de l'obligation est une société appartenant à au groupe dans lequel le dirigeant exerce ses fonctions »*¹⁸⁵⁹. Pour éviter une annulation de la convention à laquelle la société mère pourrait s'engager, l'une des filiales peut partir à cette convention sur instruction de la société mère. Une autre hypothèse possible est la conclusion de la convention par l'un des dirigeants de la société qui ne dispose qu'une infime participation dans son capital.

714. Tous ces montages sont loin d'être vains. Ils peuvent sévir à dissuader indirectement la révocation dans le contexte des sociétés groupées. Car, la société mère non partie à la convention peut toujours influencer l'exercice du pouvoir de révoquer de la filiale contractant en faveur du dirigeant. C'est le cas du dirigeant de la société mère qui, en dépit de sa faible participation au capital de la société mère, peut toujours influencer sur le pouvoir de révocation en faveur du dirigeant concerné. Ces hypothèses ne posent pas de difficulté lorsque l'organe devant décider de la révocation est habilité à prendre ses décisions en fonction du vote par intérêt. En revanche, dans le contexte d'un vote par tête, la convention perdrait toute efficacité à pouvoir éviter la révocation du dirigeant. Comme l'a relevé un auteur *« la convention de maintien du cédant dans des fonctions sociales n'engage que les parties à la cession de contrôle. Elle n'interdit aucunement aux autres actionnaires de révoquer le cédant de son poste lors d'une assemblée générale au cours de laquelle le cessionnaire s'abstiendrait sur la question de la révocation. Ainsi, les autres actionnaires ne doivent pas être tenus par la cession de contrôle, car ils sont des tiers par rapport à cette opération »*¹⁸⁶⁰. De même, a-t-il justement ajouté que *« la convention de cession de contrôle prévoyant le maintien du cédant dans des fonctions de président du conseil d'administration ne lie pas les membres du conseil d'administration qui ne sont pas parties au contrat de cession. Par conséquent, et dans la mesure de leur possibilité, il leur est toujours possible de révoquer le président du conseil d'administration pour cette fonction »*¹⁸⁶¹.

715. En clair, s'il est certain que l'aménagement de la révocation peut assurer un avantage pécuniaire au dirigeant, il est en revanche inespéré qu'il assure une stabilité dans ses fonctions du moment qu'elle ne peut empêcher sa révocation qui peut être décidé à tout moment. Le moyen le plus efficace pour paralyser le pouvoir de révocation et assurer une stabilité au dirigeant est le contrôle de ce pouvoir par le dirigeant lui-même.

¹⁸⁵⁹ M.-Ch. SORDINO, *Aménagements conventionnels et révocation ad nutum des dirigeants de société anonyme*, préc., p. 257.

¹⁸⁶⁰ P. ÉTAI, *Les aménagements contractuels en faveur des cédants à la suite d'une cession de contrôle dans les sociétés anonymes*, préc. n° 15.

¹⁸⁶¹ *Ibid.*

§ 2. Le contrôle du pouvoir de révoquer par le dirigeant

716. « La précarité qui est en apparence le lot commun des dirigeants sociaux ne s'exerce en pratique qu'à l'égard des dirigeants non contrôlaire, au premier rang desquels figurent souvent les directeurs généraux, cadres promus ou têtes chassées à raison de leur compétence, mais étrangers à la propriété du capital »¹⁸⁶². « Il n'est pour le dirigeant d'autre moyen de contenir l'ire des associés que de détenir le contrôle de l'entreprise sociétaire. A défaut, son remerciement sans préavis est toujours possible, fût-il vexatoire ou infondé »¹⁸⁶³. Ces pensées préconisent en filigrane une arme redoutable à laquelle le dirigeant peut recourir pour combattre efficacement l'instabilité de sa fonction : la conquête personnelle du contrôle du pouvoir de révoquer. Le canal de cette conquête est naturellement l'acquisition des droits sociaux. L'acquisition de droits sociaux offre au dirigeant le moyen de pouvoir participer aux délibérations portant sur sa révocation (A). C'est alors qu'il pourra faire jouer son pouvoir de vote pour influencer en sa faveur sur la délibération destinée à le révoquer (B).

A. La conquête du contrôle

717. Le contrôle du pouvoir de révoquer par le dirigeant lui-même passe par l'acquisition des droits sociaux de la société dont il assure les rênes. La conquête de ce contrôle peut être graduelle (1) ou immédiate (2).

1. La conquête graduelle du contrôle

718. La conquête est graduelle lorsque le dirigeant fait son entrée dans le capital social et accroît progressivement son pouvoir de vote à travers l'achat par à-coups de droits sociaux. Cette conquête peut s'effectuer, soit par des acquisitions isolées de droits sociaux (a), soit par souscription aux augmentations du capital (b).

a. L'acquisition isolée de droits sociaux par le dirigeant

719. Ne disposant pas de qualité d'associé, le dirigeant sera traité comme un tiers dans sa démarche personnelle pour acquérir des droits sociaux¹⁸⁶⁴. Le traitement des tiers dépend de la forme des droits sociaux objet de cession. Les principes qui président à la cession des parts sociales sont différents de ceux applicables à la transmission des actions. L'acquisition de parts sociales par le dirigeant non associé est soumise à l'agrément nécessaire des associés (i), alors que l'agrément est facultatif dans le cadre de l'acquisition des actions (ii).

i. L'agrément préalable du dirigeant acquéreur de parts sociales

¹⁸⁶² Cl. CHAMPAUD et D. DANET, note sous Com. 2 juin 1992, *Fournier c/ Mesly d'Arloz*, RTD com. 1993, p. 521.

¹⁸⁶³ Cl. CHAMPAUD et D. DANET, note sous CA Paris, 5^e ch. B., 7 mai 1998, *Vissac c/ SARL TEN*, RTD com. 1998, p. 872.

¹⁸⁶⁴ Par ex. Com., 26 janv. 1993, *Madar et Falcone c. Caudan et Bidan ès-qual*, Rev. sociétés 1993, p. 422, note B. SAINTOURENS. Dans cette espèce où le gérant considérait comme réputé acquis son agrément alors que l'assemblée générale ne s'est encore prononcée là-dessus. Mais cette thèse a été rejetée par la Cour de cassation dont voici la motivation : « Mais attendu qu'après avoir énoncé exactement que c'était au gérant de la société qu'il incombait de convoquer l'assemblée des associés pour qu'elle délibère sur les projets de cession, l'arrêt retient qu'en l'espèce, M^{me} Madar, qui avait cette qualité, outre le fait qu'elle était concernée elle-même par la cession, avait refusé, bien qu'elle fût encore dans le délai de trois mois pour le faire, de convoquer une nouvelle assemblée malgré la demande réitérée de M^{me} Caudan qui avait répondu à la première convocation sans pouvoir valablement délibérer puisque cette réunion n'avait pu se tenir, en l'absence à la fois de la gérante et de l'autre associée ; qu'en l'état de ces constatations, la cour d'appel a considéré à bon droit qu'il n'avait pas été régulièrement statué sur les projets de cession des parts de M^{me} Basch ».

720. En projetant acquérir les parts sociales de la société qu'il dirige, le dirigeant sera confronté aux conditions d'agrément des tiers et soumis à certaines formalités. Les formalités sont identiques indépendamment des formes sociales et consistent en l'exigence d'un écrit constatant la cession, la notification de la cession par acte extrajudiciaire à la société et la publication de la cession au RCCM¹⁸⁶⁵. Par contre, les conditions d'agrément du cessionnaire diffèrent selon la forme sociale. L'agrément dans la SNC est soumis au consentement unanime des associés, toute clause contraire est réputée non écrite¹⁸⁶⁶. Dans la SARL, en l'absence de disposition contraire des statuts, les parts sociales ne sont transmissibles qu'avec le consentement de la majorité des associés non cédant représentant les trois quarts des parts sociales déduction faite des parts sociales de l'associé cédant¹⁸⁶⁷. Si la société n'a pas fait connaître sa décision dans le délai de trois mois à compter de la dernière notification de la cession qui est déferée par l'associé cédant, le consentement à la cession est réputé acquis¹⁸⁶⁸.

721. Cette exigence d'un agrément permet aux associés de donner leur consentement en connaissance de cause au regard de la personne du tiers entrant dans la société¹⁸⁶⁹. Il leur revient, à l'exclusion du cédant, de demander la nullité de la cession pour défaut d'agrément¹⁸⁷⁰. Dans ce contexte, le tiers étant le dirigeant de la société, les associés ont toutes les informations sur sa personne leur permettant de l'agréer ou non. L'agrément peut être favorisé par certains événements : le retrait volontaire d'un associé¹⁸⁷¹ dont les parts sociales n'ont pas trouvé d'acquéreur parmi les associés ; c'est le cas aussi de l'exclusion d'un associé si les statuts ont prévu cette éventualité¹⁸⁷² et que le dirigeant se porte acquéreur des parts sociales mis en vente. L'opportunité peut, en outre, être donnée au dirigeant d'acquérir les parts sociales d'un associé si celui-ci est décédé et que ses héritiers¹⁸⁷³ n'entendent pas faire partie de la société. Dans ce contexte, les parts sociales mises en vente

¹⁸⁶⁵ Art. 275 de l'AUSCGIE concernant la cession de parts sociales de la SNC et art. 317 concernant la SARL. Pour des applications en droit français : Com., 21 mars 1995, *Sté Alma intervention et autre c/ M^{me} Roche et autres*, Rev. sociétés 1996, p. 77, note Y. CHARTIER ; Com., 27 janv. 1998, *SNC Dubost Hotel Centre Ville Société Natiocrédibail*, Rev. sociétés 1998, p. 556, note Ph. DIDIER. Par la suite, la jurisprudence a évolué sur la question. Dans un arrêt de la Cour de cassation a affirmé que, « une cession de parts sociales est opposable aux tiers, même si l'acte de cession n'a pas été déposé au greffe du tribunal de commerce, dès lors qu'ont été publiés les statuts mis à jour constatant cette cession » : Com. 18 déc. 2007, *Sté Gerflo c/ Cts Pradier*, Rev. sociétés 2008, p. 348, note N. MATHEY. Pour l'exigence de l'écrit : Com., 7 avril 2009, *Fraass c/ Rolling*, Rev. sociétés 2010, p. 786, note D. RANDOU.

¹⁸⁶⁶ Ar. 274 de l'AUSCGIE.

¹⁸⁶⁷ Art. 319 al. 2 de l'AUSCGIE.

¹⁸⁶⁸ Art. 319 al. 3 de l'AUSCGIE.

¹⁸⁶⁹ I. PASCUAL, *La prise en considération de la personne physique dans le droit des sociétés*, RTD com. 1998, p. 273.

¹⁸⁷⁰ Cass. 3^e civ., 6 déc. 2000 *Schatt c/ Tourneur*, Rev. sociétés 2001 p. 84, note Y. GUYON ; D. 2001, p. 311, obs. A. LIENHARD et 2002 et p. 481, obs. J.-C. HALLOUIN, RTD com. 2001, p. 165, obs. M.-H. MONSERIE-BON.

¹⁸⁷¹ C. LAPOYADE-DESCHAMPS, *La liberté de se retirer d'une société*, D. 1978, Chron. 123 ; I. SAUGET, *Le droit de retrait de l'associé*, thèse, Paris IX, 1991.

¹⁸⁷² V. par ex., J. P. STORCK, *La continuation d'une société par l'élimination d'un associé*, Rev. sociétés 1982, p. 233 ; J.-M. DE BERMOND DE VAULX, *La mésentente entre associés pourrait-elle devenir un juste motif d'exclusion d'un associé d'une société ?* JCP éd. E, 1990, II, 15921 ; E. ALFANDARI, *Retrait judiciaire d'un associé*, RTD com. 1990, p. 418 ; J.-J. DAIGRE, *La perte de la qualité d'actionnaire*, préc., p. 535 ; *De l'exclusion d'un associé en réponse à une demande de dissolution*, préc., p. 576 ; G. DURAND-LEPINE, *L'exclusion des actionnaires dans les sociétés non cotées*, *Petites affiches*, 1995, n° 88 ; – CA Paris, 3^e ch. A, 14 déc. 2004, *Maillet c/ Debras et autres*, RTD com. 2005, p. 355, obs. Cl. CHAMPAUD et D. DANET.

¹⁸⁷³ Dans le cas contraire où les statuts prévoient l'agrément des héritiers et que ceux-ci espèrent poursuivre l'œuvre commune, v. not., P. CATALA, *Le sort des parts sociales au décès de l'associé. Etudes de droit commercial à la mémoire d'H. CABRILLAC*, 1968, p. 59 ; F. BOULARAN, *L'agrément des héritiers*, JCP 1987 éd. N. I. 24 ; J. RICHARD,

peuvent être acquises par le dirigeant si les associés le permettent.

722. Néanmoins, l'agrément ne garantit pas toujours le transfert des droits sociaux au cessionnaire. L'acquisition des parts sociales par le dirigeant dépendra de l'issue des négociations engagées avec le cédant qui peut être précédée d'un protocole d'accord¹⁸⁷⁴ ou de promesse de vente¹⁸⁷⁵. La validité de la cession définitive dépendra du sérieux du prix offert par le dirigeant¹⁸⁷⁶, sauf si le cédant concède la vente à un prix symbolique¹⁸⁷⁷ surtout lorsque la société est en difficulté¹⁸⁷⁸ ou en compensation des dettes du cédant¹⁸⁷⁹. Dans le cas contraire, le cédant dispose toujours de la faculté pour demander la nullité de la vente¹⁸⁸⁰. En cas désaccord sur le prix, les parties peuvent recourir volontairement à un tiers, à qui sera attribué le pouvoir d'estimer le prix auquel pourra être vendu les parts sociales¹⁸⁸¹. Les parties sont liées par le prix estimé par le tiers, sauf, en cas d'erreur de sa part sur la substance, de dol, de violence ou lorsqu'il a excédé ses pouvoirs¹⁸⁸².

Sur une éventuelle garantie du passif¹⁸⁸³ en faveur du dirigeant cessionnaire, un arrêt de la Cour de cassation du 10 juillet 2007¹⁸⁸⁴ admet l'exécution d'une telle garantie en faveur d'un dirigeant. Mais, à notre avis, il n'est pas légitime que le cessionnaire dirigeant exige une garantie du passif, car il maîtrise toutes les

L'application d'une clause d'agrément des héritiers de l'associé décédé d'une SARL, Dr. sociétés, avr. 1990, p. 1 ; A. LECOURT, *Le nouveau régime de la transmission des parts sociales de la SARL suite au décès d'un associé. - Réforme issue de l'ordonnance n° 2004-274 du 25 mars 2004, Droit des sociétés* n° 4, Avril 2005, étude 4.

¹⁸⁷⁴ Sur la notion d'accord, v. not., L. ROZES, *Projets et accords de principe, RTD com.* 1998, p. 501 ; Y. GUENZOU, *La notion d'accord en droit privé*, thèse Cergy-Pontoise, préf. Ch. HANNOUN, Bibl. dr. pr., t. 502, L.G.D.J., 2009.

¹⁸⁷⁵ Par ex. Com., 22 nov. 2011, F-D, n° 10-20.215, *Brotherson c/ Le Prado*, *Rev. sociétés* 2012, p. 147, note Th. MASSART. – Cass. com., 19 oct. 1999, *de Fontgalland c/ Cts Hales (arrêt n° 1683 P)*, *JCP éd. E*, n° 51, 1999, p. 2067, note Yves GUYON.

¹⁸⁷⁶ Th. LAMBERT, *L'exigence d'un prix sérieux dans les cessions de droits sociaux, Rev. sociétés* 1993, p. 11.

¹⁸⁷⁷ Ch. FREYRIA, *Le prix de vente symbolique, D.* 1997 p. 51.

¹⁸⁷⁸ V. J. PAILLUSSEAU, *La cession de contrôle et la situation financière de la société cédée (de la nature juridique du contrôle et de la cession de contrôle), JCP* 1992, I, 3578.

¹⁸⁷⁹ Com. 9 mars 2010, F-D, n° 09-13.453, *Rev. sociétés* 2010, p. 170, note A. LIENHARD.

¹⁸⁸⁰ Cass. com., 11 janv. 2005, *Utz c/ Foulon, Juris-Data* n° 2005-026558, *Dr. sociétés* n° 7, Juillet 2005, comm. 126, note F. G. TREBULLE. – Cass. com., 23 oct. 2007, n° 06-13.979, FS-P+B, *Mayer c/ Velitchkoff, Juris-Data* n° 2007-041009 ; *D.* 2007, p. 2812, note X. DELPECH ; *Dr. sociétés* n° 12, Décembre 2007, comm. 209, note H. LÉCUYER. C'est le cas aussi lorsque la société a été absorbée dans le cadre d'une opération de fusion-absorption : Cass. com., 26 mai 2009, FS-P+B, n° 08-12.691, FS P+B, *Appert c/ Sté Axa et a., JurisData* n° 2009-048342, *JCP éd. E*, n° 39, 2009, 1908, note Ch. YUEGO.

¹⁸⁸¹ J. MOURY, *Des ventes et des cessions de droits sociaux à dire de tiers (étude des articles 1592 et 1843-4 du code civil), Rev. sociétés* 1997, p. 455 ; G. DEHARO, *Expertise et estimation du prix de cession par un « expert » : analyse de l'article 1843-4 du code civil, RTD com.* 2007, p. 643.

¹⁸⁸² Th. LAMBERT, *L'exigence d'un prix sérieux dans les cessions de droits sociaux, préc.*, n° 17.

¹⁸⁸³ Sur les garanties de passif, V. A. GALIA-BEAUCHESNE, *Les clauses de garantie d'actif et de passif dans les cessions d'actions et des parts sociales, Rev. sociétés* 1980, p. 27 ; G. NOTTE, *Les clauses dites de garantie de passif dans les cession de droits sociaux, JCP G* 1985, I, 3193 ; J. POUSTIS et J.-L. MONNOT, *La garantie dans les cessions de droits sociaux, JCP éd. E* 1989, II, 15479 ; Ch. FREYRIA, *Réflexions sur la garantie conventionnelle dans les actes de cession de droits sociaux, JCP éd. E*, n° 20, 1992, 146 ; A. COURET et D. LEDOUBLE, *La maîtrise des risques dans les cessions d'actions, GNJ Joly* 1994 ; J. PAILLUSSEAU, *La garantie de conformité dans les cessions de contrôle, JCP E* 2007, 1238, p. 29 ; O. DESHAYES, *Le sort de la garantie de passif en cas de revente de passif en cas de revente des titres, D.* 2008, p. 1801 ; P.-M. DE GIRARD et Ch.-A. PASCAUD, *Garanties du passif : « 1134, alinéa 1^{er} » contre « 1134, alinéa 3 » : combat de titans ou subtile alliance ?*, *D.* 2009, chron. 2233 ; T. LEOBON, *La partie déclarative des conventions de garantie de passif, JCP E* 2010, 1391 ; D. DANET, *Cession de droits sociaux : information préalable ou garantie des vices cachés*, p. 335.

¹⁸⁸⁴ Com. 10 juill. 2007, *Bull. Joly Sociétés* 2007, 1187, note A. COURET ; *D.* 2007, Jur. 2839, note P. STOFFEL-MUNCK, et 2844, note P.-Y. GAUTIER ; *JCP E* 2007 2394, note D. MAINGUY ; *JCP G* 2007, II, 10154, note D. HOUTCIEFF ; *RTD civ.* 2007, 773, obs. B. FAGES ; *RTD com.* 2007, 786, obs. P. LE CANNU et B. DONDERO.

informations comptables lui permettant d'acquérir les parts sociales en connaissance de l'évolution active et passive du patrimoine de la société et se saurait se prévaloir des vices cachés. D'ailleurs, il n'est pas exclu que l'apparition ultérieure de dettes après la cession, soit l'effet de sa mauvaise gestion.

L'acquisition des parts sociales par le dirigeant lui confère le statut d'associé et lui donne un pouvoir de vote proportionnel à la part du capital social détenue. C'est le cas aussi, lorsqu'il arrive à acquérir les actions.

ii. L'agrément facultatif au dirigeant acquéreur des actions

723. En combinaison des articles 57 et 764 de l'AUSCGIE, les actions sont librement cessibles ou négociables. La négociabilité permet de soustraire la transmission des actions aux règles de droit civil et de les soumettre aux modes simplifiés du droit commercial se traduisant par une simple tradition manuelle, par adossement. C'est le cas généralement, lorsque la société est cotée sur un marché financier. Ce domaine est favorable pour des acquisitions d'actions par les dirigeants. Mais ceux-ci peuvent être poursuivis pour délit d'initié¹⁸⁸⁵, s'ils exploitent à leur profit des informations privilégiées non encore révélées au public et qu'ils disposent en raison de leur statut pour faire des « ramassages d'actions » sur le marché.

724. Nonobstant le principe de libre transmissibilité des actions, les statuts peuvent stipuler certaines limitations à cette liberté en exigeant l'agrément préalable¹⁸⁸⁶ de la société lorsque la transmission est faite en faveur d'un tiers étranger à la société¹⁸⁸⁷. Dans le cadre de la société anonyme à conseil d'administration l'agrément est donné par le conseil d'administration. Dans le cadre de la société anonyme avec administrateur général, l'agrément est donné par l'assemblée générale. Pour éviter une influence du cédant sur le vote devant donner l'agrément, la loi a permis son exclusion¹⁸⁸⁸. N'étant pas actionnaire, le dirigeant projetant acquérir des actions ne peut échapper à la procédure d'agrément. Cette exigence d'agrément introduit une dose d'intuitus

¹⁸⁸⁵ V. not. M. DELMAS-MARTY, *Le délit d'initié va-t-il changer la bourse ?*, D. 1977, chron. p. 91 ; Y. DOUCET, *L'ébauche de la jurisprudence en matière d'usage d'informations privilégiées sur le marché de la Bourse*, Gaz. Pal. 1977, I, doct. p. 1933 ; M.-C. ROBERT, *La bourse et les initiés, essai de droit comparé*, Rev. sociétés 1982, p. 3 ; J.-M. BARDY, *L'utilisation d'informations privilégiées*, RD bancaire et bourse 1990, n° 22, p. 222 ; *La directive du Conseil des communautés économiques européennes relative aux opérations d'initiés*, JCP éd. E 1990, I, 15924 ; E. GAILLARD, *Le droit français des délits d'initiés*, JCP éd. G 1991, I, 3516 ; E. CHAMY, *Le délit d'initié aux États-Unis et en France*, RD bancaire et bourse 1991, n° 15, p. 12 ; A. CANAC, *La surveillance des opérations d'initiés et du marché boursier*, Gaz. Pal. 1991, doct. p. 181 ; R. BRONNER, *La définition du délit d'initié dans la loi pénale française*, Gaz. Pal. 1994, doct. p. 56 ; J.-F. RENUCCI, *Le délit d'initié*, PUF, coll. Que sais-je ?, 1995 ; J.-F. RENUCCI, *Les frontières du délit d'initié*, D. aff. 1996, p. 403 ; A. MARECHAL, *La responsabilité des dirigeants des sociétés cotées en matière d'information financière*, Dr. sociétés 2001, chron. 16 ; J.-P. MATTOUT, *Information financière et responsabilité des dirigeants*, Droit des sociétés n° 12, Décembre 2004, étude 19 ; J. LASSERRE CAPDEVILLE, *Proposition de directive relative aux sanctions pénales applicables aux opérations d'initié et manipulations de marché*, Bull. Joly bourse 2012, p. 9 ; J.-P. PONS-HENRY, *Manipulation de cours : sanction contestable d'un manquement incertain*, Bull. Joly bourse, mars 2012, p. 102 ; D. SCHMIDT, *Seule la détention d'information privilégiée peut expliquer les opérations*, Bull. Joly bourse 2012, p. 336 ; N. MENNESSON, *Information privilégiée : bonne ou mauvaise nouvelle ?*, JCP éd. E, n° 22, 31 Mai 2012, 1348.

¹⁸⁸⁶ V. F. BARDY, *Les restrictions statutaires à la libre cessibilité des actions*, Gaz. Pal. 1967, II, doc. 64 ; J. BARDOUL, *Les clauses d'agrément et les cessions d'actions entre actionnaires*, D 1973, chron. 137 ; J. MOURY, *Des clauses restrictives de la libre négociabilité des actions*, RTD com. 1989, p. 206 ; B. SAINTOURENS, *Le nouveau droit des clauses d'agrément*, Rev. sociétés 2004, p. 612.

¹⁸⁸⁷ Art. 765 de l'AUSCGIE.

¹⁸⁸⁸ Art. 766 de l'AUSCGIE.

personae dans la sphère des sociétés anonymes¹⁸⁸⁹. Les clauses d'agrément s'appliquent même lorsque les actions sont cédées à l'occasion d'une procédure collective¹⁸⁹⁰. La nécessité d'un agrément vient fermer aux tiers la société pourtant anonyme et la rapproche des sociétés de personnes. L'agrément devient un instrument pour filtrer les entrées dans le capital de la société. Le dirigeant ne saurait échapper aux mailles de l'agrément. Il n'est pas exclu qu'un refus d'agrément¹⁸⁹¹ soit opposé à un projet d'acquisition d'actions des actions par le dirigeant.

Pour notre part, nous préconisons une dérogation à l'égard des dirigeants, du moment qu'ils bénéficient déjà de la confiance de l'organe de nomination et qu'il ne prétend acquérir que des actions d'un actionnaire qui entend se retirer de la société. Si par indulgence, le dirigeant obtient l'agrément, il se substitue à l'actionnaire cédant dans ses droits et pouvoirs attachés aux actions objet de la cession.

724 bis. Néanmoins, il faut relever que l'acquisition de certaines catégories actions ne confère pas toujours un pouvoir de vote. C'est le cas des actions sans droit de vote. Ces genres d'actions sont introduits au droit de l'OHADA récemment à la faveur de l'article 778-1 de l'AUSCGIE révisé. Mais selon l'alinéa 4 de cet article, « *Les actions de préférence sans droit de vote ne peuvent représenter plus de la moitié du capital social, et dans les sociétés dont les actions sont admises aux négociations sur une bourse des valeurs, plus du quart du capital social* ». Ces catégories d'actions existaient déjà dans certains droits étrangers notamment le droit français¹⁸⁹², anglais¹⁸⁹³ et italien¹⁸⁹⁴. L'acquisition d'actions sans droit de vote ne pourrait être une priorité pour un dirigeant qui entend acquérir un pouvoir de vote. Le dirigeant visera des actions avec droit de vote, voire des actions avec un droit de vote double.

725. L'entrée du dirigeant dans le capital social lui confère le statut d'actionnaire et exclut à son égard l'agrément pour des acquisitions ultérieures de titres sociaux auxquelles il peut prétendre. Le dirigeant peut tirer un gain de l'organisation et de la stabilisation de l'actionnariat¹⁸⁹⁵ en dehors des statuts par des pactes d'actionnaires fermant la société aux tiers. Les pactes sont admises mais sur les marchés financiers, l'ordre public s'oppose aux comportements du dirigeant de la société cible, qui pourrait en influencer les prises de décision¹⁸⁹⁶, au risque pour le dirigeant de s'exposer au délit d'initié. Pour autant, il n'est pas exclu que le dirigeant puisse se faire garantir d'autres cessions à son profit en intégrant des pactes d'actionnaires ayant la forme d'un droit de préférence. Encore appelé droit de préemption¹⁸⁹⁷, « *un droit de préférence (...) se définirait comme l'obligation pour le titulaire du bien préalablement à toute négociation de le proposer au bénéficiaire du*

¹⁸⁸⁹ S. HELOT, *La place de l'intuitus personae dans la société de capitaux*, D. 1991. Chron. 143.

¹⁸⁹⁰ Cass. com., 31 janv. 1995, *Sté française d'automatismes et de manutention (FAM) c/ Sté Est développement (SED) et a.*, JCP éd. E, n° 19, 1995, 678, note Y. GUYON.

¹⁸⁹¹ V. S. SCHILLER, *Quelques précisions jurisprudentielles sur le régime applicable en cas de rejet du cessionnaire proposé en présence d'une clause d'agrément*, JCP 2008, éd. E, n° 28-29, Chron. 1950.

¹⁸⁹² Art. L. 269-1 du C. com.

¹⁸⁹³ O. MORETEAU, *Droit anglais des affaires*, cité par H. HOVASSE, *La diversification des valeurs mobilières émises par les sociétés*, Dr. sociétés n° 12, Décembre 2000, comm. 181.

¹⁸⁹⁴ A.-M. GAILLET, *Le nouveau droit des sociétés de capitaux en Italie*, JCP éd. E, n° 6, 2004, 200, n° 119.

¹⁸⁹⁵ V. Cl. DUCOULOUX-FAVARD, *Actionnariat et pouvoir*, D. 1995, p. 177.

¹⁸⁹⁶ D. MARTIN et L. FAUGEROLAS, *Les pactes d'actionnaires*, JCP éd. E, n° 24, 15 Juin 1989, 15526, n° 22.

¹⁸⁹⁷ Pour une étude sur la question, V. M.-B. SALGADO, *Le régime des clauses de préemption dans les pactes d'actionnaires des sociétés anonymes*, Dr. sociétés n° 3, Mars 2003, chron. 3.

droit de préférence »¹⁸⁹⁸. L'efficacité des pactes d'actionnaires¹⁸⁹⁹ n'est pas toujours garantie, puisque la sanction de leur inobservation se fonde généralement sur l'article 1142 du Code civil qui prévoit exclusivement l'octroi des dommages-intérêts pour violation d'une obligation de faire ou de ne pas faire. Même si, certains juges du fond optent pour l'exécution forcée¹⁹⁰⁰ comme le propose une partie de la doctrine¹⁹⁰¹, ces positions n'emportent pas généralement la conviction de la Cour de cassation française¹⁹⁰². Celle-ci exige un respect scrupuleux, soit de l'article précité, soit des termes des pactes¹⁹⁰³ pouvant comporter notamment une clause pénale, la renonciation à l'article 1142 du code civil ou l'institution d'un gestionnaire du pacte auquel sera donné un mandat irrévocable¹⁹⁰⁴. La nullité n'est exceptionnellement envisagée qu'en cas de fraude et par conséquent, la substitution du bénéficiaire du droit de préférence au tiers cessionnaire de mauvaise foi¹⁹⁰⁵. Comme le propose un auteur, un des moyens pour garantir l'efficacité du pacte serait de le faire signer par la société¹⁹⁰⁶. Mais le danger que comporte une telle mesure est l'obligation de soumettre ce pacte au régime des conventions réglementées puisqu'il implique à la fois l'intervention de la société, de ses actionnaires et de son dirigeant dans l'acte¹⁹⁰⁷. Au-delà de ces difficultés relatives au pacte, si par bonne foi, les parties au pacte finalement conclu proposent par préférence la cession de leurs actions au dirigeant qui les acquiert, celui-ci verrait sa participation au capital et son pouvoir de vote accrus. Il peut accentuer l'accroissement de son pouvoir de vote en souscrivant aux augmentations du capital social.

b. La souscription du dirigeant aux augmentations du capital

726. Les dirigeants peuvent saisir le moment d'une augmentation du capital social pour se faire attribué le pouvoir de vote à travers l'acquisition de droits sociaux. Cette acquisition est généralement effectuée à titre onéreux (i). Mais il n'est pas exclu que les dirigeants acquièrent à titre gratuit des droits sociaux (ii).

i. La souscription à titre onéreux

727. Les associés sont privilégiés dans la souscription aux augmentations du capital social. Une renonciation individuelle ou collective à ce privilège de leur part peut exceptionnellement permettre aux tiers dont le dirigeant de prétendre à une souscription aux augmentations du capital. Cette renonciation au droit préférentiel de

¹⁸⁹⁸ D. MARTIN et L. FAUGEROLAS, *Les pactes d'actionnaires*, préc., n° 3.

¹⁸⁹⁹ Sur les formes de pactes d'actionnaires, V. not., D. MARTIN et L. FAUGEROLAS, *Les pactes d'actionnaires*, JCP éd. E, n° 24, 15 Juin 1989, 15526 ; G. PARLEANI, *Les pactes d'actionnaires*, Rev. sociétés 1991 p. 1 ; M.-B. SALGADO, *Le régime des clauses de préemption dans les pactes d'actionnaires des sociétés anonymes*, Dr. sociétés n° 3, Mars 2003, chron. 3.

¹⁹⁰⁰ CA Versailles, 14^e ch., 27 juill. 2010, n° 10/00559, 10/02776, 10/02777, *Sté Esterra c/ SA Sita France* Rev. sociétés 2011 p. 90, note A COURET ; CA Paris *Aff. Schwich et Baizeau*, Bull. Joly 1987. p. 701. S 288 : « Les Petites Affiches » 27 août 1987, n° 96. p. 45.

¹⁹⁰¹ B. DONDERO, *Le pacte d'actionnaires signé par la société*, Rev. sociétés 2011, p. 535, n° 1.

¹⁹⁰² Cass. com. 7 mars 1989, Bull. Joly 1989, p. 430. § 153, D. 1989. p. 231. Concl. JEOL ; Rev. sociétés 1989. n° 3. note L. FAUGEROLAS.

¹⁹⁰³ Par ex., Cass. com., 24 mai 2011, n° 10-24.869, JCP éd. E, n° 40, 6 Octobre 2011, 1698. V. aussi, P. LARRIEU, *L'interprétation des pactes extra-statutaires*, Rev. sociétés 2007, p. 697.

¹⁹⁰⁴ B. DONDERO, *Le pacte d'actionnaires signé par la société*, préc., n° 2.

¹⁹⁰⁵ En ce sens, D. MARTIN et L. FAUGEROLAS, *Les pactes d'actionnaires*, préc., n°s 31-32.

¹⁹⁰⁶ B. DONDERO, *Le pacte d'actionnaires signé par la société*, préc., p. 535 s.

¹⁹⁰⁷ *Ibid*, n° 15 s.

souscription n'est expressément encadrée que dans la cadre des sociétés anonymes. Dans les sociétés à gérance, le législateur semble muet. Dans un arrêt du 18 avril 2000, la Cour de cassation française a, justement, relevé que la loi ne prévoit pas, dans la SARL, que les parts sociales comportent un droit préférentiel de souscription aux augmentations du capital social et qu'un tel droit préférentiel est de la compétence des statuts ou de l'assemblée générale extraordinaire des associés¹⁹⁰⁸. Il apparaît donc une absence de distinction entre les principes régissant la cession isolée des parts sociales aux tiers et ceux régissant la souscription aux augmentations du capital. En d'autres termes, les principes sont identiques, qu'il s'agisse de cession de droits sociaux aux tiers par les associés ou de l'acquisition de droits sociaux nouvellement créés lors de l'augmentation du capital. L'agrément de l'assemblée générale est donc obligatoire pour toute entrée des tiers dans le capital social¹⁹⁰⁹. Ainsi donc, lors de l'augmentation du capital social des sociétés à gérance, le dirigeant doit se soumettre aux principes identiques applicables aux cessions isolées des droits sociaux¹⁹¹⁰.

728. Une telle identité de principes applicables dans les sociétés à gérance aux acquisitions de droits sociaux par les tiers en dehors ou lors de l'augmentation du capital est exclue dans le cadre des sociétés anonymes. Par principe, les actions comportent un droit préférentiel de souscription aux augmentations de capital¹⁹¹¹. Mais l'assemblée générale extraordinaire qui décide ou autorise une augmentation de capital peut, en faveur d'un ou plusieurs bénéficiaires nommément désignés, supprimer le droit préférentiel de souscription pour la totalité de l'augmentation de capital ou pour une ou plusieurs tranches de cette augmentation¹⁹¹². A l'instar des salariés¹⁹¹³ ou d'autres investisseurs¹⁹¹⁴, le dirigeant peut être désigné bénéficiaire à la suite de cette suppression du droit préférentiel de souscription. Depuis l'arrêt *Usinor* du 17 mai 1994¹⁹¹⁵, la survie de la société elle-même légitime la réduction de capital à zéro sous condition suspensive d'une augmentation destinée à ramener ce capital au montant légal, même si l'opération a abouti à l'exclusion des actionnaires qui n'ont pas souscrit à l'augmentation. A sa suite, un arrêt 18 juin 2002 apporte un élément supplémentaire selon lequel la suppression du droit préférentiel de souscription exclut tous les anciens actionnaires dans la mesure où aucun n'a la possibilité de souscrire à l'augmentation de capital¹⁹¹⁶. La préservation de l'intérêt supérieur de la société permet d'ouvrir le capital social à d'autres investisseurs lorsque les actionnaires originaires sont dans l'incapacité de sauver la société de ses difficultés. En revanche, lorsque le droit

¹⁹⁰⁸ Cass. com., 18 avril 2000, *M. Patrick Meyer c/ Société Inblomed International*, *Juris-Data* n° 017307, *Dr. sociétés* n° 7, Juillet 2000, comm. 108, note D. VIDAL.

¹⁹⁰⁹ En ce sens, INFOREG, *L'augmentation du capital dans les SARL au bénéfice exclusif de nouveaux investisseurs*, *Cah. dr. entr.* n° 2, Mars 2010, prat. 6.

¹⁹¹⁰ V. *supra* n° 720-722.

¹⁹¹¹ Art. 573 de l'AUSCGIE.

¹⁹¹² Art. 586 de l'AUSCGIE.

¹⁹¹³ V. par ex., P. ROUX, *Les plans d'achat et de souscription d'actions réservés aux salariés et les sociétés étrangères*, *JCP éd. E*, n° 17, 1993, 242.

¹⁹¹⁴ V. INFOREG, *L'augmentation du capital dans les SARL au bénéfice exclusif de nouveaux investisseurs*, *Cah. dr. entr.* n° 2, Mars 2010, prat. 6 ; M. LOY, *L'augmentation de capital sans droit préférentiel de souscription par placement privé* - (Ordonnance n° 2009-80 du 22 janvier 2009), *JCP éd. E*, n° 31, 2009, 1766.

¹⁹¹⁵ Cass. com., 17 mai 1994, *arrêt Usinor*, *Bull. civ. IV*, n° 183 ; *Rev. sociétés* 1994, p. 484, note S. DANA-DEMARET.

¹⁹¹⁶ Cass. com., 18 juin 2002, *Assoc. Adam et a. c/ Sté L'Amy*, *Juris-Data* n° 2002-014876, *Droit des sociétés* n° 4, Avril 2003, comm. 72, note J.-P. LEGROS ; *RJDA* 10/2002, n° 1038, p. 879 ; *D.* 2002, AJ, p. 2190, note A. LIENHARD ; *JCP éd. G* 2002, II, 10181, note H. HOVASSE ; *JCP éd. E* 2002, 1556, note A. VIANDIER.

préférentiel de souscription n'a pas été supprimé par décision collective, les tiers disposent toujours d'une garantie de souscription en cas de renonciation par un actionnaire à son droit de souscription¹⁹¹⁷. Pour renforcer le droit de souscription du dirigeant, l'actionnaire renonçant peut le désigner nommément comme le subrogé souscripteur. Il faudra, comme le prévoit l'article 595 de l'AUSCGUE que la renonciation faite au profit du dirigeant, accompagnée de l'acceptation de ce dernier, soit notifiée à la société avant l'expiration du délai d'ouverture de la souscription.

729. En bénéficiant du droit de souscrire aux augmentations du capital à la suite de la suppression du droit préférentiel de souscription ou d'une renonciation individuelle à cette souscription, le dirigeant peut accomplir les formalités restantes en payant le prix d'émission¹⁹¹⁸ des actions et, s'il y a lieu, la prime d'émission¹⁹¹⁹, pour devenir membre de la société. En conséquence, proportionnellement aux actions souscrites, il pourra disposer d'un pouvoir de vote y correspondant. Il peut accroître ses participations au capital et par conséquent son pouvoir de vote, lorsqu'il bénéficie de droits sociaux gratuitement distribués par la société.

ii. La souscription à titre gratuit

730. La gratuité est conciliable avec le droit des affaires¹⁹²⁰. L'un des aspects de cette gratuité est la distribution de droits sociaux à certains acteurs de la société dont les dirigeants sans aucune contrepartie financière de leur part. Cette opération permet aux dirigeants de devenir associé en récompense à leur fidélité. Antérieurement, la distribution gratuite de droits sociaux n'était prévue par le législateur de l'OHADA qu'en faveur des actionnaires¹⁹²¹. Les dirigeants sociaux sont intégrés aux bénéficiaires à la faveur de l'article 626-1-2 de l'AUSCGIE révisé. Mais contrairement aux actionnaires, l'article 626-1-2-1 précise que, « *Il ne peut pas être attribué d'actions aux salariés et aux dirigeants sociaux detenant chacun plus de dix pourcent (10%) du capital social. Une attribution gratuite d'actions ne peut pas non plus avoir pour effet que les salariés et dirigeants sociaux detiennent chacun plus de dix pour cent (10%) du capital social. Dans les sociétés dont les titres ne sont pas admis aux négociations sur une bourse des valeurs, les statuts peuvent prévoir un pourcentage plus élevé, sans pouvoir dépasser 20% du capital social* ». Cette distribution d'actions gratuites en faveur des dirigeants était déjà prévue en droit français par l'article 83 de la loi de finances pour 2005 (loi n° 2004-1484 du 30 décembre 2004)¹⁹²². Mais les législateurs OHADA comme français ne limitent cette opération qu'aux sociétés par actions. Par conséquent, les dirigeants de SNC et de SARL sont oubliés par les textes qui ont envisagée cette opération. Cet oubli favorise le non-recours à cette opération par ces sociétés en

¹⁹¹⁷ Art. 593 de l'AUSCGIE.

¹⁹¹⁸ Sur le sujet, V. par ex., A. COURET, et alii, *Les contestations portant sur la valeur des droits sociaux*, Bull. Joly Sociétés 2001, § 242 ; P.-Y. CHABERT, *Les augmentations de capital après l'ordonnance n° 2004-604 du 24 juin 2004*, Bull. Joly Sociétés 2004, p. 1023 ; J ABRAS, *Augmentation de capital par apport en numéraire dans les sociétés par actions non cotées. - Les faiblesses de la protection contre les abus dans la fixation du prix des titres nouveaux : l'exemple de la SA*, JCP éd. E, n° 13, 2009, 1317.

¹⁹¹⁹ Sur la notion, v. G. NAFFAH, *La prime d'émission*, préf. F. TERRE et A. VIANDIER, Économica, 1987 ; D. COHEN, *La prime d'émission entre liberté et contrôle*, JCP éd. E, n° 1, 2002, p. 35 ; INFOREG, *La prime d'émission lors des augmentations de capital dans les SA*, Cah. dr. entr. n° 6, Novembre 2008, prat. 23.

¹⁹²⁰ B. LECOURT, *La gratuité et le droit des affaires*, RTD com. 2012, p. 455.

¹⁹²¹ Art. 566 de l'AUSCGIE.

¹⁹²² L. 225-197-1 à L. 225-197-5 du C. com.

faveur de ces dirigeants. Mais une extension du dispositif en faveur des gérants permettrait d'enterrer la discrimination entre les dirigeants dans le contexte de distribution gratuite de droits sociaux aux dirigeants.

731. La notion d'actions gratuites¹⁹²³ ne saurait se confondre avec celle de stock-options¹⁹²⁴ ou de dividende¹⁹²⁵. Dans le cadre des stock-options, la levée de l'option aboutit à une acquisition à titre onéreux des actions par les dirigeants bénéficiaires alors que les actions gratuites constituent des dons supportés par la société sur son propre patrimoine en faveurs des dirigeants. La distinction de la distribution d'actions gratuites avec la distribution de dividendes est évidente au regard de l'organe à qui revient la prérogative de la distribution et de la nature des avantages distribués. S'agissant de l'organe compétent, la prérogative de la distribution des actions gratuites relève des pouvoirs de l'assemblée générale extraordinaire, car elle entraîne une modification des statuts ; la distribution de dividende relève, par contre, de la prérogative de l'assemblée générale ordinaire, car elle ne modifie pas les statuts. S'agissant de la nature des gains distribués, la provision des actions gratuites sont puisées sur les réserves constituées alors que les dividendes sont des fruits civils¹⁹²⁶ représentés par le bénéfice distribuable. Les actions gratuitement attribuées peuvent aussi provenir du rachat ou d'émission d'actions par l'entreprise¹⁹²⁷. Le bénéfice distribuable est le résultat de l'exercice, augmenté du report bénéficiaire et diminué des pertes antérieures ainsi que des sommes portées en réserve en application de la loi et des statuts¹⁹²⁸. L'assemblée générale peut exceptionnellement dans des conditions prévues par les statuts, décider la distribution de tout ou d'une partie des réserves à la condition qu'il ne s'agisse pas de réserves stipulées

¹⁹²³ V. Ph. DOM, *L'attribution gratuite d'actions*, Bull. Joly Sociétés 2005, § 35, p. 187 ; S. PLANTIN, *L'attribution d'actions gratuites, une alternative séduisante aux plans de stocks options*, JCP éd. E, n° 13, 2005, 524 ; G. OLIVIER, *Attribution gratuite d'actions : focus sur quelques difficultés d'application*, Gaz. Pal. 2008, p. 2 ; S. LE MENTENAILLEAU, *Réforme du régime social des stock-options et des attributions gratuites d'actions (Quel choix pour les entreprises ?)*, Petites affiches 2008, p. 7. ; Y. SEXER, *Aspects pratiques des attributions d'actions gratuites*, Bull. Joly Sociétés 2008, § 137, p. 642.

¹⁹²⁴ Sur la notion de stock-options, v. not., R. VATINET, *Le clair-obscur des stock-options à la française*, Rev. sociétés 1997, p. 31 ; F. SAUVAGE, *Communauté, succession et stock-options*, Dr. et patr. 1998, n° 65, p. 40 ; A. COURET, *Le sort des stock-options dans les liquidations de communauté et de succession*, JCP éd. N 1999, p. 525 ; V. TANDEAU DE MARSAC et M.-I. LEVESQUE, *Stock-options et mécanisme d'intéressement assimilés : écueils juridiques à éviter*, Bull. Joly Sociétés 1999, p. 729 ; G. BELIER et A. CORMIER, *Stock-options et droit du travail*, Droit des sociétés 2000, p. 838 ; V. TANDEAU DE MARSAC, *Les règles de l'appel public à l'épargne sont-elles susceptibles de s'appliquer aux stock-options ?*, Bull. Joly Sociétés 2001, p. 244 ; v. P. BOURDARIAS et X. PETITJEAN, *Mais que reste-t-il aux stock-options ?*, Petites affiches 2001, n° 8, p. 4 ; S. GRANDVUILLEMIN, *Stock-options et licenciement*, JCP éd. E 2002, p. 638 ; J.-P. VALUET, *La réforme d'ensemble du régime des stock-options*, Bull. Joly Sociétés 2001, p. 741 ; *Les options de souscription ou d'achat d'actions dans la loi sur les nouvelles régulations économiques*, Rev. sociétés 2001, p. 581 ; A. DE WAAL et N. ZOUAGHI-MAULET, *Les plans de stock-options à l'épreuve du temps*, Dr. et patr 2006, p. 151.

¹⁹²⁵ Sur la question de dividendes, v. not., J. LACOMBE, *Dividendes*, Rép. Sociétés ; Y. GUYON, *La loi du 12 juillet 1994 sur le dividende majoré*, Rev. sociétés 1995, p. 1 ; A. AMER-YAHIA, *Le régime juridique des dividendes*, th. Paris I, préf. A. COURET, L'harmattan, 2010.

¹⁹²⁶ Cass. com., 28 nov. 2006, n° 04-17.486, Rev. Lamy dr. aff. 2007, p. 13, note A. CERATI-GAUTHIER ; D. 2006, p. 3055, obs. A. LIENHARD.

¹⁹²⁷ Ph. DOM, *L'attribution gratuite d'actions*, préc., spéc. n°s 24 et 25 ; S. PLANTIN, *L'attribution d'actions gratuites, une alternative séduisante aux plans de stocks options*, JCP éd. E, n° 13, 2005, 524 ; R. MORTIER, *Le rachat d'actions au service de l'actionariat des salariés*, Dr. sociétés n° 5, Mai 2007, étude 6 ; A. COURET, Ch. BLONDEAU et J.-É. CROS, *Le rachat de ses actions par une société non cotée*. - L. n° 2012-354, 14 mars 2012, art. 6, JCP éd E, n° 21, 24 Mai 2012, 1324.

¹⁹²⁸ Art. 143 al. 1^{er} de l'AUSCGIE.

indisponibles par la loi ou par les statuts¹⁹²⁹. Il est en conséquence certain que la distribution d'actions gratuites est une opération différente des stock-options et des dividendes.

732. Les dirigeants sont concurrencés par les salariés dans l'acquisition de ces actions gratuites¹⁹³⁰. Comme à l'égard des salariés¹⁹³¹, cette mesure permet aux dirigeants de participer aux résultats de la société en récompense de leur performance¹⁹³². Le processus décisionnel de la distribution des actions gratuites est bien défini par l'article 626-1 de l'AUSCGIE révisé. En effet, dans la SA, l'assemblée générale extraordinaire, sur rapport du conseil d'administration, ou de l'administrateur général et des commissaires aux comptes, autorise le conseil d'administration ou l'administrateur général, selon le cas, à attribuer gratuitement des actions, existantes ou à créer. L'assemblée fixe la durée de cette autorisation dans la limite de 36 mois, et le pourcentage du capital social pouvant ainsi être attribué, plafonné à 10 %. L'assemblée détermine la durée de la période d'acquisition, au minimum deux ans, au terme de laquelle les bénéficiaires deviennent propriétaires des actions et le délai de conservation obligatoire des actions, qui ne peut être inférieur à deux ans. Les actions gratuites sont donc indisponibles pendant au moins quatre ans à compter de la décision d'attribution par le conseil d'administration ou le directoire, selon le cas. Dans les sociétés par actions simplifiées, le législateur de l'OHADA est silencieux sur les formalités. Ce silence peut être justifié par le fait que les statuts peuvent librement l'organiser en s'inspirant du processus prévu dans les SA. Il en serait de même en droit français.

733. Par ailleurs, l'acquisition gratuite d'actions par les dirigeants peut également s'effectuer par l'attribution en leur faveur de bons de souscription d'actions (BSA). Les BSA encore appelés bons autonomes ou bons secs sont des instruments financiers créés par la loi française du 14 décembre 1985 (art. L. 228-95 du Code de commerce français). Ils ne sont pas expressément envisagés par le législateur de l'OHADA. Mais sur le fondement de l'article 822 de l'AUSCGIE révisé qui permet la création de valeurs mobilières donnant accès au capital, les sociétés anonymes peuvent émettre des BSA dans l'espace OHADA.

¹⁹²⁹ Art. 143 al. 2 de l'AUSCGIE.

¹⁹³⁰ V. L. GODON, *Des actionnaires, des dirigeants et des salariés de sociétés anonymes*, préc., n° 18 et s.

¹⁹³¹ Au sujet de l'intéressement des salariés à l'entreprise, v. A. COURET, *L'actionnariat des salariés et la participation aux résultats de l'entreprise*, *Bull. Joly Sociétés* 1986, p. 1069 ; A. SAURET, *L'intéressement (Ord. 21 oct. 1986, art. 1 à 6)* : JCP E 1987, I, 16496 ; *La loi n° 94-640 du 25 juillet 1994 relative à l'amélioration de la participation des salariés dans l'entreprise* : JCP E 1994, I, 383 ; J. SAVATIER, *Les accords collectifs d'intéressement et de participation*, *Droit des sociétés* 1988, p. 89 ; *La détermination des bénéficiaires de la participation des salariés aux résultats de l'entreprise*, *Droit des sociétés* 1989, p. 381 ; *L'interdiction de substituer un intéressement à un élément du salaire*, *Droit des sociétés* 1991, p. 756 ; P. LYON-CAEN, *Les accords d'intéressement et la sécurité sociale*, *Droit des sociétés* 1996, p. 953 ; R. VATINET, *La société anonyme et ses salariés, Essai de problématique*, *Rev. sociétés* 2000 p. 161 ; X. PAPER, *La loi sur l'épargne salariale remet au goût du jour les provisions pour investissement*, *Petites affiches* 2001, p. 25 ; A. SAURET, *L'épargne salariale*, JCP éd E 2002, 552 ; *L'épargne salariale, une architecture complexe mais cohérente*, *Petites affiches* 2001, p. 4 ; C. MALECKI, *Epargne salariale : les ambiguïtés du seuil de 3 % du capital social*, *D.* 2004, p. 482 ; S. LE MENT ENAILLEAU, *L'actionnariat des salariés*, *Petites affiches* 2007, p. 17 ; R. VATINET, *Développement de la participation des salariés (L. n° 2006-1770, 30 déc. 2006, Titre 1)*, JCP éd. S 2007, 1001 ; *La réglementation de la participation aux résultats relève d'un ordre public absolu*, JCP éd E 2007, p. 43 ; *La loi en faveur des revenus du travail* : JCP S 2008, p. 13 ; A. SAURET, *La loi en faveur des revenus du travail*, *Petites affiches* 2009, p. 6.

¹⁹³² V. F. M. LAPRADE, *La rémunération des dirigeants sociaux au travers d'instruments financiers*, *Bull. Joly Sociétés* 2008 n° 6, § 117, p. 542.

La nature des BSA fait l'objet d'une controverse doctrinale. En effet, pour une partie de la doctrine, les BSA font partie de la galaxie des valeurs mobilières composées¹⁹³³. En revanche, certains auteurs¹⁹³⁴ se réservent de la qualifier de valeurs mobilières par nature en raison de leur finalité parfois rémunératoire sans contrepartie financière pour l'émettrice mais ne les y assimilent que pour conserver une certaine unité à la définition de la valeur mobilière¹⁹³⁵. D'autres les classent simplement parmi les titres donnant droit au capital¹⁹³⁶.

734. Au-delà, les BSA sont unanimement reconnus comme distincts des obligations à bons de souscription d'actions (OBSA). Le premier titre des obligations à bon de souscription est nécessairement une obligation. Cette obligation peut être, par la suite convertie, échangeable ou remboursable en actions¹⁹³⁷. En revanche, les BSA sont des titres autonomes qui ne sont rattachés ni aux obligations ni aux actions¹⁹³⁸. D'où leur appellation de bon sec. Comme le relève le professeur GUYON, « *le titre primaire proposé à l'investisseur n'est pas nécessairement une obligation. En effet, une société peut émettre des bons qui confèrent à leur titulaire le droit de souscrire des actions, des certificats d'investissement ou des titres quelconques donnant accès au capital... Ce sont des bons autonomes par opposition aux bons attachés à des obligations* »¹⁹³⁹. Cela étant, d'un point de vue financier, les BSA sont équivalents à des droits préférentiels de souscription. Mais ils permettent d'éviter le formalisme rigoureux des augmentations de capital. Le plus souvent, ce bon est attribué gratuitement à tous les actionnaires¹⁹⁴⁰ ou à défaut à d'auteurs acteurs de la société dont les dirigeants suite à la renonciation par les actionnaires à leur droit préférentiel de souscription¹⁹⁴¹ en guise de récompense pour les dirigeants. L'utilisation des BSA est indépendante de l'activité sociale¹⁹⁴². La souscription à une augmentation du capital par le dirigeant grâce au BSA dont il est bénéficiaire lui permet de détenir gratuitement des titres de capital en vertu desquels il peut participer aux délibérations collectives.

Avec une acquisition gratuite d'actions, le dirigeant devient actionnaire et bénéficiaire de plein droit des droits et pouvoirs attachés à ces actions. L'ambition de contrôler entièrement le pouvoir de révoquer sera atteinte lorsque le dirigeant parvient à prendre du contrôle intégral de la société qu'il dirige.

¹⁹³³ G. ROBLLOT et R. ROBLLOT, *Droit des affaires*, tome 2, par M. GERMAIN et V. MAGNIER, *Les sociétés commerciales*, 20^e éd., L.G.D.J., 2011, p. 629, n° 1849 ; Ph. MERLE, *Droit commercial Sociétés commerciales*, op. cit., n° 348.

¹⁹³⁴ P. LE CANNU et B. DONDERO, *Droit des sociétés*, op. cit., n° 1115 ; Y. GUYON, *Droit des affaires*, t. 1, *Droit commercial général et Sociétés*, 12^e éd., Economica, 2003, p. 830.

¹⁹³⁵ Il n'est pas exclu que l'acquisition des BSA se fasse à titre onéreux.

¹⁹³⁶ M. COZIAN, A. VIANDIER FI. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, op.cit., n° 995.

¹⁹³⁷ V. not., DORAT DES MONTS, *Les obligations échangeables contre des actions*, JCP 1965, I, 1920 ; CASTERES, *Obligations convertibles ou échangeables*, Rev. sociétés 1968, p. 5 ; SERRA, *Le droit des obligations convertibles à tout moment*, RTD com. 1971, p. 565 ; HIRTE et EHLERS, *Les obligations convertibles en actions et les obligations avec bons de souscription en Europe*, Bull. Joly Sociétés 2001, p. 5.

¹⁹³⁸ M. COZIAN, A. VIANDIER FI. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, op.cit., n° 995 ; Ph. MERLE, *Droit commercial Sociétés commerciales*, op. cit., n° 348.

¹⁹³⁹ Y. GUYON, *Droit des affaires*, tome 1, *Droit commercial général et Sociétés*, op. cit., n° 772-2. V. aussi, J. GUYENOT, *Les bons de souscription*, D. 1987, P. 287.

¹⁹⁴⁰ G. ROBLLOT et R. ROBLLOT, *Droit des affaires*, tome 2, par M. GERMAIN et V. MAGNIER, *Les sociétés commerciales*, op. cit., p. 629. Toutefois, il n'est pas exclu que la souscription des BSA soit à titre onéreux : F. MARTIN LAPRADE, *Les mécanismes d'intéressement des cadres dirigeants*, op. cit., spéc. n° 310 à 321.

¹⁹⁴¹ Y. GUYON, *Droit des affaires*, tome 1, *Droit commercial général et Sociétés*, op. cit., p. 830.

¹⁹⁴² V. F. X. TESTU et S. HILL, *Les BSA, utilisation possible dans les sociétés de haute technologie*, JCP éd. E, 2003, p. 1655.

2. La conquête intégrale du contrôle

735. La conquête du pouvoir de révoquer est intégrale lorsque le dirigeant parvient à acquérir le contrôle de la société (a) ou à réunir toutes les parts sociales ou actions entre ses mains (b).

a. La conquête par acquisition du contrôle de la société

736. Selon l'article 174 de l'AUSCGIE, « *le contrôle d'une société est la détention effective du pouvoir de décision au sein de cette société* ». Cette définition traduit la volonté du législateur d'ancrer le contrôle autour des liens financiers¹⁹⁴³. Le contrôle peut être détenu directement ou indirectement ou par personne interposée ou en vertu d'un accord ou d'accords conclus avec associés de la société cible. Mais le contrôle n'est ferme que lorsqu'il est détenu directement à travers la détention effective et personnelle de plus de la moitié des droits de vote. Ainsi, le pouvoir de vote est-il exercé directement par le détenteur du contrôle sans transiter par des intermédiaires ou sans avoir recours à des accords qui peuvent ne pas être respectés par les partenaires.

737. Ce faisant, le dirigeant peut faire main basse sur le contrôle de la société, lorsqu'il acquiert plus de la moitié des droits sociaux de la société. Lors de la cession de contrôle d'une société, si la cession de l'intégralité des droits sociaux est précédée d'une vente préalable du fonds social, la cession des parts sociales encourt la nullité¹⁹⁴⁴. Car, privée de son fonds, la société n'était plus en état d'avoir une activité économique de telle sorte que les cessionnaires n'eussent pas acquis les parts sociales s'ils avaient connu cette situation au moment de contracter. Il faut relever aussi que, « *une cession de parts de société à responsabilité limitée, même si elle porte sur la totalité de ces parts, ne peut être assimilée à la cession de fonds de commerce constituant l'actif de la société* »¹⁹⁴⁵. Il n'y a pas lieu pour un dirigeant cessionnaire de la totalité des parts sociales de se soumettre aux prescriptions légales relatives à la cession d'un fonds de commerce.

738. En détenant le contrôle de la société, le dirigeant devient un acteur incontestablement influent dans la société. Cette influence peut lui servir à défendre ses intérêts personnels, quitte à l'effectuer au détriment de l'intérêt des autres associés et de la société. Nous verrons plus loin que ce pouvoir de contrôle lui permettra de paralyser un éventuel projet de révocation qui serait initié contre lui¹⁹⁴⁶. L'influence du dirigeant serait portée à son paroxysme s'il parvenait à réunir toutes les parts sociales ou actions entre ses mains.

b. La conquête par la réunion des droits sociaux sur la tête du dirigeant

739. Le pouvoir d'influencer toutes les décisions collectives sera porté au paroxysme par le dirigeant devenu associé, lorsqu'il parvient à réunir toutes les parts sociales ou actions entre ses mains et procède par la suite à l'adaptation des statuts à la nouvelle donne. Selon l'article 60 de l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du GIE, « *dans le cas des sociétés dont la forme unipersonnelle n'est pas autorisée (...), la*

¹⁹⁴³ V. *supra* n° 171.

¹⁹⁴⁴ Com. 1^{er} oct. 1991, D. 1992, 190, note VIRASSAMY ; *Rev. sociétés* 1992, p. 497, note Ph. DIDIER.

¹⁹⁴⁵ Com., 6 juin 1990, *Rev. sociétés* 1991, p. 620, Y. GUYON. – Dans le même sens, Com. 13 févr. 1990, D. 1990, Jur. p. 470, note C. D'HOIR-LAUPRETRE, *Rev. sociétés* 1990, p. 251, note P. LE CANNU.

¹⁹⁴⁶ V. *infra* n° 744-747.

détention par un seul associé de tous les titres sociaux n'entraîne pas la dissolution de plein droit de la société. Tout intéressé peut demander cette dissolution au Président de la juridiction compétente, si la situation n'a pas été régularisée dans un délai d'un an. Le tribunal peut accorder à la société un délai maximal de six mois pour régulariser la situation (...) ». Ce texte nous édifie sur la possibilité du passage d'une société pluripersonnelle à une société unipersonnelle. Ceci a lieu dans plusieurs hypothèses.

740. En effet, la réunion de toutes les parts ou actions entre les mains d'une seule personne physique ou dans le patrimoine d'une personne morale peut se produire, « soit par l'acquisition, simultanée ou successive, de toutes de toutes les parts ou actions d'une société par une même personne ou société, qui en devient ouvertement seul propriétaire ; (...) soit par une transmission par décès, dans le cas d'une société composée de deux associés seulement, dont l'un décède, laissant l'autre comme seul héritier ; ou encore, lorsqu'il n'existe que deux associés, par l'effet d'une clause de préemption prévoyant le rachat des parts de l'associé décédé par l'associé survivant. Soit enfin, lorsqu'un actionnaire ou un associé rachète, secrètement, toute les actions ou toutes les parts d'une société, au moyen de prête-noms, et que les tiers intéressés, (...) peuvent prouver la simulation et le caractère de société de façade »¹⁹⁴⁷. De plus, pour aboutir à son projet, le dirigeant peut, en vertu de sa qualité d'associé, réfuter tout projet d'agrément d'un tiers en application des clauses d'agrément et pourra racheter les titres sociaux du coassocié qui ne demande qu'à se retirer de la société. Une fois devenu titulaire de tous les titres sociaux, alors que la société était à l'origine pluripersonnelle, la régularisation reste la seule voie offerte à dirigeant associé unique qui entend continuer l'exploitation de l'entreprise tout en gardant les structures sociétaires.

741. Cette régularisation passe par la modification des statuts s'il s'agit des sociétés dont la forme unipersonnelle n'est pas autorisée à savoir la SNC et la SCS. Un auteur estime que l'article 60 ne peut s'appliquer qu'aux sociétés à risques illimités étant donné qu'elles ne sont autorisées à avoir une forme unipersonnelle¹⁹⁴⁸. Car selon lui, « des dispositions spécifiques sont indispensables en cette matière afin d'éviter l'émergence de SARLU et SA unipersonnelle de fait en cas d'unipersonnalité accidentelle de ses structures »¹⁹⁴⁹. Effectivement, le nombre des membres des sociétés à risques limités peut varier de un à l'infini à la création comme en cours de vie sociale alors que les sociétés à risques illimités ne présentent pas cet avantage. Mais les sociétés à risques illimités deviennent des sociétés de fait si le nombre de leurs associés passe de l'infini à un. La régularisation passe par la transformation de la société à risques illimités de fait en une société unipersonnelle à risques limités. Il s'offre au dirigeant associé unique le choix entre la SARL et la SA avec administrateur général. En revanche, une société pluripersonnelle à risques limités qui se voit réunir ses titres sociaux sur la tête d'un seul associé conserve toujours sa régularité sans pour autant qu'il soit nécessaire de changer sa forme. Il suffit d'adapter leurs statuts à la nouvelle donne en y gommant le nom des associés retirés.

¹⁹⁴⁷ J. LEBLOND, *De la réunion de toutes les parts ou actions d'une société entre les mains d'une seule personne au point de vue juridique et fiscal*, RTD com. 1963, p. 417.

¹⁹⁴⁸ F. MEMAN, *La société unipersonnelle dans le droit des sociétés commerciales OHADA : une législation à parfaire*, préc., p. 325.

¹⁹⁴⁹ *Ibid.*

742. Un auteur a eu à plaider en faveur d'une société en nom collectif unipersonnelle¹⁹⁵⁰. Si cette plaidoirie est admise, la réunion des parts sociales de la SNC entre les mains du dirigeant ne l'oblige pas à opérer sa transformation en une autre forme sociale. Il suffira de procéder à une adaptation des statuts aux changements intervenus. Il n'en est pas de même pour le SCS où il est nécessaire d'avoir deux catégories d'associés à savoir la catégorie des commanditaires et celle des commandités. Il est inconcevable d'avoir une SCS unipersonnelle. La réunion des parts sociales d'une SCS entre les mains du dirigeant associé donne lieu nécessairement à sa transformation en une forme sociale où la société unipersonnelle est admise. Aussi, est-il pas rare que la réunion des droits sociaux entre les mains d'un seul associé se produise dans le cadre des sociétés anonymes faisant appel public à l'épargne, où la pluralité d'actionnaires est consubstantielle à cette forme de société et où le montant élevé de son capital social est décourageant pour tout projet de réunification de capital entre les main d'une seul personne.

En réunissant toutes les parts sociales ou actions entre ses mains, le dirigeant devient le seul maître à bord de la société. Son autorité administrative dans le cadre de l'exercice de ses pouvoirs de direction et son autorité politique dans le cadre de la prise des décisions en assemblée générale, sont relativement à l'abri de toute contestation¹⁹⁵¹. Un tel contrôle absolu de la société par le dirigeant a un impact indéniable sur sa révocation.

B. L'impact du contrôle sur la révocation

743. Le contrôleur d'une société est *a priori* le faiseur de roi. Il peut prétendre à la nomination ou à la destitution des dirigeants sans souffrir de l'opposition de ses partenaires. Mais lorsque le dirigeant accède à ce statut de contrôleur, il se met à l'abri des instabilités auxquels peuvent se confronter sa fonction. Le dirigeant contrôleur dispose des armes suffisantes pour paralyser tout projet de révocation initié à son encontre (1) et bénéficie d'une immunité de révocation judiciaire (2).

1. La paralysie de la révocation du dirigeant contrôleur

743. Le dirigeant contrôleur dispose de prérogatives exorbitantes lui permettant de polariser en sa faveur le fonctionnement des organes habilités à décider des révocations. Lorsque l'organe révoquant délibère selon le mode de votation par intérêt, le pouvoir de contrôle dont dispose le dirigeant lui permet efficacement de paralyser toute résolution inscrite à l'ordre du jour et destinée à le révoquer. En revanche, lorsque l'organe révoquant délibère selon le mode de votation par tête, le pouvoir de contrôle dont dispose le dirigeant devient insuffisant pour paralyser toute résolution inscrite à l'ordre du jour portant sur sa révocation. Ainsi, la paralysie de révocation du dirigeant contrôleur est-elle certaine en cas de vote par intérêt au sein de l'organe révoquant (a) mais incertaine en cas de vote par tête (b).

a. La certitude de la paralysie dans le cadre de la votation par intérêt

¹⁹⁵⁰ A. REYGROBELLET, *Pour une « société en nom collectif... unipersonnelle »*, préc., p. 679.

¹⁹⁵¹ V. *supra* n° 743 s.

744. Le mode de votation est par intérêt lorsque la délibération est réputée adoptée à la suite du vote favorable de l'associé ou du groupe d'associés disposant de la majorité des droits sociaux. Ce mode est pratiqué dans les assemblées générales. Aussi, si les statuts le permettent, il peut être appliqué au sein du conseil d'administration¹⁹⁵². Le vote par intérêt fait dicter la loi des majoritaires¹⁹⁵³. C'est un pouvoir qui permet de polariser le fonctionnement de l'organe collectif. Il suffit que le majoritaire soit favorable pour que la décision soit prise. En revanche, l'opposition du majoritaire à une résolution constitue un handicap à son adoption.

745. En disposant de la majorité de vote, le dirigeant peut faire « *la pluie et le beau temps* » au sein de l'organe chargé de prendre les décisions collectives. Cette majorité entraîne une confusion de la volonté du dirigeant à celle de la société à travers l'organe collégial. Le décisionnaire¹⁹⁵⁴ incontestable est par conséquent le dirigeant en vertu de son pouvoir de contrôle. Dans ce contexte, il serait surprenant qu'une décision soit prise contre la volonté du dirigeant contrôleur. Au nombre des projets de résolutions dirigées contre le dirigeant peuvent figurer celui portant sur sa révocation. Un tel projet ne saurait aboutir. Il serait un projet mort-né, car son issue est connue d'avance. En d'autres termes, il est voué à l'échec, car il constitue pour le dirigeant une sanction pour sa gestion¹⁹⁵⁵ et son élimination professionnelle. Cela étant, l'intérêt social perd toute protection que lui aurait procurée la révocation du dirigeant¹⁹⁵⁶. Le pouvoir de vote dont dispose le dirigeant permet de neutraliser toutes les résolutions que pourraient prendre les minoritaires contre lui. Ce pouvoir permet au dirigeant contrôleur de régner sans partage et de ne faire des concessions lors des délibérations que sur des projets de résolutions qui ne sont pas destinés à déstabiliser sa fonction. Une telle neutralisation des minoritaires les condamne à la résignation. La perte de confiance susceptible de justifier une révocation¹⁹⁵⁷ devient inopérante face à l'omnipotence du dirigeant contrôleur, même si elle est éprouvée par les minoritaires.

746. En outre, le dirigeant bénéficie des mesures qui assurent une protection de ses droits d'associé. Sur le plan civil, il dispose du droit de faire annuler toute décision qui serait prise par les minoritaires pour l'évincer du pouvoir sans lui adresser une convocation préalable pour assister à la séance ou en méprisant sa prérogative de convoquer de l'assemblée générale. Lorsque l'assemblée générale est irrégulièrement convoquée¹⁹⁵⁸, le dirigeant peut demander son annulation, s'il n'a pas participé au vote. Sur le plan pénal, l'article 892 de l'AUSCGIE incrimine tout empêchement d'un actionnaire ou d'un associé de participer à une assemblée générale. En vertu de cette disposition, le dirigeant peut poursuivre pénalement tous les autres associés ou actionnaires qui l'auront empêché de participer à une assemblée générale réunie pour décider de sa révocation. Ainsi, non seulement le dirigeant contrôleur peut faire sanctionner au plan civil la délibération irrégulière l'ayant révoqué, mais aussi, il

¹⁹⁵² V. *supra* n° 571.

¹⁹⁵³ V. C. RUELLAN, *La loi de majorité dans les sociétés commerciales*, th. Paris II, 1997.

¹⁹⁵⁴ P. LOKIEC, *La décision et le droit privé*, préc., n° 2.

¹⁹⁵⁵ K. ADOM, *La révocation des dirigeants de sociétés commerciales*, préc., n° 23.

¹⁹⁵⁶ *Ibid*, n° 25. V. aussi, Ph. BISSARA, *L'intérêt social*, *Rev. sociétés* 1999, p. 5.

¹⁹⁵⁷ V. A. ALBARIAN, *La révocation des mandataires sociaux pour perte de confiance*, *RTD com.* 2012, p. 1.

¹⁹⁵⁸ V. *supra* n° 684.

peut faire condamner au plan pénal les auteurs de son entrave à assister à la séance au cours de laquelle la décision est prise. Ces mesures de protection confortent le dirigeant dans sa posture qui lui permet de paralyser tous les projets de révocation initiés contre lui.

En définitive, le contrôle de la société par le dirigeant le met à l'abri de la révocation. La stabilité du dirigeant est incontestablement assurée. Son éviction de la direction ne saurait dépendre que d'événements contre lesquels il est désarmé, notamment la maladie prolongée ou le décès ou encore des sanctions qu'il peut encourir lorsque la société est en difficulté, notamment le dessaisissement ou la sanction de l'interdiction de gérer. Hormis ces hypothèses, le dirigeant bénéficie d'une immunité de révocation en assemblée générale. Il n'en est pas de même lorsque l'organe révoquant délibère selon le mode de votation par tête où le contrôle de la société le capital devient insuffisant au dirigeant pour parer à sa révocation.

b. L'incertaine de la paralysie dans le cadre de la votation par tête

747. L'adoption d'une délibération par le mode de votation par tête est indifférente au pouvoir de contrôle. Le vote par tête est lié à la qualité de membre de l'organe délibérant et non au pouvoir donné par le capital. Ce mode de votation est, par principe, pratiqué au sein du conseil d'administration, sauf si les statuts l'écartent en faveur d'un vote par intérêt. Son indifférence au pouvoir de contrôle prive le contrôlaire de la prérogative de pouvoir bloquer une délibération qui lui serait défavorable.

748. Dès lors, le dirigeant contrôlaire devient impuissant face à un projet de révocation initié contre lui et inscrit à l'ordre du jour d'une séance du conseil d'administration. Il peut être facilement révoqué lorsque les autres administrateurs votent en faveur de sa révocation. Même le recours à des accords de vote conclus par le dirigeant semble inefficace pour le protéger contre sa révocation, car ils sont exposés à la nullité étant donné qu'ils sont destinés à entraver la liberté de révocation¹⁹⁵⁹. Certes, le pouvoir de contrôle peut assurer au dirigeant contrôlaire une autorité morale au sein du conseil d'administration. Mais le mode de votation réduit le contrôlaire au statut de minoritaire au regard de son unique voix qui ne saurait garantir une stabilité à sa fonction.

749. Ainsi, le conseil d'administration peut-il révoquer à tout moment les P-DG, DG ou DGA quelle que soit la part du capital qu'ils détiennent. Dans ce contexte, la protection du dirigeant ne réside que dans la nécessité du respect du principe du contradictoire¹⁹⁶⁰ et la menace de sanction pour les révocations fautives¹⁹⁶¹.

750. Cette neutralisation du pouvoir de contrôle dans le cadre de l'adoption des délibérations au sein du conseil d'administration vient relativiser l'impact d'un tel pouvoir sur la prise des décisions sociales. Le dirigeant contrôlaire ne saurait compter sur ses prérogatives exorbitantes pour paralyser une révocation initiée en son contre. Il ne peut dissuader les projets de révocation initiés contre lui que par la menace de provoquer une scission de la société pour en créer une nouvelle, si la part du capital qu'il détient lui permet de polariser en sa

¹⁹⁵⁹ V. *supra* n° 707.

¹⁹⁶⁰ V. *supra* n° 692-696.

¹⁹⁶¹ V. *supra* n° 701-704.

faveur les décisions pouvant être prises en assemblée générale extraordinaire. Une telle incertitude du pouvoir de contrôle à paralyser la révocation au sein d'un organe délibérant en application de la votation par tête tranche avec l'immunité de révocation judiciaire dont bénéficie le dirigeant contraire dans la majorité des sociétés.

2. L'immunité de révocation judiciaire du dirigeant contrôlaire

751. Le dirigeant qui dispose de la majorité du capital social peut disposer non seulement d'une immunité de révocation en assemblée générale mais aussi d'une immunité de révocation judiciaire. Si cette double immunité est certaine pour les dirigeants contrôlaire d'une société anonyme où les dirigeants sont à l'abri de la révocation judiciaire (a), il n'en est pas pour autant des gérants contrôlaire dont la révocation judiciaire est possible (b).

a. La certitude de l'immunité pour le dirigeant contrôlaire révocable *ad nutum*

752. Certains dirigeants de société anonyme sont révocables *ad nutum*. Les actionnaires ou les administrateurs, selon le cas, disposent d'une liberté intégrale de révocation garantie par l'exposition à la nullité des conventions destinées à l'entraver¹⁹⁶². Même si la révocation doit intervenir dans des circonstances respectueuses du principe du contradictoire, les motifs de la révocation portés à la connaissance du dirigeant ne peuvent faire l'objet d'un contrôle par les juges du fond. Les actionnaires demeurent libres de remercier le dirigeant sans motif ou pour n'importe quels motifs sans s'exposer à la responsabilité. Il suffit pour l'actionnaire ou le groupe d'actionnaires de disposer de la majorité simple du capital au moins pour remercier le dirigeant.

753. Cette impossibilité pour les juges du fond de contrôler le motif de la révocation les rend incompétents pour toute saisine aux fins de décider de la révocation des dirigeants révocables *ad nutum*. En effet, pour qu'un juge révoque un dirigeant, il est tenu de motiver sa décision en évoquant les causes légitimes de la révocation. Or, en raison du principe de la révocation *ad nutum*, la Cour de cassation sanctionne les décisions des juges du fond qui ont tendance à apprécier les motifs de la révocation¹⁹⁶³. Dès lors, si les juges sont incompétents pour apprécier les motifs de la révocation, ils ne sauraient se prononcer eux-mêmes sur une demande de révocation d'un dirigeant du moment qu'ils seraient amenés à apprécier la cause de la révocation avant de se prononcer, alors qu'une telle appréciation leur est défendue. Une admission de l'appréciation des motifs de la révocation des dirigeants des sociétés anonymes par les juges du fond viendrait enterrer le principe de la révocation *ad nutum* et restreindre par conséquent la liberté des actionnaires dans l'exercice de leur pouvoir de révocation. Finalement, les dirigeants soumis au mode de révocation *ad nutum* ne peuvent pas être révoqués sur décision de justice. Le juge qui s'y aventurerait expose sa décision à l'annulation par la Cour de cassation.

754. Une telle exclusion de la révocation judiciaire des dirigeants soumis au mode de révocation *ad nutum* fait le bonheur de ceux d'entre eux qui disposent de la majorité du capital social. Ce bonheur est envisageable sur deux points majeurs. D'une part, quelles que soient les fautes du dirigeant contrôlaire, la justice est incompétente

¹⁹⁶² V. *supra* n° 707.

¹⁹⁶³ V. *supra* n° 752.

pour l'évincer de la direction. En d'autres termes, le dirigeant contrôlaire peut impunément tenir la commande de la société sans craindre une révocation judiciaire. D'autre part, la réunion de la majorité du capital social entre ses mains l'immunise contre toute révocation en assemblée générale. Les autres actionnaires demeurent impuissants pour le révoquer en raison de leur participation minoritaire qui ne pourrait permettre de le révoquer en dépit des griefs qu'ils pourraient porter contre le dirigeant contrôlaire. Les coactionnaires du dirigeant contrôlaire sont désarmés contre les dérives de celui-ci.

755. Toutefois, si le dirigeant contrôlaire bénéficie d'une immunité de révocation judiciaire en dépit de ses déviances, il n'en demeure pas moins qu'il s'expose à une révocation judiciaire indirecte si ses déviances tombent sous le coup d'une infraction pénale ou exposent la société à une procédure collective. En effet, lorsqu'à la suite d'une poursuite pénale dirigée contre un dirigeant par un actionnaire minoritaire ou le ministère public sur la base des faits délictueux du dirigeant révélés par le commissaire aux comptes¹⁹⁶⁴, sa culpabilité retenue par le juge pénal l'expose à des peines allant jusqu'à l'emprisonnement dont la durée varie d'un Etat à un autre¹⁹⁶⁵. Le dirigeant qui écope d'une peine d'emprisonnement sans sursis est d'office écarté de la direction lorsque la décision devient définitive. Il s'agit d'une révocation indirecte du dirigeant délinquant. Ce mode de révocation est aussi réservé aux dirigeants des sociétés soumises à une procédure collective. Déjà dès le prononcé de la liquidation judiciaire, tous les dirigeants de la société sont écartés de la direction sociale au profit du syndic¹⁹⁶⁶ mais ne peuvent y intervenir que dans le cadre des actes conservant les droits de la société¹⁹⁶⁷. En d'autres termes, ils sont dessaisis même s'ils ne sont pas directement révoqués. Au pire des cas, lorsque des fautes de gestion traduisant déloyauté et incompétence sont reconnues à leur encontre, ils peuvent écopier d'une peine d'interdiction de gérer pendant un délai fixé par le juge sans pour autant qu'il dépasse dix (10) ans¹⁹⁶⁸. Ces mesures exceptionnelles constitutives de révocations indirectes sont destinées à écarter le dirigeant malhonnête des affaires même s'il est majoritaire. Ces mesures de révocation indirectes viennent tempérer l'immunité de révocation judiciaire dont jouit le dirigeant contrôlaire soumis au mode de révocation *ad nutum*.

756. Mis à part la révocation indirecte à laquelle il s'expose, indépendamment du mode de révocation, tout dirigeant délinquant ou dont la société est soumise à une procédure collective, l'immunité de révocation judiciaire des dirigeants soumis au mode de révocation *ad nutum* est un fossé qui les sépare de leurs homologues soumis au mode de révocation pour juste motif. Contrairement au dirigeant révocable *ad nutum*, les gérants sont révocables sur décision de justice même s'ils sont majoritaires dans le capital social. Cette situation les prive de l'immunité de révocation judiciaire.

b. L'incertitude de l'immunité pour le dirigeant contrôlaire révocable pour juste motif

¹⁹⁶⁴ V. *supra* n° 162.

¹⁹⁶⁵ V. *supra* n° 424 s.

¹⁹⁶⁶ V. *supra* n° 476 s.

¹⁹⁶⁷ V. *supra* n° 480-481.

¹⁹⁶⁸ V. *supra* n° 484-488.

757. En raison de leur révocabilité pour juste motif¹⁹⁶⁹, les gérants en particulier peuvent non seulement être relevés de leur fonction par décision des associés mais aussi par décision judiciaire. La révocation collective s'obtient lorsque l'associé ou le groupe d'associés y favorable réunit la majorité du capital. A cet égard, lorsque le gérant est majoritaire dans le capital, il pourra paralyser toute révocation initiée à son encontre au sein de la société. En revanche, cette paralysie peut être contournée par les associés minoritaires en se remettant à la justice pour faire prospérer leur demande en alléguant des causes qui pourraient légitimer la révocation du dirigeant. Le professeur BOSQUET-DENIS y voit une protection de l'associé contre le dirigeant difficilement révocable par décision collective¹⁹⁷⁰. Le législateur n'a prévu expressément que la révocation judiciaire du gérant de la SARL¹⁹⁷¹. Il est muet sur la possibilité de révocation judiciaire du gérant de la SNC, de la SCS. En droit français, dans les textes, la révocation judiciaire n'est plus applicable au gérant de SNC depuis que la loi n° 78-9 du 4 janvier 1978 a abrogé l'ancien article 1856 Code civil qui la prévoyait. Mais il n'est pas exclu que la révocation judiciaire peut être étendue aux gérants autres que ceux de la SARL.

758. L'extension de la révocation judiciaire à tous les gérants est possible compte tenu, d'une part, de l'exigence de justes motifs par le législateur pour leur révocation et, d'autre part, du pouvoir de contrôle du juge du fond sur ces motifs. En effet, étant donné que le juge peut se prononcer sur la responsabilité des associés majoritaires au regard des motifs de révocation du gérant, il est aussi compétent pour révoquer le gérant à la demande des associés minoritaires, s'il estime que les faits allégués constituent des causes légitimes de révocation. Dès lors, il ne serait pas exclu d'intégrer à la sphère des dirigeants révocables par décision de justice tous les dirigeants de la SA soumis au mode de révocation pour juste motif. Les causes légitimes ne sont que les justes motifs que les minoritaires auraient pu évoquer en assemblée générale pour révoquer le gérant si leurs parts dans le capital sont insuffisantes pour faire passer leur projet. Il appartient au juge de vérifier la légitimité de ces motifs pour répondre favorablement ou non à la demande de révocation. Comme l'ont relevé les professeurs COZIAN, VIANDIER et DEBOISSY, « *la cause légitime renvoie notamment à l'intérêt social et conduit à s'interroger sur la nécessité, voire l'opportunité, de maintenir le gérant en fonctions compte tenu des exigences de l'intérêt social. Pour prospérer, l'action de l'associé doit s'inscrire dans la défense de l'intérêt social* »¹⁹⁷². Cela étant, bien que l'associé ne dispose pas de pouvoir pour révoquer le gérant, il veille au respect de l'intérêt social par le gérant qu'il peut faire révoquer lorsque ce dernier méprise cet intérêt. Au nombre des causes pouvant légitimer la révocation judiciaire du gérant, figurent l'incapacité notoire du gérant, une maladie grave, des fautes

¹⁹⁶⁹ V. not., J. AUTESSERRE, *Nature juridique et conditions de révocation des gérants de sociétés et notamment de ceux des SARL*, *Rev. sociétés*, 1957, p. 256 ; J.-L. AUBERT, *La révocation des organes d'administration des sociétés commerciales*, préc., p. 977 ; R. BAILLOD, *Le juste motif de révocation des dirigeants sociaux*, *RTD com.*, préc., p. 395 ; J. ATTARD, *La révocation des dirigeants sociaux : de la licéité des clauses écartant l'exigence légale du juste motif ?*, préc., p. 571 ; A. ALBARIAN, *La révocation des mandataires sociaux pour perte de confiance*, préc., p. 1.

¹⁹⁷⁰ J.-B. BOSQUET-DENIS, *La protection de l'associé contre le gérant statutaire et égalitaire d'une société à responsabilité limitée*, *Rev. sociétés* 1994, p. 750.

¹⁹⁷¹ Art. 326 al. 2 de l'AUSCGIE.

¹⁹⁷² M. COZIAN, A. VIANDIER et F. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, op. cit., n° 932.

de gestion, des motifs d'économie justifiant la suppression d'un des gérants¹⁹⁷³. Pour illustration, le Tribunal de Grande Instance du Mfoundi énonce que le gérant d'une SARL peut être révoqué par voie judiciaire à la demande de tout associé y ayant intérêt dès lors que sont prouvés les actes de mauvaise administration et d'abus de pouvoirs qui constituent des causes légitimes de révocation¹⁹⁷⁴.

759. Face à ce droit irréductible dont dispose l'associé minoritaire de demander en justice la révocation du gérant, il est clair que la détention de la majorité du capital par un gérant est inopérante pour paralyser sa révocation. En revanche, ce statut dont dispose le gérant ne saurait empêcher ni un associé minoritaire de demander sa révocation en justice, ni le juge saisi de mettre fin à ses fonctions, si les griefs portés contre lui sont de nature à porter atteinte à l'intérêt social. Ainsi donc, contrairement aux dirigeants révocables *ad nutum*, ceux révocables pour juste motif demeurent exposés à la révocation judiciaire. La détention de la majorité du capital par eux ne saurait leur servir d'immunité contre la révocation judiciaire. L'immunité n'est exceptionnellement envisageable que lorsque le dirigeant révocable pour juste motif réunit entre ses mains la totalité du capital pour se mettre à l'abri de toute action en justice pour sa révocation faute de coassociés.

760. En définitive, il apparaît que la détention de la majorité du capital par le dirigeant ne lui garantit pas toujours une immunité de révocation. Mais il n'est pas moins un moyen pouvant procurer au dirigeant une certaine stabilité dans sa fonction. La stabilisation de la fonction sociale ne peut seulement être recherchée au profit du dirigeant. Il importe de l'envisager aussi dans l'intérêt de la société.

SECTION II. LA STABILISATION BÉNÉFIQUE A LA SOCIÉTÉ

761. L'instabilité de la fonction sociale ne provient pas toujours de la révocation. Elle peut être le fait des dirigeants eux-mêmes à travers l'abandon de leur fonction en cours de mandat ou le refus d'entamer un autre mandat à la fin d'un précédent en l'absence même d'un obstacle à leur reconduction. La victime de l'instabilité de la fonction sociale dans ce contexte est la société. Face à cette situation, la société pourra chercher des voies et moyens pour limiter et contenir les départs brusques des dirigeants en vue d'organiser la prévention de ces départs contre lesquels elle n'est pas toujours préparée et dont les effets peuvent se révéler nuisibles pour elle. Pour ce faire, la stabilisation de la fonction des dirigeants dans l'intérêt de la société peut passer par un encadrement strict de la démission (§ 1) et la dissuasion des départs par l'octroi de garanties financières attrayantes aux dirigeants (§ 2).

§ 1. L'encadrement strict de la démission

762. A l'instar de la révocation, la démission met fin par anticipation à la fonction du dirigeant social. La démission peut être d'office, forcée ou volontaire. Elle est d'office lorsqu'elle est réputée donnée en cas de

¹⁹⁷³ P.-G. POUGOUE, J. NGUEBOU-TOUKAM et F. ANOUKAHA, *comm. sous l'article 326 de l'AUSCGIE*, in *OHADA, Traité et actes uniformes commentés et annotés*, 3^e éd., Juriscope, 2008, p. 426. V. aussi, J.-J. CAUSSAIN, *La précarité de la fonction de mandataire social (Révocation et modes de protection)*, préc., n° 20.

¹⁹⁷⁴ Tribunal de Grande Instance du Mfoundi, Jugement civil n° 274 du 14 févr. 2005, *Affaire WAGOUM ALAIN MARCEL c/ TCHEKOUNANG ACHILLE MARIE*, *Répertoire quinquennal 2006-2010*, t. II, p. 766.

dépassement de la limite légale du cumul de mandats¹⁹⁷⁵. En revanche, elle est forcée lorsqu'elle est arrachée du dirigeant qui avait signé dès l'entrée dans ses fonctions une démission en blanc sous contrainte. Dans le cadre de la démission en blanc, si le dirigeant se rebiffe et apporte la preuve de la supercherie, les tribunaux accordent le cas échéant les indemnités dues au dirigeant révoqué¹⁹⁷⁶. Parfois la démission peut être volontaire, c'est-à-dire donnée sur initiative personnelle du dirigeant. Cette étape de notre étude ne concernera pas les démissions d'office ni forcées, car la société est généralement préparée contre elles. Par contre, elle portera sur la démission volontaire qui, par nature, est un acte qui tend à surprendre la société en la contraignant à solliciter le service d'une autre personne sans pour autant être préparée à se séparer du dirigeant démissionnaire. Dans ce contexte, il n'est pas exclu qu'une telle démission peut compromettre les intérêts de la société en perturbant la politique managériale ou désorientant les tiers, si pour une même fonction, elle est donnée consécutivement par les dirigeants engagés par la société. Pour se prémunir contre ces aléas liés à la fonction, la société peut prendre des précautions pour encadrer de façon stricte la démission. Cet encadrement consistera pour la société non pas de restreindre la liberté de démission des dirigeants mais d'inscrire la démission dans une procédure respectueuse de l'intérêt social (A) à telle enseigne que la méprise de ces procédures par le dirigeant pourra engager sa responsabilité (B).

A. La procéduralisation de la démission

763. Le législateur est discret sur la question de la démission des dirigeants. Une telle discrétion laisse la latitude aux volontés privées dans le traitement de cette question. L'exposition de la société aux conséquences qui pourraient découler des démissions suscite pour elle le besoin d'inscrire la démission dans une procédure à respecter par les dirigeants qui pourraient l'envisager. Il s'agira pour la société de prévoir dans une clause statutaire un préavis auquel les dirigeants doivent se conformer avant la démission (1). Aussi, peut-elle prévoir la nécessité pour les dirigeants ayant bénéficié d'une formation sur financement de la société de mettre leur compétence conformément aux clauses statutaires ou délibérations sociales y relatives avant de donner leur démission (2).

1. La prévision statutaire d'un préavis de démission

764. Le préavis est un avertissement, une information préalable¹⁹⁷⁷. Mieux approfondi, « *le préavis est l'acte juridique unilatéral par lequel une partie avise son cocontractant, un certain temps à l'avance, de toute mesure qui prendra effet à l'expiration du délai* »¹⁹⁷⁸. Son domaine classique est la rupture d'un acte juridique¹⁹⁷⁹ mais il s'est par la suite étendu à sa suspension¹⁹⁸⁰ et à sa modification¹⁹⁸¹. Le préavis règne dans les contrats de louage de

¹⁹⁷⁵ V. *supra* n° 581 s.

¹⁹⁷⁶ Cass. com., 5 janv. 1973, *JCP* 1973, II, 17404, note J. ROUSSEAU.

¹⁹⁷⁷ G. CORNU, *Vocabulaire juridique, op. cit.*, v° *Préavis*, p. 657.

¹⁹⁷⁸ A. SONNET, *Le préavis en droit privé*, th. Versailles Saint-Quentin-en-Yvelines, préf. Fl. BUSSY, PUAM, 2003, n° 465, p. 204.

¹⁹⁷⁹ *Ibid.*, n° 20 et s.

¹⁹⁸⁰ *Ibid.*, n° 197 et s.

¹⁹⁸¹ *Ibid.*, n° 242 et s.

service que sont le contrat de travail et des baux civils et professionnels¹⁹⁸². Par contre, il est ignoré par le législateur dans le cadre de la rupture anticipée du rapport unissant la société au dirigeant. Ce silence du législateur ne peut se justifier par le fait que le rapport des dirigeants avec la société est à durée limitée, car il est démontré que le préavis est même possible dans les actes juridiques à durée déterminée¹⁹⁸³. La justification peut être tirée du fait que le mandat des dirigeants n'est pas issu d'un contrat, car le préavis n'est envisageable que dans le cadre d'une relation contractuelle. En outre, l'idée de mandat qui semble sous-jacente dans le rapport qui lie le dirigeant à la société permet d'accréditer la thèse d'une rupture du rapport à tout moment sans préavis. Ainsi, dans la SARL où le législateur a-t-il envisagé expressément la démission du gérant¹⁹⁸⁴, aucune disposition légale ne prévoit un préavis auquel le gérant doit se conformer avant un tel acte. Ce manque de réglementation de la démission par le législateur n'empêche un encadrement privé de cet acte. C'est alors que les statuts peuvent pallier les insuffisances de la loi pour inscrire la démission dans une certaine procédure exigeant un préavis de la part du dirigeant. L'insertion d'un préavis de démission dans les statuts pourrait constituer une garantie indéniable pour la stabilité de la fonction sociale dans l'intérêt de la société. La société se met à l'abri d'un départ inopiné de son dirigeant et pourra, pendant le temps du préavis, préparer la transmission de la fonction à un autre dirigeant. En revanche, lorsque les statuts sont muets au sujet du préavis, il perdure alors le *statu quo* au bénéfice du dirigeant qui peut abandonner ses fonctions dès lors qu'il fait parvenir sa décision à la société.

765. Dans un arrêt du 5 novembre 1999, la Cour d'appel de Paris affirma que le gérant « *...ne saurait contester la validité de sa démission dès lors que, (...) aucun texte légal, ou comme en l'espèce statutaire, n'impose que la démission d'un gérant de SARL soit acceptée par la collectivité des associés puisque sa validité dépend de la seule volonté du gérant* »¹⁹⁸⁵. Elle avait, par la suite, ordonné la radiation du gérant au greffier du tribunal de commerce qui reçoit deux exemplaires de sa lettre de démission, même en l'absence de procès-verbal de l'assemblée des associés l'ayant acceptée. Plus tard, dans un arrêt du 22 février 2005, la Cour de cassation formula le principe suivant : « *...sauf stipulation contraire des statuts, la démission d'un dirigeant de société, qui constitue un acte juridique unilatéral, produit tous ses effets dès lors qu'elle a été portée à la connaissance de la société ; qu'elle ne nécessite aucune acceptation de la part de celle-ci et ne peut faire l'objet d'aucune rétractation, son auteur pouvant seulement en contester la validité en démontrant que sa volonté n'a pas été libre et éclairée* »¹⁹⁸⁶.

766. Deux leçons peuvent être tirées de l'analyse combinées de ces solutions. *Primo*, lorsque les statuts n'ont prévu aucun préavis de démission, la démission prend effet dès qu'elle est portée à la connaissance de la

¹⁹⁸² *Ibid*, n° 4.

¹⁹⁸³ *Ibid*, n° 144.

¹⁹⁸⁴ Art. 327 de l'AUSCGIE.

¹⁹⁸⁵ CA Paris, 5 nov. 1999, *Société Segaco SARL c/ M. Philippe Garandeau*, *Juris-Data* n° 1171741, *Dr. sociétés* n° 11, Novembre 2000, comm. 161, note D. VIDAL.

¹⁹⁸⁶ Com. 22 févr. 2005, *Bull. civ. IV*, n° 38 ; D. 2005. AJ 716, obs. A. LIENHARD, et Pan. 2953, obs. HALLOUIN et LAMAZEROLLES ; *Rev. sociétés* 2005. 625, note J. J. DAIGRE.

société¹⁹⁸⁷. *A contrario*, la prévision statutaire d'un préavis permet de retarder l'effet de la démission. *Secundo*, la Cour d'appel semble admettre que les statuts peuvent conditionner l'effet de la démission à l'acceptation préalable de celle-ci par la société. Ainsi, l'acceptation de la société devient une condition de validité de la démission. Le défaut d'acceptation condamnerait la démission à la nullité. Mais cette éventualité n'a pas été reprise par la Cour de cassation qui n'admet la nullité que lorsque la démission est donnée sous contrainte. Cette position de la Cour de cassation est guidée par une référence aux règles du mandat. A ce sujet, l'article 2007 du Code civil dispose que « *le mandataire peut renoncer au mandat en notifiant au mandant sa renonciation* ». Il s'agit d'un droit discrétionnaire qui n'a pas à être justifié¹⁹⁸⁸. En application de ce principe, nul ne peut demeurer prisonnier de sa fonction. Au final, le défaut d'acceptation de la démission par la société est inopérant sur ses effets, même si les statuts conditionnent la prise d'effet de la démission par l'acceptation de la société. Dès lors, il apert que la prévision statutaire d'un préavis semble être le seul moyen pour retarder la date d'effet de la démission.

767. Cette décision de la Cour de cassation comporte néanmoins quelques insuffisances dans la mesure où elle semble ignorer la possibilité de soumettre la démission à l'acceptation de la société alors que la renonciation au mandat n'est pas d'ordre public comme ne l'est la révocation du mandat. En effet, bien que le mandat soit par principe révocable *ad nutum*, il peut arriver qu'il devienne irrévocable dans l'intérêt du mandataire ou d'un tiers¹⁹⁸⁹. S'il en est ainsi, rien ne se s'oppose à ce que le droit de renoncer au mandat soit aussi restreint dès lors qu'elle est acceptée par les parties. Une telle stipulation serait favorable au mandant. Sa transposition en droit des sociétés se traduirait par le fait pour les statuts de la société de prévoir que la démission du dirigeant doit être préalablement acceptée par la collectivité des associés avant la rupture du rapport unissant la société au dirigeant. Dans ce contexte, la validité de la démission ne dépend pas de la volonté seule du dirigeant. Tant que la démission n'est pas acceptée par la collectivité des associés, le dirigeant ne saurait quitter ses fonctions. Humainement, une telle mesure peut paraître chocante, le dirigeant étant contraint de rester en fonction contre sa volonté. Dans ces conditions, le dirigeant perdrait toute motivation pour sa fonction. Les résultats de ses actes seraient à la mesure de son désintérêt fonctionnel. Mais, une telle mesure ne condamne pas le dirigeant à demeurer perpétuellement à la direction sociale ; la durée du mandat des dirigeants étant généralement limitée par les statuts ou à défaut par la loi, le dirigeant confronté au rejet de sa démission par la collectivité des associés pourra attendre la fin de son mandat pour renoncer à la présentation de sa candidature à un nouveau mandat.

L'exigence de l'accord préalable de la société lui permet de préparer la succession du dirigeant social démissionnaire en le libérant seulement au moment où elle lui a trouvé un remplaçant. Cette banalisation de la démission du dirigeant par la société n'équivaut pas à une révocation de la démission, car tous les actes unilatéraux sont irrévocables dès qu'ils parviennent à leur destinataire. La notification de la démission a produit ses effets en

¹⁹⁸⁷ Cette condition de prise d'effet de la démission à partir du moment où il atteint son destinataire lui confère le statut d'acte réceptice à l'image du congé voire de tous les actes unilatéraux : v. B. BLANC-JACOB, *Le congé dans le bail immobilier urbain*, thèse Paris I, préf. Ph. DELEBECQUE, Bibl. dr. pr., t. 458, L.G.D.J, 2006, p. 157 et s., n° 127 et s.

¹⁹⁸⁸ V. *infra* n° 783.

¹⁹⁸⁹ J. STOUFFLET, *Le mandat irrévocable, instrument de garantie*, *Mélanges André COLOMER*, Litec 1993, p. 479 et s.

mettant en principe fin au rapport du dirigeant avec la société. Mais la continuation de sa fonction par le dirigeant dont la démission est rejetée, est une reconduction tacite de son rapport avec la société pour une durée ne pouvant dépasser la fin du mandat en cours au bout duquel la société est obligée de désigner un autre dirigeant. Un auteur a admis la révocation d'un congé par un nouvel accord des parties au bail¹⁹⁹⁰ ou par permission du bail ou de la loi¹⁹⁹¹. Cette analyse manque de pertinence, car il ne s'agit pas d'une révocation du congé mais d'un congé dont le terme a été écourté emportant l'ancien contrat à la suite duquel naît un nouveau contrat entre les parties avec la reconduction des termes non modifiés de l'ancien contrat. Dès lors, qu'il s'agisse d'un congé ou d'une démission, ces actes sont irrévocables. L'opposition de la société à la démission du dirigeant est une mesure contre l'instabilité de la fonction. Sa méprise par le dirigeant constitue une violation des statuts avec ses risques.

768. Dès lors, la société peut prévoir deux mesures pour restreindre la liberté de démission des dirigeants : un préavis et où l'exigence de l'acceptation préalable de la démission par la collectivité des associés. Un dirigeant qui accepte se mettre au service d'une société dont les statuts comportent de telles stipulations est obligé de s'y conformer. Ces mesures permettent de procurer une certaine stabilité à la fonction dans l'intérêt de la société qui pourra contrôler efficacement la démission de ses dirigeants. Il en est de même pour le dirigeant qui, ayant bénéficié d'une formation sur financement de la société, est contraint de mettre de préférence et pour une durée raisonnable ses compétences au service de la société, ce qui vient limiter sa liberté de renoncer à sa fonction.

2. Le respect du dédit-formation par le dirigeant bénéficiaire

769. « La faculté de dédit est un mécanisme qui confère la possibilité à l'une des parties à la convention, ou aux deux, de se retirer de celle-ci moyennant la perte d'une somme fixée préalablement par les stipulations contractuelles »¹⁹⁹². Cette faculté dans le cadre du dédit-formation, une notion généralement connue du droit du travail¹⁹⁹³, n'appartient qu'au salarié. Celui-ci s'engage, en effet, s'il quitte son emploi avant un certain délai, à rembourser les dépenses de formation dont il a bénéficié. Les clauses de dédit-formation permettent à l'employeur de récupérer les dépenses de formation non amorties, en cas de démission ou de départ prématuré du salarié de l'entreprise. Elles ne sont licites que « dans la mesure où elles constituent la contrepartie d'un engagement pris par l'employeur d'assurer une formation entraînant des frais réels au-delà des dépenses imposées par la loi ou la convention collective et où elles n'ont pas pour effet de priver le salarié de la faculté de démissionner »¹⁹⁹⁴. De plus, l'engagement du salarié doit « faire l'objet d'une convention particulière conclue avant le début de la formation et qui précise la date, la nature, la durée de la formation et son coût réel pour

¹⁹⁹⁰ B. BLANC-JACOB, *Le congé dans le bail immobilier urbain*, op. cit., n° 43.

¹⁹⁹¹ *Ibid.*, n° 44 et s.

¹⁹⁹² Y. DAGORNE-LABBE, *Contribution à l'étude de la faculté de dédit*, thèse, Paris II, 1984, p. 1.

¹⁹⁹³ V. not., J.-P. CHAUCHARD, *La clause de dédit-formation ou le régime de liberté surveillé appliqué aux salariés*, *Dr. soc.* 1989, p. 388, spé. n° 14. 392 ; A. LYON-CAEN, *Le droit et la gestion des compétences*, *Dr. soc.* 1992, p. 573 ; M. POIRIER, *L'accession au travail : insertion ou formation ?*, *Dr. soc.* 1993, p. 257 ; Th. TAURAN, *Clauses de dédit-formation dans la jurisprudence sociale*, *JCP S* 2006, 1327 ; INFOREG, *Conserver un savoir-faire dans l'entreprise grâce à la clause de dédit-formation*, *Cah. dr. entr.* n° 3, Mai 2007, prat. 14.

¹⁹⁹⁴ *Soc.*, 17 juill. 1991, n° 88-40, 201, *D.* 1991. IR 225.

l'employeur, ainsi que le montant et les modalités du remboursement à la charge du salarié »¹⁹⁹⁵. La clause ne peut être mise en œuvre lorsque la rupture du contrat de travail est imputable à l'employeur¹⁹⁹⁶.

770. Une telle clause semble apparemment incompatible avec le statut de dirigeant de société dans la mesure où le dirigeant n'est pas lié à la société par un contrat de travail susceptible de la contenir. Mais rien n'exclut que la société y fasse recours lorsqu'elle entend financer la formation du dirigeant, et ce, pour plusieurs raisons. Cette formation peut avoir pour objectif de faire combler les insuffisances techniques et professionnelles du dirigeant ou de lui faire acquérir d'autres compétences au regard de l'extension de l'objet social à d'autres activités dans lesquelles le dirigeant est techniquement démuné. Dans ce contexte, en raison du conflit d'intérêts que présente le renforcement des capacités du dirigeant à travers sa formation, cet acte mérite d'être soumis au régime des conventions réglementées¹⁹⁹⁷. En effet, la décision de pourvoir une formation au dirigeant ne saurait relever de la compétence du dirigeant, car elle pourrait constituer une opportunité pour le dirigeant d'abuser de ses pouvoirs. Nous estimons qu'une telle décision doit être soumise aux prescriptions des conventions réglementées en raison du conflit d'intérêts qu'elle présente. C'est au cours de la délibération devant autoriser la formation du dirigeant que l'organe compétente pourra prévoir le dédit formation. La délibération devra préciser la date, la nature, la durée de la formation et son coût réel pour la société, ainsi que le montant et les modalités du remboursement à la charge du dirigeant. Dès lors que le dirigeant prend connaissance de la délibération et bénéficie de la formation, il est censé avoir accepté les termes de la délibération et, est par conséquent lié par le dédit.

771. Certes, les clauses de dédit formation ne doivent pas avoir pour effet de priver le bénéficiaire de la faculté de démissionner, en sorte que la durée convenue doit être d'ampleur limitée afin de rester compatible avec la liberté de démission¹⁹⁹⁸. Mais le dirigeant semble contraint de servir la société pendant le temps prédéterminé pour deux raisons majeures. D'une part, il pèse sur le dirigeant une obligation morale de respecter le dédit dès lors qu'il a accepté bénéficier de la formation. Une fois qu'il a bénéficié de la formation, il doit démontrer sa bonne foi en mettant les acquis au service de la société. D'autre part, il sera confronté à l'exigence du remboursement du coup de la formation s'il entend quitter sa fonction avant le temps prédéterminé. D'ailleurs, lorsque la situation financière du dirigeant ne lui permet pas de s'acquitter d'un tel remboursement, il est obligé de rester en fonction durant toute la durée du dédit. Il est ainsi tenu de faire bénéficier par préférence à la société les acquis de la formation jusqu'à l'amortissement intégral des dépenses qu'elle a supportées. Dans ce contexte, le dédit viendrait limiter la liberté de démissionner dont jouirait le dirigeant. Le professeur MEKKI trouve même que le dédit est le prix de la liberté payé par son débiteur¹⁹⁹⁹. Cette situation serait favorable à la société dans la mesure où elle pourrait toujours s'attacher les services du dirigeant en redoutant moins son départ prématuré. Il en ressort une

¹⁹⁹⁵ Soc., 4 fév. 2004, n° 01-43.651, D. 2004. 676, JCP 2004, E, 502 ; JCP 2004, E, 1096, conseil S. BEAL et M.-N. ROUSPIDE.

¹⁹⁹⁶ Soc., 11 janv. 2012, *Droit social* 2012 p. 420, note Fl. CANUT.

¹⁹⁹⁷ V. *supra* n° 262 s.

¹⁹⁹⁸ G.-P. QUETANT, *Comment garantir l'efficacité d'une clause de dédit-formation ?*, *Les Cahiers du DRH* 2001, 41.

¹⁹⁹⁹ M. MEKKI, *Existe-t-il un jus commune applicable aux clauses du contrat de travail ?*, *Rev. trav.* 2006, p. 293.

certaine maîtrise de l'instabilité de la fonction sociale que pourrait provoquer le dirigeant s'il n'était soumis à un dédit. Toute démission arbitraire du dirigeant l'expose à des sanctions.

B. La sanction des démissions arbitraires

772. Les démissions sont arbitraires lorsqu'elles sont irrégulièrement ou abusivement données. Ces caractéristiques de l'arbitraire exposent l'auteur de la démission à la responsabilité. Ainsi, un dirigeant peut-il être poursuivi pour une démission irrégulière (1) ou pour une démission abusive (2).

1. La sanction des démissions irrégulières

773. L'irrégularité provient du non-respect des exigences préalables à la démission. L'inscription de la démission du dirigeant dans une procédure exigeant le respect d'un préavis et/ou d'un dédit trouve son efficacité dans les sanctions qui pourront s'appliquer en cas de sa violation. Ce faisant, la procéduralisation de la démission par la nécessité pour le dirigeant de respecter un préavis avant tout départ anticipé et/ou de mettre par préférence sa compétence au service de la société après avoir bénéficié de toute formation sur financement de la société, est garantie par des sanctions précises. Celles-ci diffèrent selon qu'il s'agisse de démission sans préavis (a) ou de démission violant le dédit (b).

a. La sanction de la démission sans préavis

774. La source du préavis de démission est indifférente à la sanction de son non-respect. Qu'il s'agisse d'un préavis imposé par la loi ou les statuts, les débiteurs de l'obligation de le respecter commettent une faute lorsqu'ils le méprisent lors de leur départ anticipé de l'entreprise. Cette faute est indéniablement une source de responsabilité.

775. L'exemple tiré du droit du travail paraît significatif au regard de la proximité du préavis de démission du salarié avec celui du dirigeant. En droit du travail où le préavis s'impose légalement tant au salarié qu'à l'employeur, sa violation lors de la rupture du contrat de travail emporte obligation pour la partie responsable, de verser à l'autre partie une indemnité²⁰⁰⁰. Il en ressort que le salarié qui démissionne sans respecter le préavis s'expose à des sanctions, sauf dans certains domaines particuliers notamment dans l'aviation civile où dès lors que le contrat de travail ne comporte aucune clause sur le principe d'un préavis, le salarié n'est pas tenu de respecter le délai de préavis demandé par l'employeur²⁰⁰¹. Mais il faut relever que la pratique judiciaire révèle que la condamnation du salarié pour rupture irrégulière du contrat de travail est exceptionnelle. Les juges confondent parfois les démissions irrégulières aux démissions abusives²⁰⁰² en vue d'aboutir plus facilement à la sanction du non-respect du préavis par les salariés.

776. Si à la différence du salarié, le dirigeant est soumis à un préavis statutaire, il est au contraire comme le salarié exposé à la responsabilité lorsqu'il viole le préavis lors de son départ anticipé de la société. Dès lors, il serait reproché au dirigeant une violation des statuts de la société. Or, par principe, la violation des statuts constitue une

²⁰⁰⁰ V. art. 67 al. 1^{er} du Code de travail du Togo.

²⁰⁰¹ Cass. soc., 24 janv. 2007, n° 05-42.183, FS-P+B, *SA Régionale compagnie aérienne européenne c/ Wauquiez*, *Juris-Data* n° 2007-037059, *JCP S* n° 16, 17 Avril 2007, 1267, note S. BRISSY.

²⁰⁰² J. DUPUY, *La démission du salarié*, préc., p. 259.

faute source de responsabilité²⁰⁰³. Le juge saisi d'une telle affaire pourra au préalable procéder à la vérification du contenu des statuts de la société pour s'informer sur les formes du préavis imposé. Le silence législatif actuel au sujet de la responsabilité du dirigeant pour non-respect du préavis ne saurait empêcher le juge à retenir une sanction contre le dirigeant. La difficulté résiderait dans la fixation de l'indemnité de rupture irrégulière. Le juge pourra comme dans le cadre de la responsabilité du salarié pour démission irrégulière, fixer une indemnité en fonction du préjudice subi par la société ou, au contraire déterminer, une indemnité forfaitaire²⁰⁰⁴.

777. Le spectre de sanction qui plane sur la tête des dirigeants qui violent allègrement les statuts en n'observant pas le préavis lors de leur départ anticipé de la société peut constituer indéniablement un élément susceptible de dissuader les démissions intempestives. L'obligation pour le dirigeant de verser une indemnité à la société peut lui inspirer la crainte. Cette crainte peut contribuer au respect du préavis par les dirigeants au bonheur de la société qui peut s'engager dans la recherche d'un remplaçant au démissionnaire. Il n'est pas exclu pour la société de reporter le remplacement à la fin du mandat du démissionnaire en rejetant la démission du dirigeant si les statuts prévoient cette éventualité²⁰⁰⁵. Ces dispositifs mettent en toute évidence la société à l'abri des départs surprises des dirigeants et lui permet de préparer la succession des dirigeants démissionnaires. Leur rôle semble partagé par la sanction de la démission violant le dédit-formation.

b. La sanction de la démission violant le dédit-formation

778. La clause de dédit-formation joue généralement en cas de démission de son débiteur. Elle est destinée à faire en sorte que son débiteur qui a suivi une formation financée par sa société, y reste pendant une certaine durée. Ces clauses incitent le salarié à ne pas quitter l'entreprise de façon inconsidérée en usant du droit de démissionner. Le départ anticipé du salarié lui impose de rembourser à l'entreprise les dépenses de formation. Le montant de l'indemnité mise à sa charge doit être fixé de façon objective²⁰⁰⁶. En effet, le remboursement ne peut porter que sur les dépenses de formation, nullement sur les rémunérations reversées au bénéficiaire du dédit. Cette précision permet d'éviter une confusion des dépenses de la formation avec les rémunérations versées au bénéficiaire au cours de la formation. Les rémunérations sont la contrepartie financière des services rendus à l'entreprise par le bénéficiaire de la formation étant donné qu'il demeure toujours en fonction au cours de la durée de la formation.

779. S'agissant du remboursement réel devant peser sur le bénéficiaire de la formation, le montant peut varier. La clause peut indiquer un montant total ou forfaitaire, ou que le remboursement sera dégressif. L'objectivité dans le remboursement commandera que le remboursement soit proportionnel²⁰⁰⁷ à la durée du service rendu à la société par le bénéficiaire de la formation avant son départ prématuré. Lorsque le dirigeant entend démissionner de la société au lendemain de sa formation, il est logique qu'il rembourse la totalité du coût de la formation. En

²⁰⁰³ V. *supra* n° 320-324.

²⁰⁰⁴ V. J. DUPUY, *La démission du salarié*, préc., p. 259.

²⁰⁰⁵ V. *supra* n° 766-768.

²⁰⁰⁶ Th. TAURAN, *Clauses de dédit-formation dans la jurisprudence sociale*, préc., p. 1327.

²⁰⁰⁷ V. par ex., Soc., 21 mai 2002, *Société Flandre Air c/ Régis-Constant*, *Dr. soc.* 2002 ? p. 902, note J. SAVATIER.

revanche, lorsqu'il entend quitter la société en n'épuisant pas toute la durée au cours de laquelle il doit demeurer au service de la société, le montant du remboursement doit être calculé en fonction du temps de service restant de manière à lui permettre de couvrir cette période : il s'agit là d'un remboursement dégressif. Il n'en demeure pas moins que le remboursement prévu soit forfaitaire à telle enseigne que son dû soit indépendant du service rendu ou non par le dirigeant à la société pendant la durée de fonction obligatoire. Lorsque le montant fixé est excessif, il peut être modéré par le juge sur la base de l'article 1152 du Code civil²⁰⁰⁸.

780. La mise en œuvre de la clause de dédit-formation suscite la question de savoir si elle constitue une peine privée pouvant l'assimiler à la clause pénale²⁰⁰⁹. A ce sujet, pour éviter toute confusion, la Cour de cassation a eu à requalifier une clause pénale admise par une Cour d'appel en une clause de dédit²⁰¹⁰. Selon les faits de l'espèce rapportés²⁰¹¹, une clause d'un contrat de prestation de services entre un prestataire, M. Peuchet, et son client, la Sté Nicolas, prévoyait la possibilité de résiliation anticipée des relations contractuelles moyennant une indemnité forfaitaire assez importante. Quelle qualification juridique retenir de cette clause : une clause pénale, comme le décide la cour d'appel, ou au contraire une clause de dédit, comme l'indique la Cour de cassation ? Son caractère « forfaitaire et coercitif » suffisait pour les juges du fond pour caractériser la clause de pénale. Mais la Cour de cassation estime qu'une telle stipulation n'avait pas « pour objet de faire assurer par l'une des parties l'exécution de son obligation, mais [au contraire devrait s'analyser] en une faculté de dédit permettant au client de se soustraire à cette exécution ». La Cour de cassation nous renseigne que la qualification de la clause se fait non à partir de sa nature mais à partir de sa fonction. Ainsi, les deux clauses remplissent des fonctions distinctes. La clause de dédit a une fonction compensatoire et non indemnitaire. La somme ainsi acquittée n'est autre que le prix de la liberté. De son côté, la clause pénale a une fonction punitive. Dans un arrêt du 14 mars 2001, la Chambre sociale de la Cour de cassation s'est abstenue de se prononcer sur l'assimilation de la clause de dédit-formation à la clause pénale²⁰¹². La jurisprudence semble rejeter une assimilation des deux clauses. Cette position rejoint la doctrine majoritaire postulant pour une distinction des deux clauses²⁰¹³. Le professeur Denis MAZEAUD tient la cause de la faculté de dédit comme le siège de la distinction entre faculté de dédit et clause

²⁰⁰⁸ Sur la question, v. not., J.-P. CHAUCHARD, *La clause de dédit-formation ou le régime de la liberté surveillée appliqué aux salariés*, *Dr. social* 1989, p. 388 ; F. BOUSEZ et M. MOREAU, *Performance et relations individuelles de travail*, *JCP éd. E*, n° 20, 15 Mai 1997, 654 ; G.-P. QUETANT, *La clause de dédit-formation est-elle révisable par le juge ?*, *Les Cahiers du DRH* 2001, 42 ; MALINVAUD, *L'application de l'art. 1152 aux clauses limitatives*, *Mélanges TERRE*, 1999, p. 689 ; S. BÉAL et M. N. ROUSPIDE, *Le dédit-formation doit faire l'objet, préalablement, à la formation, d'une clause particulière*, *JCP éd. E*, n° 30, 22 Juillet 2004, 1096. – Cass. com., 27 mars 1990, D. 1990, note E. S. DE LA MARNIERRE.

²⁰⁰⁹ Pour des études sur la notion, v. E. ALFANDARI, *Le contrôle des clauses pénales par le juge*, *JCP* 1971, I, n° 2395 ; G. PAISANT, *Dix ans d'application de la réforme des articles 1152 et 1231 du code civil relative à la clause pénale (loi du 9 juillet 1975)*, *RTD civ.* 1985, p. 647 ; D. MAZEAUD, *La notion de clause pénale*, th. Paris XII, préf. F. CHABAS, LGDJ, 1992 ; G. PAISANT, *Clauses pénales et clauses abusives après la loi du 1^{er} février 1995*, D. 1995, chron. 223.

²⁰¹⁰ Ch. WILLMANN, *Le non-dit du dédit*, D. 1999, p. 103.

²⁰¹¹ Les faits sont rapportés par Chr. WILLMANN, *Le non-dit du dédit*, préc., p. 103.

²⁰¹² Cass. soc., 14 mars 2001, cité par Th. TAURAN, *Clauses de dédit-formation dans la jurisprudence sociale*, préc., p. 1327.

²⁰¹³ V. G.-P. QUETANT, *La clause de dédit-formation est-elle révisable par le juge ?*, préc. p. 41 : « Le terme même de « dédit » retenu systématiquement nous éloigne de la notion de peine. On retrouve bien une somme fixée dans le contrat en échange d'une obligation... et son évaluation ne correspond pas à un montant forfaitaire. Elle correspond précisément aux frais engagés, tout en tenant compte de la durée d'exécution » ; D. MAZEAUD, *La notion de clause pénale*, op. cit., n° 92 .

pénale²⁰¹⁴. Selon lui, « le but que poursuivent des contractants qui stipulent une faculté de dédit est diamétralement opposé à celui recherché par des contractants qui concluent une clause pénale. Dans un cas, en effet, il s'agit pour les parties d'admettre et d'organiser la disparition de la convention conclue ou simplement projetée tandis que dans l'autre, il s'agit de garantir, par l'effet de la menace, son exécution »²⁰¹⁵.

781. Toutefois, le débat est loin d'être clos. La distinction de ces deux clauses peut être perturbée non seulement par la pratique rédactionnelle des clauses parfois confuse, sollicitant le juge dans son pouvoir d'interprétation du contrat, mais aussi par le fondement de leur qualification²⁰¹⁶. Aussi, une telle distinction relève-t-elle d'une appréciation des deux clauses et ne saurait s'harmoniser avec toutes les formes de dédit. En ce qui concerne le dédit-formation, il est vrai que le débiteur qui le viole viendra compenser les dépenses de sa formation mais une telle somme constitue une peine qui pèse sur lui pour ne pas avoir exécuté sa part d'obligation en compensation de l'appauvrissement de la société pour sa formation. Cette prévision de peine privée fait apparenter la clause de dédit-formation à une clause pénale. Aussi, au-delà de leur fonction donnant lieu à leur qualification, les deux clauses poursuivent un objet semblable. Dans un arrêt du 29 janvier 1991, Cour de cassation relevait que « la clause pénale n'a pas pour objet exclusif de réparer les conséquences d'un manquement à la convention mais aussi de contraindre le débiteur à exécution »²⁰¹⁷. Cette contrainte exigée sur le plan pratique dans le cadre de la clause pénale l'est tout autant sur le plan moral dans le cadre du dédit-formation étant donné que les engagements doivent être exécutés de bonne foi. Ainsi, pouvons-nous accrédi-ter la thèse selon laquelle la clause de dédit-formation est destinée à contraindre moralement le dirigeant de rester au service de la société durant le temps fixé une fois la formation reçue. Un impact pratique peut être relevé si le coût de la formation dépasse largement les revenus du dirigeant à telle enseigne qu'il lui serait impossible de rembourser les fonds s'il démissionnait avant la fin du délai. Le dédit-formation présente alors un caractère dissuasif considérable de la démission.

782. En comportant une peine, la clause de dédit-formation favorise une pérennisation du rapport unissant son débiteur à la société pour une certaine durée en dissuadant toute tentative de démission. Mieux, elle facilite une fidélisation du débiteur à la société²⁰¹⁸ et contribue significativement à la stabilisation de la fonction sociale au profit de la société. Comme la sanction de la violation du dédit-formation, la sanction des démissions abusives participe de la dissuasion des départs prématurés des dirigeants.

2. La sanction des démissions abusives

783. Une partie de la doctrine estime que la théorie de l'abus de droit n'a pas vocation à s'appliquer aux droits discrétionnaires²⁰¹⁹. Cette thèse se justifie par le caractère absolu de ces droits. Cet absolutisme n'est dynamique que dans le respect des droits d'autrui qui lui servent de limite. Il devient défectueux lorsqu'il s'inscrit dans

²⁰¹⁴ D. MAZEAUD, *La notion de clause pénale*, op. cit., n° 311, p. 170.

²⁰¹⁵ *Ibid.*, n° 311.

²⁰¹⁶ Chr. WILLMANN, *Le non-dit du dédit*, préc., n° 7 et s.

²⁰¹⁷ Com., 29 janv. 1991, *Bull. civ.*, IV, n° 43.

²⁰¹⁸ En ce sens, M. MEKKI, *Existe-t-il un jus commune applicable aux clauses du contrat de travail ?*, préc., p. 293.

²⁰¹⁹ V. A. ROUAST, *Les droits discrétionnaires et les droits contrôlés*, *RTD civ.* 1941, p. 1.

l'arbitraire ou dans l'abus. L'abus de droit constitue une limite particulière du droit²⁰²⁰. La jurisprudence a d'abord appliqué la notion au droit de propriété en sanctionnant l'abus sur le fondement de la responsabilité délictuelle depuis le célèbre arrêt « *Cocquerel c. Clément-Bayard* » dans lequel ils ont jugé que l'installation sur un terrain de carcasses en bois surmontés de tiges de fer pointues ne présentant aucune utilité et n'ayant d'autre but que de nuire à autrui, en l'espèce un voisin, constitue un abus du droit de propriété²⁰²¹. Puis la règle a joué contre des plaideurs acharnés dont l'action en justice était animée par la mauvaise foi ou l'erreur grossière²⁰²² avant d'être étendue aux rapports contractuels.

L'abus détruit l'immunité dont bénéficient les auteurs de droits discrétionnaires dans leur exercice. On peut citer un auteur qui trouve à juste titre que « *l'acte de rupture trouve une limite dans l'abus de droit. C'est le propre de tous les droits discrétionnaires qui, à mépriser les droits d'autrui, deviennent arbitraires* »²⁰²³. Ces droits « *...sont donc presque tous conditionnés par leur but, c'est-à-dire par leur destination économique et sociale, et quiconque les détourne de cette destination tombe dans l'abus et devient répréhensible* »²⁰²⁴. D'ailleurs, le professeur BENABENT trouve que « *il est aujourd'hui admis qu'il peut y avoir de droit d'abus en toute matières et qu'il n'y a pratiquement pas de droits "discrétionnaires" ou "absolus" dont le titulaire pourrait faire n'importe quel usage sans avoir aucun compte à rendre* »²⁰²⁵. Dans le même sens, d'autres auteurs trouvent que les droits discrétionnaires sont en déclin²⁰²⁶, car « *l'existence d'une prérogative discrétionnaire ne fait pas échec au contrôle du juge* »²⁰²⁷. Les droits discrétionnaires sont donc vidés de leur substance. Au nombre de supposés

²⁰²⁰ Ph. STOFFEL-MUNCK, *L'abus dans le contrat (Essai d'une théorie)*, th. Aix-Marseille, Bibl. dr. pr., t. 337, LGDJ, 2000, p. 291, n° 346 ; J. GHESTIN, Chr. JAMIN et M. BILLIAU, *Traité de droit civil (sous dir. J. GHESTIN), Introduction générale*, 4^e éd., LGDJ, 1994, n° 781 ; M. RONTONDI, *Le rôle de la notion de l'abus du droit*, RTD civ. 1980, p. 66 ; J. GHESTIN, *L'abus dans les contrats*, Gaz. Pal. 1981, 2, doct. 379 ; J. LEMÉE, *Essai sur la théorie de l'abus de droit*, th. Paris XII, dactyl., 1977.

²⁰²¹ Req., 3 août 1915, GAJC, t. I, n° 62, DP 1917, S. 1917.

²⁰²² V. not., J. VIATTE, *L'amende civile pour l'abus de la faculté d'agir en matière de procédure civile*, Gaz. Pal. 1978, doct., p. 305 ; Y. DESDEVISES, *L'abus du droit d'agir en justice avec succès*, D. 1979, chron., p. 21 ; F.-J et J.-M. PANSIER, *Abus de procédure*, JCP éd. G 1983, I, 3105 ; E. BLARY-CLEMENT, *Spécificités et sanctions des manœuvres dilatoires du procès civil*, JCP éd. G 1991, I, 3534 ; Ph. MALAURIE, L. AYNES et Ph. STOFFEL-MUNCK, *Droit civil, Les obligations*, 3^e éd., Defrénois, 2007, p. 534.

²⁰²³ J. DUPUY, *La démission du salarié*, préc., p. 259.

²⁰²⁴ H. CAPITANT, *Sur l'abus des droits*, préc., p. 368.

²⁰²⁵ A. BENABENT, *Droit des obligations*, 13^e éd., Montchrestien, 2012, p. 399, n° 553.

²⁰²⁶ En ce sens, F. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETE, *Droit civil, Les obligations*, 10^e éd., Dalloz, 2009, p. 749, n° 740.

²⁰²⁷ R. E. de MUNAGORRI, *L'acte unilatéral dans les rapports contractuels*, thèse, préf. A. LYON-CAEN, Bibl. dr. pr., t. 254, L.G.D.J., 1996, p. 388, n° 487. V. aussi, F. LUXEMBOURG, *La déchéance des droits (Contribution à l'étude des sanctions civiles)*, op. cit., n° 697. Cet auteur nuance sa position en excluant tout contrôle du juge sur la faculté de révoquer un testament. Cette nuance se fonde sur un arrêt de la Cour de cassation du 30 nov. 2004 qui précise que « *la faculté de révoquer un testament constitue un droit discrétionnaire exclusif de toute action en responsabilité* » (JCP 2005, II, 10179, note J.-R. BINET ; RTD civ. 2005, p. 104, obs. J. HAUSSER). Cette solution a été critiquée : le respect dû aux dernières volontés d'un mort ne doit pas permettre le non-respect des vivants (G. RAOUL-CORMAIL, *Le mensonge du concubin sur ses dernières volontés*, Defrénois 2005, p. 761). Un autre auteur reconnaît l'exclusion de la théorie de l'abus de droit dans certains domaines : droit des assurances où l'assuré a un droit discrétionnaire de renoncer à un produit (Y. PAGNERRE, *L'extinction unilatérale des engagements*, thèse Paris II, préf. J.-M. OLIVIER, Editions Panthéon Assas, 2012, n° 828, pp. 889-890). Mais la Cour de cassation conditionne cette admission à la bonne foi de l'assuré : Cass. 2^e civ., 7 mars 2006, Bull. civ. I, n° 63 (deux arrêts). Aussi, l'auteur admet-il l'exclusion de la théorie de l'abus dans le cadre du droit de la consommation où le consommateur se réserve le droit de renoncer à la poursuite d'un contrat affecté d'une clause de résiliation annuelle. Enfin, il ajoute le droit de l'employeur de renoncer à une clause de non-concurrence (n° 829). Il conclut que « *par principe, un droit discrétionnaire est soumis à la théorie de l'abus de droit ; le terme "discrétionnaire"* »

droits discrétionnaires, figure la démission dont l'abus peut être retenu lorsqu'elle est donnée par tout dirigeant dans des circonstances vexatoires (a) et particulièrement par les gérants sans aucun juste motif (b). Toutes ces formes d'abus exposent le dirigeant auteur à des sanctions.

a. La sanction de la démission donnée dans des circonstances vexatoires

784. Le professeur LECOURT a eu une juste appréhension de la démission donnée dans des circonstances vexatoires. En effet, il relève que « *si par essence le dirigeant ne peut pas être contraint de fournir des motifs légitimes, sa démission est libre et n'a pas à être acceptée, il n'est pas exclu que lorsque les circonstances de sa démission sont de nature à causer un préjudice au groupement, il soit tenu de le réparer* »²⁰²⁸. Ensuite, il détermine son fondement et apporte des éclaircissements sur ses manifestations et sa sanction. C'est ainsi qu'il affirme que, « *fondée sur l'article 1382 du Code civil et puisée aux sources de l'abus de droit, la démission du dirigeant ne doit pas être abusive. C'est dire qu'elle doit être exempte de toute publicité tapageuse ou encore de menaces envers le groupement ou ses membres. Ce n'est finalement là que parallélisme des formes puisque les circonstances de la révocation, qu'elle soit d'ailleurs pour justes motifs ou ad nutum, peuvent ouvrir un droit à indemnisation au profit du dirigeant délaissé dans la mesure où elles constituent des événements brutaux ou vexatoires. Mais c'est affirmer également que la démission ne doit pas être donnée à la légère, c'est-à-dire de manière intempestive* »²⁰²⁹.

785. Il apparaît donc que le dirigeant qui quitte prématurément la société dans des circonstances vexatoires, abuse de sa liberté de démissionner en détournant la démission de son but qui consiste à mettre fin à la fonction sociale. En dehors du but assigné à la démission²⁰³⁰, le dirigeant entend nuire à l'intérêt de la société. La recherche de ce second but à travers la démission vient la compromettre et l'ériger au rang d'une faute. C'est le cas lorsque le dirigeant démissionne et quitte sa fonction sans pour autant que la société ait été pourvue d'un autre dirigeant. Il en est de même des démissions en bloc de tous les dirigeants lorsque la direction est plurale alors que l'assemblée générale ou le conseil d'administration, selon le cas, se trouve dans l'impossibilité de désigner un autre dirigeant en raison d'une crise politique qui les gangrène ou d'éloignement de la quasi-totalité de leurs membres. L'intention de nuire consiste à provoquer un arrêt du fonctionnement de la société, car la démission du ou de tous les dirigeants fait disparaître l'organe de direction de la société devant mettre la société en relation avec les tiers. Cette situation peut entraîner non seulement des pertes pour la société mais aussi des gains manqués pour elle en raison du défaut d'organe devant agir pour son compte. Au fait, le dirigeant non animé par une intention de bloquer le fonctionnement de la société, pourrait déléguer avant sa démission, certains pouvoirs aux cadres ou employés de la société²⁰³¹. En revanche, la nuisance peut être portée à son paroxysme lorsque le dirigeant quitte la société en

signifie seulement "absence de motivation". Ce n'est qu'exceptionnellement que certains droits sont exclusifs de toute action en responsabilité. Les juges semblent distinguer les droits "simplement" discrétionnaires des droits "purement" discrétionnaires » (n° 830).

²⁰²⁸ A. LECOURT, *Retour sur la démission des dirigeants de groupements*, préc., n° 27.

²⁰²⁹ *Ibid.*

²⁰³⁰ Les droits ont une fonction : V. A. PIROVANO, *La fonction sociale des droits, Réflexion sur la destinée des théories de Jossierand*, D. 1972, Chron. p. 67.

²⁰³¹ V. *supra* n° 626.

licenciant avant sa démission les salariés à qui il pourrait probablement déléguer des pouvoirs. Par ces faits, le dirigeant organise intentionnellement un effondrement de la direction sociale.

786. Face à la démission abusive, deux sanctions sont envisageables. Il s'agira soit de neutraliser les effets nuisibles recherchés par l'auteur de la démission, soit de réparer les nuisances créées à la société par la démission. En effet, s'agissant de la neutralisation des effets nuisibles de la démission, elle peut être assurée par les soins du greffier. Il est tout à fait envisageable que le greffier du tribunal de commerce refuse purement et simplement de prendre acte de la démission du dirigeant et donc de s'abstenir de procéder à sa radiation en cette qualité. Il se dégage en effet une pratique selon laquelle les greffiers rechignent à procéder à la radiation d'un dirigeant dès lors que le groupement se trouve, même pour un laps de temps très court, privé de tout pôle de direction. S'il paraît évident que le greffier doit procéder à la radiation de la qualité de gérant, ou de toute autre qualité, quand il reçoit les deux exemplaires de la lettre de démission de celui-ci, il apparaît qu'il peut refuser d'enregistrer la radiation et la reporter au moment où un nouveau gérant, ou tout autre dirigeant, sera désigné comme remplaçant du démissionnaire. Le greffier motive sa décision par le fait qu'une société immatriculée ne peut rester sans dirigeant²⁰³². Ainsi, le dirigeant démissionnaire ne pourra quitter définitivement la société que si son successeur a été désigné ou lorsqu'il a opéré une délégation de ses pouvoirs au regard des actes de gestion courante de la société. D'autre part, le dirigeant qui a abandonné prématurément ses fonctions sans donner un délai raisonnable à la société pour lui trouver un successeur à qui il pourra passer service, peut être poursuivi au plan civil. Le juge pourra évaluer le préjudice causé par sa démission à la société et le condamner sur le fondement de l'article 1382 du Code civil à des dommages-intérêts pouvant le couvrir.

787. Ces sanctions viennent humaniser la démission en conciliant la préservation de la liberté de démissionner et le besoin de respecter le droit de la société à un fonctionnement continu de sa direction. Elles peuvent concourir à décourager chez les dirigeants des départs inconsidérés de leur fonction. La dissuasion des démissions données dans des circonstances vexatoires permet d'éviter des ruptures de fonctionnement de la société et de limiter les instabilités que pourrait subir la direction sociale. Cet objectif de stabilisation de la fonction sociale peut être aussi recherché à travers la sanction des démissions sans juste motif.

b. La sanction de la démission sans juste motif

788. C'est à l'absence de motifs légitimes que s'attacherait, d'après JOSSERAND, la jurisprudence en matière d'abus de droit de résiliation unilatérale du contrat de travail à durée indéterminée. Il précise que « *l'abus en pareil matière est caractérisé par l'absence de motif légitime, c'est-à-dire par l'absence de raisons justificatives chez l'auteur de la rupture* »²⁰³³. Cette appréhension de l'abus de droit transparaît sans doute dans la rupture par le dirigeant de sa relation avec la société, sans qu'il puisse sous-tendre sa décision par un motif juste. Il faut relever que l'exigence d'un

²⁰³² A. LECOURT, *Retour sur la démission des dirigeants de groupements*, préc., n° 36.

²⁰³³ L. JOSSERAND, *Essai de téléologie juridique. I. De l'esprit des droits et de leur relativité. Théorie dite de l'abus des droits*, Librairie Dalloz, Paris, 1927, p. 181.

juste motif de démission ne saurait viser tous les dirigeants. Elle doit être la contrepartie de l'obligation pour la société de fonder la révocation de certains dirigeants sur un juste motif²⁰³⁴. Sont donc visés par ce mode de révocation les gérants aux quels il faut ajouter le directeur général, le directeur général adjoint et l'administrateur général adjoint qui sont soumis à ce mode de révocation depuis la révision récente de l'AUSCGIE²⁰³⁵. En revanche, sont affranchis de cette exigence, les dirigeants révocables *ad nutum* notamment le P-DG, car on ne saurait exiger de ces dirigeants de fournir un motif pour leur démission alors qu'ils sont exposés à une révocation à tout moment. C'est la théorie de la réciprocité. Ainsi, seuls les dirigeants révocables pour juste motif ne sauraient démissionner sans aucun motif légitime. L'absence de motif de leur démission les expose à la responsabilité. La loi fait d'ailleurs expressément référence à cette responsabilité. Selon l'article 327 de l'AUSCGIE, « *le ou les gérants peuvent librement démissionner. Toutefois, si la démission est faite sans juste motif, la société peut demander en justice réparation du préjudice qu'elle subit* ». Cette disposition ne vise que les gérants de la SARL. Mais elle peut être étendue aux gérants de la SNC, de la SCS et même à tous les dirigeants révocables pour juste motif, car l'exigence d'un juste motif dans la démission n'est que la réciprocité de l'exigence du juste motif dans la révocation.

789. La démission peut partager certains justes motifs avec la révocation. Il peut s'agir la maladie du dirigeant qui le rendrait inapte à assurer ses fonctions, de sa faute personnelle, de son incompétence ou de la nécessité de préserver l'intérêt social qui peut conduire un dirigeant à démissionner au regard d'une procédure collective dans laquelle est introduite la société et qui pourra entraîner une diminution du nombre des dirigeants ou leur remplacement tel qu'envisagé par le concordat. Spécifiquement à la démission, peuvent être évoqués comme justes motifs le dépassement de la limite du cumul de mandats²⁰³⁶, la crainte de responsabilité par le dirigeant pour diminution son efficacité ou absences récurrentes dues au cumul d'une pluralité de mandats l'empêchant d'être permanent dans toutes les sociétés²⁰³⁷. La démission peut être aussi justifiée par une situation de mésentente entre associés, faute d'*affectio societatis*²⁰³⁸, qui peut conduire à la dissolution de la société. C'est le cas du dirigeant qui démissionne un mois seulement après être entré en fonction²⁰³⁹ aux motifs d'un climat d'opposition insoutenable. La démission révèle alors, par exemple, la paralysie du fonctionnement de la société²⁰⁴⁰. La démission du dirigeant peut aussi se justifier par l'éclatement d'une crise au sein même de la direction devenue plurale empêchant toute

²⁰³⁴ En ce sens, H. SOULEAU, *La démission des dirigeants de sociétés commerciales*, préc., p. 21. V. aussi, D. MARTIN, *La démission des organes de gestion des sociétés commerciales*, préc., p. 273.

²⁰³⁵ V. *infra* n° 990 s.

²⁰³⁶ La règle de la limite du cumul de mandats de direction ne s'applique pas aux gérants. Mais elle s'applique à d'autres dirigeants soumis à l'exigence d'un juste motif de démission notamment le directeur général.

²⁰³⁷ V. *supra* (n° à déterminer). N'étant pas soumis au respect d'une limite légale de cumuls de mandats, le gérant est libre de cumuler autant de mandats qu'il désire. Mais, son efficacité peut diminuer et son absence devenir récurrence dans certaines sociétés où il exerce ses mandats. Ces éléments peuvent constituer des arguments pour engager sa responsabilité civile. Dans ce contexte, la démission de certains mandats peut constituer pour lui une bouée de sauvetage pouvant le mettre à l'abri de la responsabilité.

²⁰³⁸ V. J.-M. DE BERMOND DE VAULX, *La mésentente entre associés pourrait-elle devenir un juste motif d'exclusion d'un associé d'une société ?* préc., p. 15921 ; J.-F. PILLEBOUT, *Les conflits entre notaires associés. Prévention et remèdes*, préc., p. 41.

²⁰³⁹ CA Paris, 12 sept. 2003, *Dr. sociétés* 2004, comm. 45, p. 27.

²⁰⁴⁰ A. LECOURT, *Retour sur la démission des dirigeants de groupements*, préc., n° 46.

prise de décision²⁰⁴¹. Enfin, un dirigeant qui a créé une société au moment où il est encore en fonction peut justifier sa démission par la nécessité d'éviter des conflits d'intérêts dans ses rapports avec sa société personnelle et par son souci d'être à l'abri de la responsabilité pour violation de la clause de non-concurrence²⁰⁴².

790. Il faut relever que les motifs évoqués par un dirigeant pour soutenir sa démission relève d'une appréciation souveraine des juges du fond. En l'absence de légitimité de sa démission, le dirigeant s'expose à des sanctions. Il appartient au juge d'évaluer le préjudice causé par la démission à la société pour le faire supporter par le dirigeant. Le dirigeant sera condamné à verser des dommages-intérêts à la société. Il est vrai que le dirigeant qui dispose de ressources financières conséquentes peut démissionner sans juste motif et supporter les sanctions financières. En revanche, le dirigeant démuné cherchera à éviter de telles sanctions, en avortant sa décision de démissionner et attendant d'avoir de motifs sérieux pouvant légitimer plus tard son départ anticipé de la société. Le report de la démission met la société à l'abri du besoin de s'engager dans la recherche d'un nouveau dirigeant et permet la poursuite de la politique managériale en cours surtout si elle est appréciée par les associés. Les sanctions pécuniaires contribuent donc à dissuader les départs inconsidérés des dirigeants comme le pourraient les garanties financières octroyées aux dirigeants.

§ 2. La dissuasion des départs des dirigeants par des garanties financières

791. Des garanties financières peuvent être utilisées pour servir d'appât pour faire pérenniser l'attachement des dirigeants à la société et par voie de conséquence dissuader leurs départs. Il peut s'agir de la facilitation de l'octroi du crédit aux dirigeants par la société (A) et de la revalorisation de leurs rémunérations (B).

A. La dissuasion par la facilitation de l'octroi du crédit aux dirigeants

792. Pour prévenir des conflits d'intérêts, les dirigeants sont frappés d'une incapacité de jouissance au regard de certains actes qu'ils pourraient conclure avec la société à leur profit personnel. Il s'agit des crédits octroyés par la société à ses dirigeants notamment les emprunts auprès de la société, de découverts en compte courant, ainsi que du cautionnement ou d'aval par la société de leurs engagements envers les tiers²⁰⁴³. A ce sujet, la loi n'a pas réservé le même traitement aux dirigeants au regard de cette incapacité. Elle est muette en ce qui concerne les dirigeants de sociétés à risques illimités. Ce qui semble laisser une liberté aux volontés privées pour neutraliser cette incapacité. Par contre, la loi a instauré une discrimination au sein des dirigeants de sociétés à risques limités eu égard à cette incapacité. Tandis que les dirigeants personnes physiques traînent cette incapacité, les dirigeants des établissements de crédit ainsi que les dirigeants personnes morales en sont affranchis. Cet affranchissement demeure incontestable en l'absence de caractérisation de la contrariété du crédit à l'intérêt

²⁰⁴¹ V. H. M. G. OUEDRAOGO, *L'administration provisoire des sociétés commerciales*, préc., p. 202 et s.

²⁰⁴² Pour des études sur l'obligation de non-concurrence en général et en particulier celle des dirigeants, v. not., L. GODON, *L'obligation de non-concurrence des dirigeants sociaux*, *Bull. Joly Sociétés* 1999, n° 1, p. 5 ; Y. PICOD, *Devoir de loyauté des dirigeants de sociétés*, *D.* 2003, p. 1032 ; K. GRÉVAIN-LEMERCIER, *Le devoir de loyauté des dirigeants sociaux : le retour*, *Gaz. Pal.* 2012, n° 42, p. 7.

²⁰⁴³ V. *supra* n° 234 s.

social²⁰⁴⁴. Cette discrimination justifiée²⁰⁴⁵ paraît de moins en moins tenable. Dans une perspective de favoriser la stabilisation de la fonction sociale, l'octroi du crédit aux dirigeants peut constituer un moyen pour intéresser d'avantage les dirigeants à la société et ainsi éviter tout abandon de fonction contre la volonté des associés. Pour y parvenir, il convient de reconsidérer le régime du crédit en faveur des dirigeants de sorte que l'allègement de l'incapacité de jouissance soit étendu à tous les dirigeants (1) tout en l'encadrant par la nécessité pour le dirigeant de rembourser du crédit avant leur départ de la société (2).

1. L'extension de l'allègement de l'incapacité de jouissance à tous les dirigeants

793. Le domaine de l'allègement de l'incapacité de jouissance des dirigeants est très réduit. Peuvent bénéficier de cet allègement les dirigeants personnes morales, les dirigeants des établissements de crédit et les dirigeants de sociétés à risques illimités. L'allègement en faveur des dirigeants personnes morales peut s'expliquer, d'une part, par la volonté de ne pas paralyser les relations financières entre sociétés groupées et, d'autre part, l'absence de crainte des prêts consentis aux dirigeants personnes morales pour le patrimoine social de l'entreprise prêteuse²⁰⁴⁶. A l'égard des dirigeants des établissements de crédit, l'allègement s'explique par la conformité de l'octroi du crédit à l'objet social de la société²⁰⁴⁷ et que l'absence d'un tel allègement aurait mis les établissements de crédit dans l'impossibilité d'accomplir convenablement leur mission sociale²⁰⁴⁸. Enfin, s'agissant des dirigeants des sociétés à risques illimités, ils tirent leur traitement de faveur du silence de loi. En effet, la loi ne les soumet pas expressément à une incapacité de jouissance, mais la jurisprudence a eu à préciser que l'incapacité disparaît dès lors que l'objet social l'admet²⁰⁴⁹ ou, à défaut, en cas d'accord unanime des associés à l'acte²⁰⁵⁰ ou de communauté d'intérêts entre la société et le dirigeant²⁰⁵¹.

794. Par contre, les dirigeants personnes physiques des sociétés à risques limités sont exclus de cet allègement, car non seulement les conventions présentent en soi des dangers pour la société, mais davantage ces dangers peuvent être aggravés par les dirigeants en faisant de mauvaise foi supporter le crédit par la société. En raison de la fluctuation de sa solvabilité, le dirigeant personne physique peut organiser son insolvabilité pour faire supporter à la société le crédit dont il a bénéficié. Aussi, les conventions interdites sont soumises à un régime différent de celui des conventions réglementées à telle enseigne qu'elles relèveraient de la souveraineté exclusive du dirigeant dans les cas où leur conclusion est admise et ce, au mépris des intérêts de la société. Toutes ces raisons contribuent à empêcher tout allègement de l'incapacité de jouissance à l'égard des dirigeants personnes physiques des sociétés à risques limités.

²⁰⁴⁴ Cass. com., 17 déc. 2003, *JCP éd. E* 2004, 601, n° 10, obs. J.J. CAUSSAIN, FI. DEBOISSY et G. WICKER ; *Rev. Sociétés* 2004, p. 104, note D. RANDOUX.

²⁰⁴⁵ V. *infra* n° 236 s.

²⁰⁴⁶ I. URBAIN-PARLEANI, *Les comptes courants d'associés*, *op. cit.*, p. 183, n° 296.

²⁰⁴⁷ Cf. L. ROEGES, *L'exercice de l'activité bancaire par la voie d'une succursale après la deuxième directive bancaire*, préc., p. 17.

²⁰⁴⁸ J.-P. LANGLADE, *Le pouvoir de fournir des sûretés dans les sociétés anonymes*, préc., p. 366, n° 17.

²⁰⁴⁹ V. *supra* n° 218.

²⁰⁵⁰ V. *supra* n° 223-25.

²⁰⁵¹ V. *supra* n° 226-230.

795. Or, ces dangers que courent la société ne sont pas exclus lorsque les autres dirigeants bénéficient de l'octroi du crédit. Qu'il s'agisse des dirigeants personnes morales, des dirigeants des établissements de crédit ou des dirigeants des sociétés à risques illimités, ils n'offrent pas plus de garantie que les dirigeants personnes physiques dans le remboursement du crédit qui leur serait octroyé. S'agissant des dirigeants personnes morales, les prêts qui leur sont consentis, notamment sous forme de découverts en compte, présentent pour la société prêteuse de graves dangers : l'on a vu ainsi dans le cadre de groupe de sociétés, des sociétés contrôlées détourner à leur profit, par le biais de telles conventions, l'actif de la société contrôlée et ce, nonobstant le contrôle auquel ces conventions étaient soumises. De même ces opérations sont aussi sources de confusion de patrimoines des sociétés groupées et ce, souvent au détriment des sociétés contrôlées²⁰⁵². En ce qui concerne les dirigeants des établissements, il n'est exclu qu'ils soient confrontés à l'impossibilité de rembourser son crédit. Même si l'acte entre dans l'objet social de l'établissement, celui-ci trouve son patrimoine appauvri à cause du crédit octroyé au dirigeant. C'est le cas aussi des sociétés à risques illimités si le crédit est octroyé au dirigeant sur décision unanime des associés. Cette décision entraîne une extension dérogatoire de l'objet et, face à l'impossibilité pour le dirigeant de rembourser le crédit, le crédit sera supporté par la société ou par le patrimoine personnel des associés.

796. Par conséquent, l'exclusion des dirigeants personnes physiques des sociétés à risques limités de l'allègement de l'incapacité d'exercice semble arbitraire, étant donné que ces dirigeants ne sont pas les seuls à présenter des dangers pour la société, s'ils étaient bénéficiaires de son crédit. Cela étant, il convient de leur étendre, à l'instar des autres dirigeants, l'allègement de l'incapacité de jouissance. Cet allègement d'octroi de crédit aux dirigeants peut permettre de réaffirmer la confiance au dirigeant et l'intéresser davantage à la société.

797. Par ailleurs, en attendant une extension de l'allègement de l'incapacité de jouissance à tous les dirigeants à la faveur d'une réforme législative, certains dirigeants personnes physiques peuvent d'ores et déjà bénéficier d'un allègement de fait. En effet, la méprise de cette incapacité par les dirigeants personnes physiques par l'accès au crédit de la société constitue en réalité un abus de biens sociaux. Or, lorsque les associés sont satisfaits de la politique managériale du dirigeant bénéficiaire du crédit, ils peuvent décider individuellement ou en assemblée générale de renoncer au déclenchement d'une action pénale contre le dirigeant, en espérant le remboursement de ce crédit à travers un prélèvement conséquent sur la rémunération qui lui est due. De plus, lorsque la société n'est pas dotée de commissaire aux comptes²⁰⁵³, le dirigeant serait définitivement à l'abri d'une poursuite pénale, étant donné que ces faits ne pourraient être portés à la connaissance du ministère public. Il peut s'agir des dirigeants de la SNC sans commissaire aux comptes qui se font octroyer un crédit de la société alors que cet acte n'est pas conforme à l'objet social, ou n'est pas approuvé par l'unanimité des associés ou sans qu'il y ait communauté d'intérêts entre la société et le bénéficiaire. Généralement, la SNC comme la SARL qui n'est pas dotée de

²⁰⁵² V. *supra* n° 173-175.

²⁰⁵³ Le commissaire a le pouvoir de dénoncer les actes illicites, les faits délictueux. Selon l'article 716 alinéa 2 de l'AUSCGIE, le commissaire « ...révèle au ministère public les faits délictueux dont il a eu connaissance dans l'exercice de sa mission, sans que sa responsabilité puisse être engagée ».

commissaire aux comptes en raison du défaut de réunion de certains critères légaux²⁰⁵⁴. L'abus de biens sociaux commis par ces dirigeants en s'octroyant du crédit de la société ne pourrait être dénoncé, car la société victime de ces abus n'est pas dotée de commissaire aux comptes devant porter ces faits délictueux à la connaissance du ministère public qui se chargera d'engager des poursuites contre les dirigeants. En revanche, les données seront différentes lorsqu'un commissaire aux comptes est désigné. Ces dirigeants ne pourront être à l'abri de poursuite que lorsqu'une réforme serait initiée par le législateur pour opérer une extension générale de l'allègement de l'incapacité de jouissance des dirigeants.

798. Enfin, qu'il s'agisse d'un allègement de fait ou de droit de l'incapacité de jouissance des dirigeants, il doit être accompagné de mesures destinées à favoriser efficacement le remboursement du crédit octroyé au dirigeant. Cette mesure consistera à conditionner le départ du dirigeant bénéficiaire du crédit au remboursement de ce crédit sur ses rémunérations avant de démissionner, ou de refuser le renouvellement de son mandat. Elle pourra servir à paralyser tout départ de la société avant le terme du remboursement du crédit.

2. Le départ du dirigeant conditionné au remboursement du crédit obtenu

799. L'octroi du crédit par la société aux dirigeants doit être doté d'un dispositif efficace destiné à favoriser son remboursement. A titre d'exemple, les établissements financiers exigent de leurs clients des garanties adéquates avant de leur octroyer un prêt. Par la suite, le non-remboursement du prêt donnera lieu à la réalisation de la garantie permettant à la banque d'y prélever le montant en capital du prêt ainsi que les intérêts générés. Dans la plupart des cas où l'emprunteur ne dispose pas d'un bien mobilier ou immobilier pouvant servir à garantir le remboursement du crédit sollicité, la banque peut lui fournir le crédit à condition qu'il domicilie chez elle son compte sur lequel sont versés mensuellement ses revenus. Ces revenus peuvent servir de garantie sur laquelle la banque pourra ponctionner mensuellement un montant à hauteur d'une fraction prédéterminée de la dette et ce, durant toute la durée nécessaire jusqu'au remboursement complet du crédit. Ce mécanisme de remboursement du crédit est généralement utilisé à l'égard des clients personnes physiques dont le salaire est versé sur un compte domicilié chez la banque auprès de laquelle ils sollicitent le crédit. Il n'y aurait donc pas de crédit chirographaire, « *...si le créancier n'avait pas la certitude de percevoir sinon la totalité du montant de sa créance, du moins la fraction correspondant à l'actif sur lequel il croit pouvoir compter* »²⁰⁵⁵. Pour les clients personnes morales, le même mécanisme de remboursement peut être utilisé en plus d'autres garanties que la banque peut exiger notamment le nantissement sur le matériel que les fonds sollicité auront servi à acheter, l'hypothèque sur les biens immeubles lui appartenant et, s'il y a lieu, la caution de ses dirigeants.

800. Une éventuelle admission de l'extension de l'allègement de l'incapacité de jouissance à tous les dirigeants mériterait d'être contrebalancée par la prévision d'un mécanisme de remboursement du crédit allouable aux dirigeants. Ce mécanisme pourrait être aligné sur celui des emprunteurs de crédit bancaire. Il s'agira pour la société fournisseur

²⁰⁵⁴ V. *supra* n° 163.

²⁰⁵⁵ M. CABRILLAC, *Les ambiguïtés de l'égalité entre les créanciers*, préc., p. 36.

du crédit à son dirigeant de soumettre son remboursement à un prélèvement mensuel automatique sur le revenu du dirigeant dont la société est débitrice à son égard. L'automatisme du prélèvement consisterait en une déduction mensuelle de la proportion de l'emprunt de la rémunération que lui doit la société. Le dirigeant ne pourra percevoir que le montant de sa rémunération restant dû après l'opérationnalisation de la déduction. Le remboursement serait clos dès lors que la somme des déductions aura suffi pour couvrir le crédit octroyé au dirigeant.

801. A cet effet, le remboursement serait échelonné sur une durée en fonction du montant du crédit octroyé au dirigeant et de celle soumise à déduction. La durée peut être inférieure, égale ou supérieure à celle de son mandat. Pour cela, tant que le dirigeant n'a pas fini de rembourser son emprunt, il ne pourra quitter ses fonctions. Cette mesure n'engage pas la société qui peut à tout moment révoquer le dirigeant si elle est insatisfaite du résultat du dirigeant, quitte à ce dernier de rembourser sur son patrimoine le crédit emprunté auprès de la société au risque d'être poursuivi pour abus de biens sociaux. En revanche, lorsque les associés sont satisfaits de la politique managériale du dirigeant, ils peuvent lui renouveler son mandat sans pour autant qu'il le décline en vue de pouvoir disposer de revenu pour poursuivre le remboursement. Le dirigeant est obligé de servir la société jusqu'au remboursement complet du crédit avant d'envisager son départ. Par exemple, dans la Bible, Jacob a été obligé de travailler sept (07) ans de nouveau avant de prendre pour seconde épouse la sœur cadette de sa femme qu'il aurait dû épouser en première noce²⁰⁵⁶. Ainsi, a-t-il bouclé tout le second septennat avant d'accéder au second mariage. En transposant les applications issues de cette histoire au contexte du droit des sociétés, les dirigeants sur lesquels pèsent l'obligation de remboursement du crédit fourni par la société, sont contraints de se mettre à son service jusqu'à l'extinction de cette obligation. Cette mesure vient contribuer à dissuader les dirigeants de tout projet de retrait de la société avant un certain délai.

802. Certes la portée de cette mesure peut paraître relative au regard de la solvabilité des dirigeants. Certains dirigeants disposant d'autres revenus en dehors de leurs rémunérations peuvent vite se soustraire du joug du remboursement du crédit. En revanche, d'autres peineront avant d'y aboutir, ce qui pourra retarder tout éventuel départ avant le terme du remboursement. Aussi, cette variété de situations peut-elle dépendre de la consistance des rémunérations qui sont allouées aux dirigeants. Il n'est pas exclu que les rémunérations peuvent être elles-mêmes exploitées par la société, en marge de toute autre mesure, pour fidéliser le dirigeant à elle et ainsi dissuader des abandons de fonction.

B. La dissuasion par la revalorisation des rémunérations

803. La société peut tenir son dirigeant par le cordon de la rémunération²⁰⁵⁷. Il s'agira pour elle de ne pas

²⁰⁵⁶ V. *Genèse 29 versets 25 à 28* de la Bible Louis Second.

²⁰⁵⁷ Pour des études sur la rémunération des dirigeants, v. not., J.-J. DAIGRE, *Réflexions sur le statut individuel des dirigeants de sociétés anonymes*, *Rev. sociétés* 1981, p. 497 ; CORNETTE DE SAINT-CYR, *La fixation de la rémunération du gérant de SARL*, *Petites affiches* 1986, p. 9 ; A. PICAND-L'AMEREC, *L'autorémunération du président du conseil d'administration*, préc., p. 319 ; G. LYON-CAEN, *Encore la rémunération des P-DG*, préc., p. 163 ; P. LE CANNU, *Rémunérations des dirigeants de sociétés anonymes et contrôle des conventions*, préc., p. 567, 203 ; F. GARRON, *La rémunération excessive des dirigeants de sociétés commerciales*, préc., p. 795 ; Y. PACLOT, *Les*

exploiter abusivement le dirigeant en lui octroyant de maigres rémunérations en contrepartie de ses services mais de le satisfaire financièrement de façon convenable en fonction de ses ressources dont la consistance est connue du dirigeant. La gestion de ces ressources de la société par le dirigeant lui permet d'apprécier le traitement financier qui lui est réservé par la société. Étant donné qu'il ne peut de son chef déterminer sa rémunération²⁰⁵⁸ sous peine d'être poursuivi pour abus de biens sociaux²⁰⁵⁹, le dirigeant ne peut qu'abandonner ses fonctions, s'il constate que ses rémunérations sont dérisoires²⁰⁶⁰. Cela étant, la société ne peut s'assurer d'une réelle pérennité du dirigeant dans sa fonction que si elle revalorise les rémunérations qu'elle lui octroie. Il s'agira pour elle de proscrire les sous-rémunérations (1) et d'attribuer des rémunérations conséquentes à ses dirigeants (2).

1. L'exclusion des sous-rémunérations

804. La sous-rémunération est objectivement retenue lorsqu'on se réfère au statut des salariés comportant un SMIG²⁰⁶¹ en deçà duquel serait fixée la rémunération. Une telle rémunération viole la loi et l'employeur peut être contraint par le juge à verser le supplément restant dû. En revanche, ce principe ne saurait s'appliquer aux dirigeants étant donné qu'ils n'ont pas la qualité de salarié au regard du droit du travail²⁰⁶². Dans un arrêt 12 janvier 1993, un dirigeant de société qui n'avait jamais demandé de rémunération, vient réclamer au moment de la liquidation amiable de la société 128 000 € au motif que toute prestation de travail mérite salaire. Cette prétention est écartée au motif de l'inapplication des règles du droit du travail aux mandataires sociaux²⁰⁶³. La fonction de dirigeant peut être gratuite ou bénévole. Sans obliger les sociétés à rémunérer leurs dirigeants, la loi ne précise que l'organe habilité à éventuellement déterminer la rémunération des dirigeants. D'ailleurs, l'article 325 de l'AUSCGIE prévoit même que les fonctions du gérant de SARL peuvent être gratuites. Même si une telle affirmation n'est pas reprise au regard des dirigeants des autres forme de sociétés, il n'en demeure pas moins

rémunérations des dirigeants des sociétés cotées en question, préc., p. 1670.

²⁰⁵⁸ La rémunération du P-DG (art. 467 de l'AUSCGIE) ou du DG (490 de l'AUSCGIE) ou de son adjoint (art. 474 de l'AUSCGIE) est déterminée par le conseil d'administration. Celle du gérant de SARL (art. 325 de l'AUSCGIE) ou de SNC (art. 278 de l'AUSCGIE), de l'administrateur générale (art. 501 de l'AUSCGIE) et de son adjoint (art. 514 de l'AUSCGIE) est déterminée par l'assemblée générale ordinaire.

²⁰⁵⁹ V. not., Cass. crim. 12 déc. 1994, *Dirigeants de sociétés commerciales*, éd. Fr. Lefebvre, 2^e éd., 2002, n° 14 786. – Cass. crim. 30 sept. 1991, *RJDA* 1/1992, n° 44. – Cass. crim. 13 déc. 1988, *Bull. crim.* n° 429 ; *Rev. sociétés* 1989, p. 257, note B. BOULOC. – Cass. com. 24 févr. 1987, *D.* 1987, p. 244, note BENABENT. – Cass. crim. 6 oct. 1980, *Rev. sociétés* 1981, p. 133, note B. BOULOC. – Cass. crim. 9 mai 1973, *JCP* 1973, IV, 228 ; *D.* 1973, somm. p. 96 ; *RTD com.* 1973, p. 574, obs. R. HOUIN. – Cass. crim., 22 sept. 2004, *Rev. sociétés* 2005, p. 200, B. BOULOC : le dirigeant d'une société connaissant de graves difficultés, dont la rémunération variait en fonction du chiffre d'affaires, et émettait des factures fictives de manière à augmenter le chiffre d'affaires et donc sa rémunération est passible de sanction pour abus de bien sociaux. V. aussi, F. GARRON, *La rémunération excessive des dirigeants de sociétés commerciales*, préc., p. 795.

²⁰⁶⁰ En ce sens, J. de CALBIAC, *Les avantages sociaux des dirigeants d'entreprise*, op. cit., p. 99, n° 218.

²⁰⁶¹ Salaire Minimum Interprofessionnel Garanti (SMIG). En France, le SMIG a été rétabli par la loi du 2 février après une période de dirigisme consécutive à une économie de guerre et de reconstruction. En 1970, pour répondre aux engouements de l'expansion économique, le salaire minimum interprofessionnel de croissance (SMIC) a succédé au SMIG (Y. SAINT-JOURS, *Du salaire au revenu salarial, Etudes offertes à Gérard LYON-CAEN*, Dalloz, 1989, pp. 319-320). Le SMIC est destiné à assurer à tout travailleur âgé de plus de 18 ans un minimum de rémunération variant en fonction du coût de la vie et de l'augmentation des salaires réels moyens (G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, op. cit., v° SMIC, p. 817). Par contre, la plupart des Etats francophones parties au Traité OHADA n'ont pas changé de dénomination au SMIG.

²⁰⁶² Cass. soc., 28 mars 1984, *Bull. civ.* V, n° 129, p. 100.

²⁰⁶³ Cass. com., 12 janv. 1993, *Bull. Joly Sociétés* 1993, p. 338, note Y CHAPUT.

que la gratuité des fonctions sociales puisse être exceptionnellement retenue pour d'autres dirigeants²⁰⁶⁴. Il apparaît donc un défaut de référence à laquelle les sociétés peuvent se fier dans la détermination de la rémunération de leur dirigeant. Ce contexte favorise une détermination arbitraire des rémunérations et ainsi l'octroi de rémunérations dérisoires aux dirigeants et ce, même en deçà du SMIG sans pour autant que le dirigeant puisse disposer d'une chance pour faire réévaluer sa rémunération par le juge²⁰⁶⁵.

804 bis. Certes, l'octroi de rémunérations dérisoires au dirigeant peut être justifiée par la situation financière critique de la société ou par le désir des associés de provoquer le départ d'un dirigeant incompetent. En revanche, lorsque les associés sont satisfaits du résultat de la société et entendent par conséquent maintenir le dirigeant, ils peuvent réévaluer ses rémunérations. Il s'agira d'indexer les rémunérations sur l'évolution du chiffre d'affaire en vue d'intéresser les dirigeants à la société. Cela permet de récompenser les dirigeants pour leur performance. Une telle politique peut inciter les dirigeants à accroître leurs efforts pour un meilleur rendement de la société. Le dirigeant pourra se rendre compte qu'il bénéficie d'un traitement financier convenable et qu'il pourra davantage accroître ses rémunérations s'il améliore sa politique managériale. Dans ce contexte, l'abandon des fonctions sociales par le dirigeant en cours de mandat ou le refus de postuler au renouvellement de son mandat seraient moins envisagés.

805. En revanche, il serait donc affligeant pour le dirigeant d'être sous-payé par la société alors qu'il est tenu de payer, conformément au SMIG ou au-delà, les salariés travaillant sous son autorité. Le bon sens commande que le dirigeant ait droit à une juste rémunération. La réévaluation constante d'une telle rémunération en fonction des résultats de la société qui sont le fruit des labeurs du dirigeant contribuera à renforcer l'attachement de celui-ci à la société. Cette exclusion de la sous-rémunération des dirigeants favorise la stabilisation de la fonction sociale dans la mesure où le dirigeant sera animé du désir, non pas d'abandonner ses fonctions mais, au contraire, de s'y accrocher aussi longtemps qu'il pourra au mieux servir la société. L'intérêt du dirigeant pour la société serait davantage accru, si en marge des rémunérations ordinaires, il lui est alloué des rémunérations exceptionnelles.

2. L'attribution de rémunérations exceptionnelles

806. En dehors des rémunérations ordinaires, la société peut octroyer des rémunérations exceptionnelles aux dirigeants dans la perspective de conquérir leur fidélité et leur attachement durable à son service. L'identification des rémunérations exceptionnelles peut s'effectuer, soit à partir des modes de leur allocation, soit à partir de la procédure de leur allocation.

²⁰⁶⁴ M. COZIAN, A. VIANDIER et FI. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, op. cit., n° 568.

²⁰⁶⁵ Cass. com., 11 janv. 1972, D. 1972, p. 559, note C. ORENGO : « Attendu qu'en statuant ainsi, alors que les statuts prévoyant la fixation de la rémunération de la gérance par une décision des associés, les juges ne pouvaient substituer leur décision à celle des associés dès lors qu'il n'était établi que celle-ci fût irrégulière ou abusive, la cour d'appel a violé par refus d'application le texte susvisé [art. 1134 C. civ.] ». – Dans le même sens, Cass. com., 14 nov. 2006, *Bull. Joly Sociétés* 2007, § 84, p. 369, note A. LECOURT ; *Dr. sociétés* 2007, 52, note J. MONNET : a été cassé au visa de l'article 1134 du Code civil, l'arrêt ayant, contrairement à ce qu'avaient décidé les associés, attribué une rémunération au gérant alors qu'il appartenait à ce dernier, conformément aux prévisions statutaires, de solliciter une décision collective des associés sur sa rémunération. V. aussi, Cass. com., 31 mars 2009, *Bull. Joly Sociétés* 2009, p. 660, note P. LE CANNU.

807. Au regard des modes d'allocation, des rémunérations en nature peuvent être pourvus aux dirigeants en marge des rémunérations en somme d'argent²⁰⁶⁶ qui leur sont par principe versées en contrepartie de leur service. Au rang des rémunérations en nature figurent logement et voiture de fonction, garde-robe, assurance-vie au profit de l'épouse ou l'époux et des enfants, inscription au Cercle ou au club de golf, loge à l'Opéra, croisière de formation, chirurgie esthétique²⁰⁶⁷. A ces rémunérations en nature peut être joint un autre genre consistant en un complément de retraite. L'attribution de ces avantages est soumise désormais à la procédure des conventions réglementées depuis la révision de l'AUSCGIE sauf ceux attribués aux dirigeants de la SA avec administrateur général au sujet le vote des dirigeants n'est pas exclu s'il est membre de l'organe des attributions. A l'égard des dirigeants de la SA avec administrateur général, nous estimons que si l'avantage correspond pas aux critères dégagés par la jurisprudence (existence de services particuliers rendus par l'intéressé, proportionnalité de la récompense, charge raisonnable pour la société²⁰⁶⁸), il doit être soumis à la procédure des conventions réglementées. Il apparaît donc que ces rémunérations exceptionnelles forment le noyau dur des avantages liés à la fonction de direction.

808. En revanche, certaines rémunérations allouées aux dirigeants sont exceptionnellement soumises à des procédures particulières. En effet, d'une part, le dirigeant a droit à des rémunérations exceptionnelles, s'il est lié par un contrat de travail à la société. À cet effet, il pourra percevoir non seulement les rémunérations dues en sa qualité de dirigeant mais aussi celles qui lui sont dues en sa qualité de salarié²⁰⁶⁹, sauf si les fonctions sociales n'ont pas absorbé les fonctions salariées ou inversement²⁰⁷⁰ à telle enseigne que les deux fonctions ne soient réduites en une. La détermination des termes du contrat de travail au nombre desquels figurent le montant du salaire²⁰⁷¹ est nécessairement soumise à la procédure de conventions réglementées²⁰⁷². Ainsi, en dépit de la conclusion du contrat avant l'accession du salarié au statut de dirigeant, la modification du salaire postérieurement à cette accession tombe sous le contrôle issu de la procédure des conventions réglementées. De même, le respect de la procédure des conventions réglementées s'impose lorsqu'une société entend octroyer des indemnités de départ à un dirigeant révocable *ad nutum*, encore faut-il que ces indemnités n'entraient pas le

²⁰⁶⁶ Par ex., V. CA Lomé, arrêt n° 044 du 26 mars 2009, in *OHADA, Recueil de jurisprudence nationale* 2010, p. 95 et s. : « Attendu que l'appelant soutient que le montant mensuel de sa rémunération était 150 000 F CFA alors que les intimés parlent de 50 000 F CFA ; que ni l'un, ni l'autre ne produit d'écrit pour appuyer sa thèse ; que puisque c'est l'appelant qui la réclame mai ne prouve pas le montant, il y a lieu de retenir le montant mensuel reconnu par celui qui doit, soit 50 000 FCFA par mois... ».

²⁰⁶⁷ M. COZIAN, A. VIANDIER et F. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, op. cit., n° 585 ; D. GIBIRILA, *Le dirigeant de société, Statut juridique, social et fiscal*, op. cit., n° 171 et s.

²⁰⁶⁸ Com. 3 mars 1987, *Sté Union des banques de Paris c/ Lebon*, *Rev. sociétés* 1987, p. 266, note Y. GUYON, *Bull. Joly Sociétés*, § 103, p. 218 ; *RTD com.* 1987, p. 393, note Y. REINHARD ; *JCP éd. E.*, I, 15846, obs. A. VIANDIER et J.-J. CAUSSAIN ; *Gaz. Pal.* 1987, p. 264, note B. HATOUX. Dans le même sens : Cass., 22 janv. 1991, *Sté Fred Carlin international c/ Carlin*, *Bull. Joly* 1991, § 131, p. 404 ; *Rev. sociétés* 1992, p. 61, note J.-P. LEGROS

²⁰⁶⁹ Ph. LAURENT, *Le salaire des dirigeants sociaux titulaires d'un contrat de travail*, *Gaz. Pal.* 1978, I, Doctr., 146.

²⁰⁷⁰ Pour l'absorption de la fonction salariée par la fonction sociale ou inversement. V. *supra* n° 662 s.

²⁰⁷¹ V. Y. SAINT-JOURS, *Du salaire au revenu salarial*, préc., p. 316 et s.

²⁰⁷² La procédure de conclusion des conventions réglementées est bien définie dans les sociétés à risques limités (V. *supra* n° 254 s.) et le cumul de la fonction sociale avec la fonction salariée ne saurait y échapper. Par contre, dans les sociétés à risques illimités, le cumul de la fonction sociale avec la fonction salariée semble contesté à l'égard du gérant associé dans la mesure où il est commerçant et que cette qualité paraît incompatible avec la fonction de salariée, puisqu'il jouit d'une indépendance qu'il ne saurait tronquer avec une accession au statut de salarié devant le soumettre à un lien de subordination. Une telle conception est appelée à évoluer (V. *infra* n° 1006-1005).

principe de la libre révocabilité au risque d'encourir la nullité²⁰⁷³. D'autre part, certains dirigeants notamment ceux des sociétés anonymes peuvent bénéficier d'un substantiel complément de rémunération constitué par des options de souscription ou d'achat d'actions de même que des attributions d'actions gratuites²⁰⁷⁴.

Ces rémunérations exceptionnelles constituent des mesures incitatives destinées à créer des conditions attrayantes à l'égard des dirigeants en vue de dissuader tout départ éventuel de leur part. Face à cette pluralité de rémunérations pour la même fonction, le dirigeant pourrait être animé de la volonté de s'éterniser au pouvoir. Une telle situation est au crédit de la société qui est à l'abri d'une instabilité de sa direction pouvant provenir de son animateur. La fonction directoriale se trouve dès lors stabilisée.

Conclusion du chapitre 2.

809. L'impact des mesures proposées pour la stabilisation de la direction est de degré. Nous excluons d'ores et déjà de ces mesures les conventions destinées à aménager la révocation pour deux raisons. En premier lieu, elles sont exposées à la nullité si elles entravent le pouvoir de révocation. En second lieu, celles qui échappent à la nullité ne garantissent pas le maintien du statut mais seulement réservent au bénéficiaire des avantages auxquels il a droit après la perte du statut. Hormis ces conventions, les autres mesures ont des degrés d'impacts différents. En effet, les mesures dont l'efficacité tient aux sanctions ont un impact dissuasif en fonction de la situation économique de la personne qui entend commettre le délit. Si les dommages-intérêts constituent un poids insignifiant pour elle eu égard à l'actif de son patrimoine, les sanctions sembleraient inefficaces pour dissuader l'infraction. En revanche, lorsque sa surface financière ne lui permet pas de s'exposer au paiement de probables dommages-intérêts, elle s'abstiendra de commettre l'infraction. Dans ce cas, les sanctions jouent un véritable rôle de dissuasion des actes provoquant l'instabilité de la fonction directoriale. Au côté de ces mesures, le contrôle du pouvoir de révoquer par le dirigeant et l'octroi de garanties financières au dirigeant sont de véritables techniques pour stabiliser la direction. Car d'une part, le dirigeant peut bloquer toutes les mesures de révocation initiée contre lui par les associés et d'autre part, le dirigeant s'accrochera à sa fonction si sa société lui réserve un traitement financier défiant toute concurrence.

Conclusion du titre II.

810. Le fonctionnement interne de la direction est le domaine du statut dont l'organisation est très libérale. Cette libéralisation permet aux acteurs sociaux de doter la société d'une direction de qualité à travers son renforcement rationnel et d'humaniser la rupture du rapport des dirigeants avec la société en vue de stabiliser, un temps soit peu, la fonction directoriale. La finalité de cette affirmation de la souplesse du statut est d'atteindre un fonctionnement optimal de la direction. Les données changent lorsque l'organisation de la direction sociale porte sur ses structures. Dans ce domaine, la souplesse du statut est relative.

²⁰⁷³ V. *supra* n° 707 s.

²⁰⁷⁴ F. M. LAPRADE, *La rémunération des dirigeants sociaux au travers d'instruments financiers*, préc., p. 542.

TITRE II.**LA RELATIVITÉ DE LA SOUPLESSE DANS L'ORGANISATION STRUCTURELLE**

811. Les structures directoriales sont réfractaires à tout assouplissement par les volontés privées en raison de leur moulage dans des dispositions généralement d'ordre public. Pour autant, elles ne sont pas totalement fermées à toute politique destinée à les adapter aux besoins des acteurs sociaux. Leur adaptation est conditionnée par le respect scrupuleux des principes qui les gouvernent en vue d'éviter leur manipulation inconsidérée. Il apparaît donc que la structuration de la direction représente le domaine du statut dont l'organisation est dirigée (CHAPITRE 1). Néanmoins, elle demeure perfectible à travers des aménagements légaux récurrents en vue de la rendre plus souple au regard des nouveaux besoins que suscite le statut des dirigeants sociaux (CHAPITRE 2).

CHAPITRE 1. UNE ORGANISATION STRUCTURELLE DIRIGÉE

812. Les organes sont les structures indispensables pour la vie des sociétés²⁰⁷⁵. Les modèles d'organes de direction sont variés mais légalement limités. Trois modèles sont disponibles : le modèle de gérance, le modèle de direction générale, le modèle d'administration générale. La liberté des acteurs sociaux dans le choix d'un modèle de direction est par conséquent limitée à cette liste légalement prédéterminée (SECTION 1). Mais dans le respect de l'ordre public sociétaire, l'organisation structurelle peut être conventionnellement aménagée à travers l'adjonction d'organes *ad hoc* aux organes de direction pour impacter positivement la tâche assignée aux organes légaux de la direction (SECTION 2).

SECTION 1. LE CHOIX FERMÉ D'UN MODÈLE D'ORGANE DE DIRECTION

813. La liste des modèles de direction est fermée. Le choix est donc partagé entre le modèle de gérance, de direction générale ou d'administration générale. Il indique systématiquement la forme sociale y relative. Il peut, soit s'opérer à la création de la société (§ 2), soit subir un changement en cours de vie sociale (§ 1).

§ 1. Le choix parmi les modèles à la création de la société

814. – Stratégiquement, un modèle peut être choisi au moment de la création de la société en vue d'atteindre un but. Il se peut que le choix vise des avantages auprès de l'administration publique (A) ou se fasse en raison de l'activité en vue (B).

A. Le choix en fonction des avantages liés au modèle

815. A l'instar de la forme sociale dont le choix peut se faire en fonction du régime d'imposition favorable, un modèle de direction peut aussi être sélectionné en fonction des avantages fiscaux qu'elle procure (1) et de la protection sociale y relative (2).

1. Le choix en fonction des avantages fiscaux

816. Le régime de la fiscalité applicable aux dirigeants dans l'espace de l'OHADA n'est uniformisé. Chaque Etat membre conserve sa souveraineté dans ce domaine. Mais nous allons insister sur le traitement fiscal commun aux dirigeants en nous référant, de façon arbitraire, à la législation d'un seul Etat membre. En effet, en application de l'article 29 du Code général des impôts du Togo, « *les traitements, remboursements forfaitaires de frais et toutes autres rémunérations alloués (...) aux gérants majoritaires des sociétés à responsabilité limitée (...) sont soumis à l'impôt sur le revenu...* ». Cette disposition mentionne expressément comme redevables de l'impôt sur le revenu les

²⁰⁷⁵ V. P. COULOMBEL, *Le particularisme de la condition juridique des personnes morales*, th. Nancy, 1950, p. 308. Selon cet auteur, « ... l'organe ne possède comme tel aucune personnalité distincte de celle de la personne morale ; il naît en même temps de celle-ci... ». Dans le même sens, L. MICHOU, *La théorie de la personnalité morale et son application en droit français*, cité par L. TROTABAS, LGDJ, 1924, n° 60. L'auteur relève qu'un « ... organe n'est pas quelque chose qui soit distinct de la personne morale ; il est une partie d'elle-même dont elle se sert comme la personne se sert de la bouche ou de la main ; car l'organisation juridique dont il est le produit appartient à l'essence de la personne morale ; elle comme son corps juridique, sans laquelle elle est incapable d'existence... ». V. aussi, F. DELHAY, *La nature juridique de l'indivision*, LGDJ, 1968, p. 446.

gérants majoritaires mais n'exclut pas pour autant les autres dirigeants. En revanche, l'article 147 du même Code considère comme dirigeants notamment, les associés des sociétés de personnes, les gérants de sociétés à responsabilité limitée, le président du conseil d'administration, le directeur général dans les sociétés anonymes. Les associés des sociétés de personnes sont ici assimilés aux dirigeants, car ils sont réputés dirigeants si les statuts ou un acte ultérieur n'indiquent pas formellement un gérant²⁰⁷⁶. L'analyse combinée de ces dispositions fait apparaître un régime fiscal particulier pour les gérants majoritaires de SARL contrairement aux autres dirigeants. Cette bipolarisation du droit fiscal applicable aux dirigeants tient à la considération de certains dirigeants comme des indépendants alors que d'autres sont assimilés à des salariés.

817. En effet, le gérant minoritaire ne dispose pas de pouvoir suffisant en assemblée générale pour influencer sur le montant de sa rémunération²⁰⁷⁷. Il est subordonné à l'AGO ou à l'AGE²⁰⁷⁸ en ce qui concerne la détermination de sa rémunération à l'instar du salarié dans le rapport de celui-ci avec son employeur sauf pour celui-ci à respecter le SMIG. Il en est ainsi du directeur général même majoritaire étant donné qu'il ne peut influencer le montant de rémunération, car sa fixation relève de la décision du conseil d'administration où le vote se fait en principe par tête²⁰⁷⁹. S'agissant de l'administrateur général, sa situation fiscale ne peut se rapprocher de celle des dirigeants assimilés aux salariés que s'il ne dispose pas d'actions ou dispose d'une participation minoritaire, car bien qu'il puisse participer au vote délibérant sur sa rémunération²⁰⁸⁰, il ne peut influencer sur son montant, s'il demeure minoritaire. Cette impuissance du dirigeant sur sa rémunération exclut tout conflit d'intérêts et attire moins de suspicion de l'administration fiscale sur le montant qui lui est alloué.

Une telle situation peut être exploitée pour octroyer des rémunérations très importantes au dirigeant pour ensuite les déduire du résultat imposable afin de diminuer considérablement l'impôt à payer par la société. En retour, ces rémunérations peuvent servir à financer la société à titre de compte courant d'associé.

²⁰⁷⁶ Art. 276 al. 4 de l'AUSCGIE.

²⁰⁷⁷ En principe, les conventions intéressant le dirigeant doivent relever du régime des conventions réglementées dans l'objectif d'empêcher le dirigeant de faire privilégier ses intérêts personnels sur ceux de la société (V. *supra* n° 254 s.). Antérieurement, quand bien même la rémunération du dirigeant présente un conflit d'intérêts incontestable, le législateur s'est abstenu de priver le dirigeant associé du droit de vote dans le cadre des délibérations relatives à sa détermination. Mais depuis la révision l'exclusion du vote est consacré depuis la révision de l'AUSCGIE (art. 325 al. 2). Spécialement pour le gérant de SARL, l'article 325 al. 3 de l'AUSCGIE révisé précise que « *la fixation de la rémunération n'est pas soumise au régime des conventions réglementées...* ». Finalement, la rémunération du gérant constitue une convention réglementée allégée. En France, la Cour de cassation a mis un terme à la qualification conventionnelle de la rémunération du gérant dans un arrêt du 4 mai 2010 dans lequel elle considère que la rémunération du gérant d'une société à responsabilité limitée ne procède pas d'une convention : (Cass. com., 4 mai 2010, *Bull. Joly Sociétés*, 2010, p. 607, note B. DONDERO ; *Rev. sociétés* 2010, p. 222, note A. COURET ; *Dr. sociétés* 2010, 139, note M. ROUSSILLE ; *JCP éd. E*, 2010, p. 729, note D. GALLOIS-COCHET ; *RDC*, 2010, n° 6, p. 3, note D. GALLOIS-COCHET ; *D.* 2010, p. 1206, note A. LIENHARD. – Sur l'évolution de la jurisprudence sur la question, V. J. de CALBIAC, *Les avantages sociaux des dirigeants d'entreprise, op. cit.*, spéc. n°s 94-97). Mais, lorsque le gérant est minoritaire, le risque de conflit d'intérêts est négligeable, car il ne dispose pas de poids politique suffisant pour faire imposer seul un montant de rémunération sollicité.

²⁰⁷⁸ Si les rémunérations sont déterminées par les statuts, leur modification relève de la compétence de l'AGE, car elle passe par une modification des statuts.

²⁰⁷⁹ V. *supra* n° 571.

²⁰⁸⁰ Selon l'art. 501 de l'AUSCGIE, « *l'assemblée générale peut allouer à l'administrateur général, en rémunération de ses activités, une somme fixe annuelle à titre d'indemnité de fonction* ». Cette assemblée peut comporter un seul associé qui est à la fois administrateur général de la société. La même personne décide en assemblée générale en raison de son statut d'associé au sujet de sa rémunération perçue en raison de son statut de dirigeant.

818. En revanche, le gérant majoritaire est incontestablement le véritable maître de l'affaire et travaille en fait pour son propre compte et non pour le compte d'un employeur. Il ne peut prétendre au statut de salarié dans la mesure où l'existence du lien de subordination est toujours contestée²⁰⁸¹. Cette contestation est parfois étendue à une gérance unique représentant la société employeur pour démentir l'existence d'un lien de subordination entre le gérant et la société qu'il représente²⁰⁸². La Cour de cassation française est particulièrement stricte à l'égard du gérant majoritaire au motif qu'un gérant ayant eu à un moment quelconque la détention de plus de la moitié du capital social est dénué de toute possibilité de se prévaloir de l'existence d'un contrat de travail et ceci même dans le cas où il aurait été majoritaire pendant un laps de temps très court²⁰⁸³. Par conséquent, le gérant majoritaire ne peut avoir un régime fiscal identique à celui des subordonnés ou des dirigeants assimilés aux salariés²⁰⁸⁴.

819. Mais la conception du droit fiscal au sujet du gérant majoritaire diffère de celle du droit des sociétés. En effet, en droit des sociétés, le gérant n'est considéré comme majoritaire que s'il détient personnellement plus de la moitié du capital. Par contre, ce cas n'est pas le seul retenu en droit fiscal où le calcul des participations du gérant est aussi étendu, soit à celle des membres de sa famille, soit à celle des cogérants. Ainsi, le gérant est-il majoritaire si en plus de sa participation minoritaire, l'addition des participations de son conjoint et de celle de ses enfants mineurs donne lieu au contrôle du capital²⁰⁸⁵. De même, si le gérant fait partie d'un collège de gérance et que l'addition des participations des autres gérants aux siennes donne lieu à un contrôle du capital social, il a le statut de gérant majoritaire²⁰⁸⁶. Ces hypothèses sont adaptables à la situation de l'administrateur général majoritaire, en considération de ses propres apports ou de ceux des membres de sa famille ou de ses adjoints. Cette méfiance à l'égard du gérant majoritaire, laquelle méfiance est extensible à l'administrateur général majoritaire, semble fonder volonté du législateur togolais à n'admettre les rémunérations du gérant majoritaire en déduction du résultat imposable de la société qu'à la condition qu'elles correspondent à un travail effectif et ne soient pas excessives eu égard à l'importance du service rendu²⁰⁸⁷. S'il s'avère que les conditions de subordination sont remplies alors que les rémunérations versées au gérant majoritaires sont excessives eu égard à l'importance du service rendu²⁰⁸⁸, l'administration peut procéder à un redressement fiscal en réintégrant l'excédent de la rémunération au bénéfice de la société et l'imposer.

²⁰⁸¹ V. *supra* n° 598 s.

²⁰⁸² Cass. soc. 8 oct. 1980, *D.S.* 1981, 257, note Y. REINHARD.

²⁰⁸³ C'est ainsi que dans le cas d'un associé directeur de travaux d'une S.A.R.L. qui fut successivement associé minoritaire, associé majoritaire pendant trois mois, puis de nouveau minoritaire et enfin égalitaire, elle a jugé, contrairement à la Cour d'appel d'Aix-en-Provence, que ce mandataire social ne pouvait pas être dans un état de subordination caractérisant le contrat de travail du fait de la détention à un certain moment de la majorité des parts de la société qui avait entraîné la cessation de l'état de subordination caractérisant le contrat de travail (Aix 28 déc. 1976, *D.S.* 1977, 395, note F. DERRIDA ; Cass. soc. 7 février 1979, *Bull. V.* n° 122, p. 187 ; *Rev. sociétés* 1980, p. 473, note J. H.

²⁰⁸⁴ J.-F. BULLE, *Un statut anachronique source de fâcheux errements : la gérance majoritaire*, préc., p. 15048.

²⁰⁸⁵ Art. 146 al. 3 du Code général des impôts du Togo.

²⁰⁸⁶ J.-F. BULLE, *Un statut anachronique source de fâcheux errements : la gérance majoritaire*, préc., n°s 26-30.

²⁰⁸⁷ Art. 146 al. 1^{er} du Code général des impôts du Togo.

²⁰⁸⁸ Sur le droit positif de l'excès, V. F. GARRON, *La rémunération excessive des dirigeants de sociétés commerciales*, préc., p. 795.

820. Les redressements fiscaux peuvent être évités en fonction du modèle de direction, même si le dirigeant est majoritaire. En effet, le choix peut être porté sur le modèle de directeur général, qui met à l'abri de ces insécurités fiscales, car, même majoritaire, le directeur général est assimilé sur le plan fiscal aux salariés. Aussi, peut-on, soit opter pour le statut de gérant ou d'administrateur général minoritaire, soit tronqué son statut de dirigeant avec celui de délégataire de pouvoirs²⁰⁸⁹. Un autre artifice consisterait pour le dirigeant majoritaire inquiet à recourir à la simulation dans la détention du capital en ayant recours à des prête-noms ou en se maintenant dans le concubinage ou en interposant une société²⁰⁹⁰. Dans ces conditions, le dirigeant dont le titre le met à l'abri des soucis liés au lien de dépendance et de rémunérations excessives, peut bénéficier de rémunérations considérables qui viendraient diminuer l'impôt sur les Sociétés (IS) à payer sans craindre des redressements fiscaux. Mis à part les nouveaux mécanismes destinés à renforcer le contrôle des rémunérations des dirigeants sur le plan juridique pour limiter les excès²⁰⁹¹, la stratégie consistant à choisir un modèle de direction pouvant favoriser la paiement de moins d'impôt par la société peut être entrepris pour prétendre à des avantages sociaux.

2. Le choix en fonction des avantages sociaux

821. Comme le régime fiscal, le régime de sécurité sociale applicable aux dirigeants dans l'espace de l'OHADA n'est pas uniformisé. Chaque Etat membre conserve sa souveraineté dans ce domaine. Nous allons insister sur les traits communs du traitement social commun aux dirigeants en nous référant de façon arbitraire à la législation d'un seul Etat membre. En application de l'article 3 de la loi portant Code de sécurité au Togo, « *sont obligatoirement assujettis au régime général de sécurité sociale institué par la présente les travailleurs soumis aux dispositions du code du travail sans aucune distinction de race, de sexe, d'origine ou de religion lorsqu'ils exercent a titre principal une activité sur le territoire national pour le compte d'un ou plusieurs employeurs nonobstant la nature, la validité du contrat, la nature et le montant de la rémunération (...). Sont aussi assujettis : pour l'ensemble des branches, les travailleurs indépendants relevant des divers secteurs d'activités, notamment les architectes, les notaires, les huissiers, les commissaires-priseurs, les médecins, les pharmaciens, les experts comptables et les entrepreneurs* ». Cette disposition consacre deux genres d'affiliation au régime général : une affiliation obligatoire pour les salariés et une affiliation optionnelle ou volontaire pour les indépendants. D'autre part, cette disposition est muette sur l'affiliation précise des dirigeants de sociétés. Mais la bipolarisation au sein des dirigeants dans le cadre des règles fiscales qui leurs sont appliquées les suit sur le plan social²⁰⁹² et peut justifier ce silence.

²⁰⁸⁹ J.-F. BULLE, *Un statut anachronique source de fâcheux errements : la gérance majoritaire, préc.*, n^{os} 60-62.

²⁰⁹⁰ *Ibid*, n^{os} 63-71.

²⁰⁹¹ V. V. MARTINEAU-BOURGNINAUD, *Le mythe de la transparence en droit des sociétés. Réflexions sur les stock-options accordées aux mandataires sociaux*, D. 2004, p. 862 ; Y. PACLOT, *Les rémunérations des dirigeants des sociétés cotées en question*, D. 2007, p. 1670 ; C. RADE, C. HANNOUN, *Faut-il limiter la rémunération des dirigeants d'entreprises ?*, *Revue de droit du travail* 2009, p. 140 ; P.-H. CONAC, *Le contrôle de la rémunération (Say on Pay)*, *Rev. sociétés* 2013, p. 400.

²⁰⁹² V. J.-F. BULLE, *Un statut anachronique source de fâcheux errements : la gérance majoritaire, préc.*, n^o 24 ; L. NURIT PONTIER, *Le statut social des dirigeants de sociétés, préc.*, n^o 19.

En effet, les dirigeants dont le titre les assimile aux salariés relèveraient de l'affiliation obligatoire au régime général alors que ceux dont le titre leur confère le statut d'indépendant relèveraient de l'affiliation optionnelle. Concrètement, sont obligatoirement affiliés au régime général le directeur général majoritaire ou non, l'administrateur général non actionnaire ou minoritaire, le gérant non associé ou minoritaire de SARL, le gérant non associé de SNC. Par contre, sont optionnellement affiliés au régime général le gérant majoritaire de SARL, le gérant associé de SNC et l'administrateur général majoritaire.

Etant donné que les cotisations à la Caisse de sécurité sociale sont assises sur les rémunérations²⁰⁹³, aucun dirigeant ne peut s'affilier s'il n'est rémunéré. Ce faisant, les dirigeants non rémunérés sont exclus du régime général²⁰⁹⁴, hormis les dirigeants qui ont abandonné à leur rémunération mais pour lesquels les cotisations sont constamment effectuées²⁰⁹⁵.

822. Un traitement social est réservé au dirigeant en fonction de la catégorie d'affiliation dans laquelle il se trouve. L'affiliation obligatoire réserve une protection sociale sans précédent au dirigeant bénéficiaire. En effet, les cotisations relatives aux prestations familiales et à la branche des risques professionnels sont, conformément à l'article 15 du Code de sécurité sociale du Togo, à la charge exclusive de l'employeur qui est la société à l'égard des dirigeants assimilés aux salariés. Les cotisations de la branche des pensions sont supportées en moitié au moins par l'employeur. Toute convention ou décision contraire est nulle et de nul effet. Par contre, les cotisations au bénéfice du dirigeant indépendant sont à sa charge exclusive, et non à la charge la société qui n'est pas considérée comme son employeur²⁰⁹⁶. D'autre part, les dirigeants assimilés aux salariés peuvent prétendre à certaines prestations, s'ils cumulent leur fonction avec une fonction salariée²⁰⁹⁷, contrairement à leurs collègues indépendants. Il s'agit de la couverture sociale des risques professionnels que sont les accidents de travail et les maladies professionnelles. Cette couverture n'est réservée qu'aux salariés. Pour que l'employeur ou le dirigeant indépendant y ait droit, en plus d'une protection contre le chômage, il lui revient de faire une cotisation complémentaire à cet effet ou se faire assurer, en dehors du régime général, une protection sociale complémentaire²⁰⁹⁸.

823. Cette inégalité du traitement social des dirigeants préjuge du choix du modèle de direction lors de la création de la société. Les avantages sociaux sont plus réservés aux dirigeants dont le titre les assimile aux salariés contrairement aux dirigeants indépendants. Il va sans dire que le choix portera sur le modèle de directeur général, de gérant non associé ou minoritaire de SARL, de gérant non associé de SNC ou d'administrateur général non actionnaire ou minoritaire, si l'on prétend avoir un « ...statut social comprenant les cotisations les

²⁰⁹³ Art. 12 du Code de sécurité sociale du Togo.

²⁰⁹⁴ V. aussi, L. NURIT PONTIER, *Le statut social des dirigeants de sociétés, préc.*, spéc. n°s 33 et 35.

²⁰⁹⁵ Cass. soc., 23 juin 1971, *Bull. civ.*, V, p. 379, n° 474.

²⁰⁹⁶ J.-F. BULLE, *Un statut anachronique source de fâcheux errements : la gérance majoritaire, préc.*, n° 25.

²⁰⁹⁷ C. BOUDINEAU, *Quelle protection contre le chômage pour les travailleurs indépendants ?*, *Petites affiches* 2001, n° 46, p. 8.

²⁰⁹⁸ V. Y.-E. LOGEAS, *La protection sociale complémentaire des dirigeants*, *Bull. Joly Sociétés* 2010, n° 11, § 205, p. 937 ; C. BOUDINEAU, *Quelle protection contre le chômage pour les travailleurs indépendants ?*, préc., p. 8.

plus faibles pour les prestations les plus larges »²⁰⁹⁹. Le choix du modèle de direction peut aussi s'opérer en fonction de l'activité sociale en vue.

B. Le choix en fonction de l'activité sociale

824. Les activités sociales peuvent être regroupées en deux catégories majeures : les activités réglementées et les activités non réglementées. Le choix d'un modèle de direction devant se charger de la gestion des activités non soumises à une réglementation particulière est libre (a). Par contre, il est contraignant eu égard à la gestion des activités réglementées (b).

1. La liberté de choix pour les activités non réglementées

825. L'activité économique retenue à la création d'une société forme son objet social²¹⁰⁰. Il n'est pas exclu qu'en cours de vie sociale, il émerge un objet social réel adjacent ou étranger à l'objet social statutaire²¹⁰¹. Le genre d'activité de la personne morale se caractérise par la nature des opérations où elle va chercher la source des bénéfices escomptés²¹⁰². Le concept d'activité est consubstantiel à la notion d'entreprise²¹⁰³. La notion d'activité se distingue d'une action isolée ou de quelques actions sporadiques, car un acte ou même plusieurs actes isolés sont insuffisants pour constituer une véritable activité. C'est la structure sociétaire qui vient organiser juridiquement l'entreprise²¹⁰⁴ créée par les associés avec une activité précisée dans l'objet social et financée par leurs apports. Parfois, l'intérêt de la société appelle une activité antérieure à son immatriculation²¹⁰⁵. Ce serait « faire preuve d'une belle inconscience, commettre une faute de gestion par abstention avant la lettre (...) pour les créateurs d'entreprise, que de ne pas anticiper sur l'activité de la future société et de réduire la phase préparatoire à la seule attente passive de l'immatriculation »²¹⁰⁶. Typologiquement, l'activité sociale peut concerner l'ensemble des opérations d'une entreprise, industrielle, commerciale, de service agricole ; une activité de gestion des titres ou de participations ; une activité de recherche ou d'éducation ; une opération déterminée, comme la construction d'un immeuble et sa vente ou son attribution en jouissance ; une activité de loisirs, sportive, humanitaire ; les actions à entreprendre pour la défense d'intérêts collectifs ou l'accomplissement d'une œuvre d'intérêt général ; la gestion d'un ou des biens, meubles ou immeubles.

826. Cette diversification des activités économiques favorisée par la libéralisation du commerce²¹⁰⁷ issue du décret des 2-17 mars 1791, connu sous le nom de décret d'ALLARDE²¹⁰⁸, est explorée par les associés à la

²⁰⁹⁹ L. NURIT PONTIER, *Le statut social des dirigeants de sociétés*, préc., p. 222.

²¹⁰⁰ Y. CHAPUT, *De l'objet social des sociétés commerciales*, op. cit., n° 21 bis et s.

²¹⁰¹ V. *supra* n° 80.

²¹⁰² P. CORDONNIER, *L'« objet social »*, préc., p. 172.

²¹⁰³ T. LAMARCHE, *La notion d'entreprise*, *RTD com.* 2006, p. 720 ; L. IDOT, *La notion d'entreprise*, *Rev. sociétés* 2001, p. 196 ; R. FRANCESCHELLI, *La notion juridique d'entreprise en Italie*, *RTD com.* 1972, p. 574.

²¹⁰⁴ J. PAILLUSSEAU, *Les fondements du droit moderne des sociétés*, D. 1984, chron. 3148 ; *La société anonyme, technique d'organisation de l'entreprise*, Sirey, Paris, 1967.

²¹⁰⁵ E. PAILLET, *L'activité de la société en formation*, *Rev. sociétés* 1980, p. 419, 421.

²¹⁰⁶ D. PLANTAMP, *Le point de départ de la période de formation des sociétés commerciales*, *RTD com.* 1994, p. 4.

²¹⁰⁷ V. J.-L. MESTRE, *Le Conseil constitutionnel, la liberté et la propriété*, D. 1984, Chron. 1.

création de la société pour sélectionner une activité dont la gestion relèvera de la prérogative des structures directoriales à choisir. Il va sans dire qu'aucun modèle d'organe ne bénéficie au préalable d'un privilège de sélection. Les associés disposent de la liberté de choisir un modèle parmi ceux disponibles lorsque le montant total du financement primaire de l'activité leur permet d'adopter n'importe quelle forme sociale. Le choix du mode de direction peut dépendre de l'étendue des pouvoirs de gestion des activités ou de l'organigramme de la direction.

827. En effet, le choix peut s'opérer en fonction de l'étendue des pouvoirs de la future direction. D'une part, lorsque les associés entendent limiter les pouvoirs de la structure à l'activité choisie, le choix de la gérance de SNC serait indiqué. Par ce choix, les associés ont la possibilité de garder une proximité avec leurs partenaires en occupant eux-mêmes la direction et sécuriser leurs intérêts par une offre systématique de la solidarité de leur patrimoine personnel en guise de garantie subsidiaire des dettes sociales²¹⁰⁹. En revanche, lorsque les associés projettent octroyer une entière liberté d'action à la structure pour la gestion de l'activité, sera indiqué le choix de la gérance de SARL ou des structures directoriales de SA. Dans ce cas, en contrepartie de cette liberté d'action de la structure directoriale, la responsabilité des associés est limitée à leurs apports²¹¹⁰.

828. D'autre part, lorsque les associés prévoient tenir compte de l'organigramme des structures directoriales avant d'en choisir une, deux genres d'organigramme se présentent : l'organigramme vertical ou l'organigramme horizontal. L'organigramme est vertical lorsqu'il est fortement hiérarchisé en étant soumis à l'autorité d'un chef²¹¹¹. C'est le cas des structures directoriales au sein des sociétés anonymes où on distingue le directeur général avec ses adjoints de l'administrateur général avec ses adjoints. L'existence d'un chef au sein de ces structures contribue à éviter l'anarchie au sein de la direction et permet l'édification d'une politique managériale autour de sa vision. Une telle structure facilite la détection des adjoints rebelles et leur éviction, s'ils s'entêtent dans l'inscription de leurs actions en dehors de la politique du chef. Aussi, facilite-t-elle la mise en œuvre de la responsabilité politique du chef dont la politique managériale connaît un échec²¹¹². Par contre, l'organigramme horizontal se caractérise par l'égalité du niveau hiérarchique des structures directoriales. Il n'existe en son sein ni chef légal ni adjoints. C'est le prototype de la gérance des SARL et des SNC. Cette absence de chef peut favoriser une anarchie au sein de la direction si elle plurale, sauf si des précautions sont prises à travers la répartition des pouvoirs entre les gérants²¹¹³ ou l'exigence de contre-signature²¹¹⁴ ou d'autorisation de

²¹⁰⁸ Aux termes du décret des 2-17 mars 1971, « il est sera libre à toute personne de faire tel négoce, ou d'exercer telle profession, art ou métier qu'elle trouvera bon ». V. aussi, Ch. MASQUEFA, *La restructuration*, thèse Paris II, préf. B. TEYSSIE, Bibl. dr. pr., t. 342, LGDJ, 2000, n° 254-258 ; M. KHDIR, *Le principe de la liberté du commerce et de l'industrie : mythe ou réalité*, D. 1994, chron. p. 30 ; G. RIPERT, *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, op. cit., n° 2 et s. ; J. DUCOULOUX-FAVARD, *La loi Le Chapelier et la liberté du commerce*, *Petites affiches*, 19 juin 1989, p. 3 ; C. GAVALDA et G. PARLEANI, *Liberté, égalité, fraternité en droit communautaire des sociétés*, *Rev. sociétés* 1989, p. 451 ; Y. CHAPUT, *La liberté et les statuts*, préc., p. 361.

²¹⁰⁹ V. *supra* n° 1015 s.

²¹¹⁰ V. *supra* n° 78 s.

²¹¹¹ V. *infra* n° 924 s.

²¹¹² V. *infra* n° 996.

²¹¹³ V. *supra* n° 565 s.

²¹¹⁴ V. *supra* n° 118.

l'assemblée générale pour certains actes graves²¹¹⁵. De plus, chaque gérant représente un contre-pouvoir à son collègue du moment qu'il peut s'opposer²¹¹⁶ à tout acte qui serait nuisible à l'intérêt social.

829. En définitive, les associés ont une variété de raisons pouvant guider le choix d'un modèle de direction à la création de la société pour assurer la gestion de l'activité sociale dont la société est dotée. Cette liberté de choix est réduite lorsque les associés entendent pourvoir à la société une activité réglementée.

2. La contrainte dans le choix pour les activités réglementées

830. Certaines activités sont soumises à une réglementation particulière. Il s'agit notamment des activités bancaires et assurancielles. Constitue une activité bancaire ou une opération bancaire ou de crédit, « *...tout acte par lequel une personne, agissant à titre onéreux, met ou promet de mettre des fonds à la disposition d'une autre personne, prend, dans l'intérêt de celle-ci, un engagement par signature tel qu'un aval, un cautionnement ou une garantie* »²¹¹⁷. Quant aux activités assurancielles, le Code CIMA²¹¹⁸ a envisagé au titre d'assurances de dommages non-maritimes notamment les assurances contre l'incendie²¹¹⁹, les assurances de responsabilité²¹²⁰, les assurances des risques agricoles²¹²¹ et, d'autre part, les assurances sur la vie²¹²². L'exploitation de ces activités n'est pas permise à toutes les formes de sociétés, ce qui a une incidence sur le choix des structures directoriales devant assurer leur gestion.

831. En effet, selon l'article 301 alinéas 1 et 2 du Code CIMA « *toute entreprise d'assurance (...) doit être constituée sous forme de société anonyme ou de société d'assurance mutuelle. Toutefois une société d'assurance ne peut se constituer sous la forme d'une société anonyme unipersonnelle* ». De même l'article 31 alinéa 1^{er} et 2 de la loi togolaise portant réglementation bancaire précise que « *les banques sont constituées sous forme de sociétés anonymes à capital fixe où, par autorisation spéciale du ministre chargé des Finances donnée après avis conforme de la Commission bancaire, sous la forme de sociétés coopératives ou mutualistes à capital variable. Elles ne peuvent revêtir la forme d'une société unipersonnelle. Exceptionnellement, elles peuvent revêtir la forme d'autres personnes morales* ». Il ressort de ces deux dispositions que les activités assurancielles et bancaires ne peuvent être exploitées que par une société anonyme pluripersonnelle mises à part les sociétés coopérative ou mutuelle qui relèvent par contre du droit des sociétés coopératives. Toutes les autres formes sociales sont donc exclues, même si l'alinéa 2 de l'article 31 de la loi togolaise portant réglementation bancaire semble exceptionnellement admettre l'exploitation d'une activité bancaire par d'autres formes sociales. Cette extension est trompeuse, car les activités bancaires ne peuvent être exploitées par une SARL, ni par une SNC. D'ailleurs,

²¹¹⁵ V. *supra* n° 322.

²¹¹⁶ V. *supra* n° 137.

²¹¹⁷ Art. 6 al. 1^{er} de la loi bancaire du Togo.

²¹¹⁸ Conférence Interafricaine des Marchés publics (CIMA).

²¹¹⁹ V. art. 45 à 50 de CIMA.

²¹²⁰ V. art. 50 à 54 du Code CIMA.

²¹²¹ V. art. 55 du Code CIMA.

²¹²² V. art 56 s. du Code CIMA.

leur capital minimum est très insignifiant pour supporter une activité bancaire dont la densité et le coût nécessitent qu'elles soient exercées plutôt par une société anonyme dont les structures sont mieux appropriées.

832. Il va sans dire que la réservation de l'exploitation des activités assurancielles et bancaires aux sociétés anonymes pluripersonnelles rejaillit sur le choix des structures directoriales devant assurer la gestion de ces activités. Le choix ne peut, par conséquent, être effectué en dehors des structures directoriales de la société anonyme pluripersonnelle. Sont donc exclus toute dévolution de la gestion de ces activités aux gérants ou à un administrateur général assisté d'adjoints. La seule structure éligible est celle constituée du directeur général avec ses adjoints. Dans ces conditions, l'assemblée générale devient même incompétente pour choisir la structure directoriale. La compétence du choix appartient au conseil d'administration qui en a légalement la compétence²¹²³. S'il est vrai que les associés ne peuvent choisir que le modèle de directeur général, il n'en demeure pas moins qu'ils peuvent, en cours de vie sociale, obtenir un changement de structure directoriale à la suite d'une modification de l'activité sociale et par conséquent de la forme sociale.

§ 2. Le changement du choix en cours de vie sociale

833. En cours de vie sociale, la structure directoriale choisie à la naissance de la société peut toujours être changée. Après avoir examiné la mise en œuvre du changement du modèle de direction (A), nous exposerons ses incidences sur la situation du dirigeant (B).

A. La mise en œuvre du changement

834. Le changement du mode de direction participe de la restructuration de la société. Il emprunte le régime des méthodes de restructuration de la société que sont notamment la fusion²¹²⁴ et la transformation²¹²⁵ qui aboutissent à un changement de la forme sociale. Il relève de la compétence de l'assemblée générale extraordinaire. Son opérationnalisation entraîne nécessairement une modification des statuts. Par opposition à la transformation, la fusion constitue un atout concurrentiel pour les sociétés qui s'unissent²¹²⁶ et peut non seulement s'opérer au sein d'un même Etat mais aussi transcender les frontières des Etats parties au Traité de l'OHADA étant donné que son régime est y identique²¹²⁷. La nouvelle forme sociale issue de la restructuration serait choisie en fonction du modèle de direction désiré. L'opérationnalisation du changement du modèle de direction peut être influencée par le dirigeant en fonction (2) et s'orienter en fonction de la personnalité de dirigeant qu'exige le futur mode de direction (2).

²¹²³ Art. 485 al. 1^{er} de l'AUSCGIE.

²¹²⁴ La fusion est, selon l'article 189 alinéa 1^{er} de l'AUSCGIE révisé, « ...l'opération par laquelle deux sociétés se réunissent pour n'en former qu'une seule soit par création d'une société nouvelle soit par absorption de l'une d'entre elles ».

²¹²⁵ L'article 181 alinéa 1^{er} de l'AUSCGIE définit la transformation de la société, comme une « ...l'opération par laquelle une société change de forme juridique par décision des associés ».

²¹²⁶ V. H.-D. MODI KOKO BEBEY, *La réforme du droit des sociétés commerciales de l'OHADA*, préc., p. 255.

²¹²⁷ En comparaison à l'évolution de la pratique des fusions transfrontalières au sein de l'Union européenne, V. not., J.-J. CAUSSAIN, *Fusions transfrontalières*, JCP E 1999. 897 ; F. BLANQUET, *Les fusions transfrontalières et la mobilité des sociétés*, *Rev. sociétés* 2000, p. 115 ; J. BEGUIN, *La difficile harmonisation du droit des fusions transfrontalières*, *Mélanges Ch. GAVALDA*, Dalloz, 2001, p. 19 ; H. LE NABASQUE, *Les fusions transfrontalières après la loi n° 2008-649 du 3 juillet 2008*, *Rev. sociétés* 2008, p. 493 ; *Les fusions et les scissions transfrontalières*, *Rev. sociétés* 2013, p. 412.

1. L'influence de la volonté du dirigeant sur la décision de changer

835. Le changement d'un mode de direction procède généralement de l'adoption d'une forme sociale nouvelle à travers une opération de fusion ou de transformation. Le concours du dirigeant au projet de changement du mode est avéré, lorsqu'il en est favorable. En revanche, son désintérêt pour le modèle envisagé justifierait sa réticence à son égard. En se posant la « *...question de savoir qui, des dirigeants, des actionnaires ou du juge, doit apprécier l'intérêt de la structure* »²¹²⁸ dans le cadre d'une restructuration, un auteur est parvenu à la réponse que « *...seuls les dirigeants peuvent assumer cette fonction* »²¹²⁹. Mais il faut relever que cette fonction dépend de son poids politique au sein de la société. Car, sans un poids politique considérable, le dirigeant ne peut faire échec à certaines décisions dont le changement du mode de direction qui ne relèvent pas de sa compétence mais qui peuvent affecter l'intérêt de la société.

836. En premier lieu, le dirigeant non associé ne pourra paralyser un projet de changement mais dispose des prérogatives pour le repousser. Il pourra user des prérogatives attachées à sa qualité de dirigeant pour y arriver. Soit, il s'abstient d'émettre les convocations pour l'assemblée générale devant adopter le projet. Il peut aussi s'abstenir d'inscrire le projet à l'ordre du jour si l'assemblée générale est convoquée. Soit, il retarde l'établissement du projet de restructuration. La première astuce permet de repousser le projet à des dates ultérieures. Mais elle ne peut être continue, car les associés peuvent toujours demander au juge de nommer un administrateur *ad hoc* dont la mission sera de convoquer l'assemblée générale avec un ordre du jour portant sur l'autorisation de la fusion ou de transformation dont la mise en œuvre permettra de restructurer les organes de direction. La seconde astuce est plus radicale, car elle peut permettre de bloquer le processus de restructuration surtout lorsqu'il s'agit d'une fusion. En effet, le législateur est muet sur l'établissement d'un projet en ce qui concerne la transformation. Cela peut se justifier par le fait que cette opération n'implique que la société à restructurer, contrairement à l'opération de fusion qui met en rapport deux ou plusieurs sociétés devant s'accorder sur certaines indications du projet notamment la forme sociale nouvelle, l'évaluation de l'actif et du passif de la société à absorber, le rapport d'échange des droits sociaux²¹³⁰. Pour cela, l'article 193 alinéa 1^{er} de l'AUSCGIE prescrit que, « *toutes les sociétés qui participent à une opération de fusion (...) établissent un projet de fusion (...) arrêté, selon le cas, par le conseil d'administration, l'administrateur général, le ou les gérant de chacune des sociétés participant à l'opération* ». Cette prérogative accordée au dirigeant peut être exploitée de sa part pour retarder l'établissement du projet et par conséquent repousser le changement du mode de direction.

837. En second lieu, l'influence du dirigeant est plus grande lorsqu'il dispose de la qualité d'associé. Ce cumul de statuts lui permet de bloquer tout projet de changement du mode de direction, s'il dispose de la majorité permettant de modifier les statuts. Ce pouvoir lui permet de poser son veto contre tout projet de restructuration devant aboutir au changement du mode de direction. En revanche, s'il est minoritaire, il pourra bloquer tout projet de changement pour lequel le consentement de chaque associé est exigé. Le consentement des membres de la

²¹²⁸ Ch. MASQUEFA, *La restructuration, op. cit.*, n° 356.

²¹²⁹ *Ibid.*

²¹³⁰ Art. 193 de l'AUSCGIE.

société est, par principe, exigé dans les sociétés à risques illimités pour toutes les décisions qui excèdent les pouvoirs des dirigeants²¹³¹. Mais est-ce à dire que la restructuration d'une société à risques illimités pour l'adoption de la forme d'une société à risques limités accroîtrait l'engagement primaire des associés pour nécessiter leur unanimité ? Le législateur est muet sur la question. Nous estimons qu'une telle opération mérite une approbation à la majorité simple puisqu'il vient protéger l'engagement primaire des associés par une limitation de leur risque. En revanche, la solution est différente lorsque la restructuration d'une société à risques limités aboutira à l'adoption de la forme d'une société à risques illimités. Selon l'article 181 alinéa 3 de l'AUSCGIE révisé, « ...la transformation d'une société dans laquelle la responsabilité des associés est limitée à leurs apports en une société dans laquelle la responsabilité est illimitée est décidée à l'unanimité des associés. Les décisions prises en violation des dispositions du présent alinéa sont nulles ». Aussi, au sujet de la fusion, l'article 197 alinéa 2 de l'AUSCGIE révisé prescrit-il que « ...si l'opération projetée a pour effet d'augmenter les engagements des associés ou des actionnaires, de l'une ou plusieurs sociétés en cause, elle ne peut être décidée qu'à l'unanimité desdits associés ou actionnaires... ». Cette disposition permet au dirigeant associé même minoritaire d'une société à risques limités de s'opposer efficacement²¹³² au changement du modèle de direction projeté par les associés.

838. Ainsi, le dirigeant a-t-il des prérogatives pour retarder ou bloquer le changement du modèle de direction qui ne lui convient pas. *A contrario*, son intérêt pour le changement peut favoriser une accélération du processus. Son association au projet peut dépendre de la personnalité de dirigeant liée au futur mode de direction.

2. Le changement en fonction de la future personnalité du dirigeant

839. L'autorisation du changement du modèle de direction peut dépendre de la personnalité de dirigeant liée au modèle envisagé. Certains modèles sont indifférents à la personnalité du dirigeant. Il s'agit du modèle de gérant de SNC et de l'administrateur général. En effet, l'article 276 de l'AUSCGIE permet la désignation d'un ou plusieurs gérants personnes physiques ou morales dans la SNC. Au sujet de la personnalité de l'administrateur général, le législateur est muet²¹³³ alors qu'il a précisé dans l'article 510 de l'AUSCGIE que son adjoint doit être une personne physique.

Une partie doctrine soutient que l'administrateur général doit être nécessairement une personne physique en dépit du silence du législateur sur le sujet, sous prétexte que le législateur prévoit le cumul de ce mandat avec d'autres devant nécessairement être assurés par une personne physique²¹³⁴. Cet avis est contestable, car, considérant que ce qui n'est pas interdit est permis, nous estimons que l'administrateur général peut être une personne morale ou

²¹³¹ Art. 283 al. 1^{er} de l'AUSCGIE.

²¹³² La décision encourt la nullité si elle est prise au mépris du consentement même d'un seul associé. V. not., B. THULLIER, *La théorie des nullités et le principe de l'effet relatif à l'épreuve du droit des sociétés : une illustration*, D. 2004, p. 2033 ; G. TAORMINA, *Réflexions sur l'aggravation des engagements de l'associé*, préc., p. 267 et s.

²¹³³ Selon l'article 495 de l'AUSCGIE, « le premier administrateur général est désigné dans les statuts ou par l'assemblée générale constitutive. En cours de vie sociale, l'administrateur général est nommé par l'assemblée générale ordinaire. Il est choisi parmi les actionnaires ou en dehors d'eux ». Le législateur est muet sur la personnalité de l'administrateur général.

²¹³⁴ P.-G. POUGOUÉ, J. NGUEBOU-TOUKAN et F. ANOUKAHA, *comm. sous l'article 495 de l'AUSCGIE*, in OHADA *Traité et actes uniformes commentés et annotés*, 3^e éd., Juriscope, 2008, p. 474 ; M. EMIEN, *L'administration et la direction de la société anonyme de type nouveau issue de la réforme du droit des sociétés commerciales dans la zone OHADA*, préc., p. 266.

physique. De plus, si le législateur voulait que l'administrateur général soit nécessairement une personne physique, il l'aurait prescrit comme il l'a expressément fait au sujet de l'administrateur général adjoint²¹³⁵. Par exemple, d'autres modes de direction ne sont réservés expressément par le législateur qu'aux personnes physiques. Il s'agit du gérant de SARL²¹³⁶, du directeur général²¹³⁷ et ses adjoints²¹³⁸ ainsi que de l'administrateur général adjoint.

840. En réalité les modes réservés aux personnes physiques écartent les associés personnes morales de la direction de la société dont ils sont pourtant les promoteurs. Les sociétés mères contournent ces exigences en installant une direction occulte ou de fait parallèle à la direction régulière²¹³⁹. Par contre, l'ouverture de la direction de certaines sociétés aux personnes morales permet à celles-ci de se confier la gouvernance de ces sociétés en portant les titres légaux. Mais la limitation de cette ouverture à deux modèles de direction les moins choisis ne permet pas de régler le problème des directions irrégulières. Il faille une libération des directions réservées aux personnes physiques²¹⁴⁰.

841. Ce tiraillement au sujet de la personnalité des dirigeants en fonction du modèle de direction peut compromettre un projet de restructuration de la société ayant pour conséquence le changement du modèle à l'issue duquel l'associé personne morale entend se confier la direction de la société contre l'avis du dirigeant encore en fonction. Un tel changement de modèle aboutirait à une révocation tacite du dirigeant en fonction. Pour sa part, le dirigeant hostile pourra retarder la réalisation du changement en usant des prérogatives attachées à sa qualité de dirigeant s'il n'est pas associé²¹⁴¹ ou la compromettre s'il est associé²¹⁴². Dans ce contexte, le dirigeant ne peut faire obstacle qu'à un projet devant aboutir à l'adoption de gérance de SNC, car il nécessitera l'unanimité de tous les associés. En revanche, l'adoption du modèle d'administrateur général posera moins de problème pour une société mère disposant d'une majorité confortable lui permettant de modifier les statuts.

842. L'aboutissement du changement de modèle de direction en cours de vie sociale peut avoir des incidences sur la situation du dirigeant.

B. Les incidences du changement sur la situation du dirigeant

²¹³⁵ Selon l'article 510 de l'AUSCGIE, « sur proposition de l'administrateur général, l'assemblée générale des actionnaires peut donner mandat à une ou plusieurs personnes physiques d'assister l'administrateur général à titre d'administrateur général adjoint ».

²¹³⁶ L'article 323 al. 1^{er} de l'AUSCGIE prévoit que « la société à responsabilité limitée est gérée par une ou plusieurs personnes physiques associés ou non ».

²¹³⁷ L'article 485 al. 1^{er} de l'AUSCGIE prescrit que « le conseil d'administration nome, parmi ses membres ou en dehors d'eux, un directeur général qui doit être une personne physique ».

²¹³⁸ L'article 470 al. 1^{er} de l'AUSCGIE révisé dispose que, « sur proposition du président-directeur général, le conseil d'administration peut donner mandat à une ou plusieurs personnes physiques d'assister le président-directeur général en qualité de directeur général adjoint ».

²¹³⁹ V. *infra* n° 926 s.

²¹⁴⁰ V. *infra* n° 919 s.

²¹⁴¹ V. *supra* n° 936.

²¹⁴² V. *supra* n° 937.

843. Les effets d'une restructuration sont dominés par le maintien de la personnalité morale²¹⁴³ mais peut affecter le statut des dirigeants. Si elle se solde par le changement du mode de direction, elle met fin aux pouvoirs des organes de direction. Il opère un transfert d'office des compétences en matière de nomination, de révocation, de détermination de la rémunération à un autre organe et affecte les règles relatives à la démission du dirigeant.

844. En premier lieu, le changement d'un mode de direction met fin aux fonctions des organes de direction dans sa société d'origine. Il marque au contraire l'entame de la fonction du dirigeant dans la société restructurée. Ce passage d'une direction à une autre entraîne d'office un changement de la situation du dirigeant. L'étendue de ses pouvoirs peut changer²¹⁴⁴. Le changement est radical lorsque, du dirigeant de société à risques illimités qu'il était, le dirigeant passe à la direction de sociétés à risques limités ou *vice versa*. Le même animateur dont les pouvoirs étaient limités à l'objet social en sa qualité de gérant de SNC²¹⁴⁵ se voit dévolus d'office des pouvoirs indépendants de l'objet social²¹⁴⁶ dès qu'il porte le titre de gérant de SARL, de directeur général, de directeur général adjoint, d'administrateur général ou d'administrateur général de SA. Le schéma est inverse lorsque le dirigeant antérieurement animateur de sociétés à risques limités se voit muter à la gérance d'une SNC. Dans ce contexte, ses pouvoirs antérieurement étendus au-delà de l'objet social sont d'office réduits à l'objet social de la nouvelle société.

Ce changement de mode de direction affecte aussi les pouvoirs des dirigeants au regard de l'octroi des sûretés personnelles et des actes interdits. A ce niveau, l'animateur muté à la direction des sociétés à risques limités est interdit de solliciter des crédits auprès de la société²¹⁴⁷. En effet, le titre de directeur général, de directeur général adjoint oblige le dirigeant à obtenir une autorisation du conseil d'administration avant d'octroyer des sûretés aux tiers²¹⁴⁸ contrairement aux gérants de SNC qui doivent obtenir l'autorisation de la collectivité des associés ou peuvent passer l'acte s'il y a une communauté d'intérêts entre la société et le tiers bénéficiaire²¹⁴⁹. Dans le même sillage, l'animateur de la direction d'une SNC qui est muté à la direction d'une société à risques limités est tenu de soumettre au contrôle des autres organes sociaux les conventions auxquelles il est intéressé²¹⁵⁰.

845. En second lieu, le changement d'un mode de direction peut s'accompagner d'un transfert des compétences à un autre organe au regard de la nomination, de la rémunération, de la révocation des dirigeants. En effet, la nomination, la rémunération et la révocation du gérant de SNC, de SARL, de l'administrateur général et de l'administrateur adjoint relève de la compétence de l'assemblée générale. A l'issue du changement du mode de direction, l'adoption du titre de directeur général ou de directeur général adjoint fait passer leurs

²¹⁴³ V. J. FISCEL, *L'absence d'être moral nouveau dans les transformations de sociétés*, *Gaz. Pal.* 1986, 2, doct. p. 724 ; B. DONDERO, *La transformation vue de l'intérieur*, *Bull. Joly sociétés* 2010, p. 400, n° 81.

²¹⁴⁴ Un changement du modèle de direction limité à la sphère des sociétés à risques limités n'a aucune incidence sur l'étendue des pouvoirs du dirigeant, car les dirigeants de ses sociétés ont tous des pouvoirs étendus au-delà de l'objet social indépendamment du modèle.

²¹⁴⁵ V. *supra* n° 90 s.

²¹⁴⁶ V. *supra* n° 54 s.

²¹⁴⁷ V. *supra* n° 234 s.

²¹⁴⁸ V. *supra* n° 234 s.

²¹⁴⁹ V. *supra* n° 218 s.

²¹⁵⁰ V. *supra* n° 254 s.

nomination, rémunération et révocation sous la compétence du conseil d'administration. Le schéma devient inverse lorsque le modèle de direction d'une société anonyme avec conseil d'administration subit inversément un changement. En revanche dans le cadre de la révocation, la mutation du modèle de gérant de SNC ou de SARL vers celui des dirigeants de sociétés anonymes les rend vulnérables, car ils deviennent révocables *ad nutum*. Dans le sens inverse, la mutation vers le mode de gérance fait bénéficier d'une protection dans le cadre de la révocation dans la mesure où la société devra évoquer un juste motif sans lequel sa responsabilité peut être engagée à l'égard du dirigeant.

846. En dernier lieu, la mutation vers un mode de direction où les dirigeants sont soumis à une révocation *ad nutum* permet aux nouveaux membres de cette direction de démissionner librement dans la seule limite de ne pas porter atteinte aux intérêts de la société²¹⁵¹. Par contre, l'adoption d'un modèle de gérance fait perdre la liberté de démissionner et soumet le dirigeant à l'exigence de produire des justes motifs pour une probable démission sans lesquels il peut engager sa responsabilité²¹⁵².

847. En somme, le changement de mode de direction s'accompagne inévitablement d'un changement des règles applicables au dirigeant. Son rapport avec la société est défini au regard des exigences du nouveau mode de direction.

848. En définitive, le choix d'un mode de direction ne peut s'effectuer que sur la liste des modèles préfinis par la loi. L'adjonction d'autres organes n'est possible que s'ils ne sont pas de nature à perturber l'organigramme légal des directions.

SECTION 2. L'ADJONCTION CONDITIONNELLE D'ORGANES *AD HOC*

849. La direction des sociétés comporte suffisamment d'organes pour son fonctionnement normal. La direction de la SARL et de la SNC peuvent comporter autant de gérants selon la convenance des associés. Dans la SA, le chef de direction peut se faire assister de plusieurs adjoints selon les besoins de la société. Mais certaines décisions exigent des dirigeants une certaine objectivité. Or, l'objectivité n'est pas toujours acquise, lorsque les décisions impliquent leurs intérêts. Cette objectivité peut être obtenue si la décision est laissée à une structure *ad hoc* disposant d'une certaine autonomie pour préciser les contours du projet de décision à l'égard duquel la latitude du dirigeant sera limitée à sa signature. De même, le dirigeant peut constituer des structures parallèles à la direction pour mener des réflexions sur des projets d'entreprise, des études de terrain, des investigations, des prospections en vue de réunir toutes les données avant d'engager la société. Il n'est pas exclu que cette constitution d'organes parallèles auprès de la direction émane des organes de contrôle pour mieux surveiller les dirigeants. Mais l'admission de ces structures *ad hoc* est conditionnelle. Elles sont rejetées lorsqu'elles sont

²¹⁵¹ V. *supra* n° 995 s.

²¹⁵² V. *supra* n° 318.

dotées d'attributions contraires à l'ordre public sociétaire (§ 1). Par contre, elles sont admises si leur adjonction respecte l'ordre public sociétaire (§ 2).

§ 1. Le rejet des adjonctions contraires à l'ordre public sociétaire

850. Une implantation d'organes *ad hoc* aux structures de la direction est prohibée lorsqu'elle porte atteinte à l'ordre public sociétaire. L'ordre public est une notion à contenu variable. De manière classique, on distingue l'ordre public politique, qui a pour objet la défense des fondements essentiels de la société, tels l'Etat, la famille et l'individu, et l'ordre public économique²¹⁵³, qui encadre les échanges de richesses et de services. L'ordre public économique lui-même se dédouble, visant à assurer, soit une certaine direction, soit une certaine protection²¹⁵⁴. La distinction entre ces deux variantes de l'ordre public n'est pas aisée, s'agissant plus d'une différence de degrés que de nature²¹⁵⁵. L'ordre public sociétaire s'inscrit dans l'ordre public économique, car il sert à défendre des intérêts noués autour de l'activité sociale. Eu égard à l'ordre public sociétaire, le problème de l'adjonction d'organes *ad hoc* aux organes de direction se pose au niveau des attributions de ces organes. L'interposition d'organes étrangers entre la société et les tiers porte un risque d'empiètement sur les pouvoirs des dirigeants et la fragilisation de la protection des tiers de bonne foi étant donné qu'ils ne peuvent se prévaloir contre la société des actes issus de leur relation avec des organes *ad hoc*. L'ordre public vient constituer un garde-fou contre ces adjonctions qui perturberaient le fonctionnement normal de la direction. Il constitue le fondement du rejet par le juge (A) et par le greffier (B) des organes *ad hoc* qui lui seraient contraires.

A. Le rejet par le juge

851. Le rejet par le juge des organes *ad hoc* sera examiné à partir de l'exemple tiré de l'avis défavorable des juges de la CCJA à l'égard de l'instauration du poste de vice-président du conseil d'administration (1) même si le conseil d'administration est exclu des dirigeants en considération de la conception stricte de la notion de dirigeant²¹⁵⁶. Nous examinerons par la suite la portée d'un tel rejet (2).

1. L'exemple tiré du rejet du poste de vice-président du conseil d'administration

852. Le 06 décembre 1999, la République du Sénégal a introduit une demande d'avis auprès de la CCJA. La question soumise aux juges est la suivante : est-il possible, dans le cadre de la mise en harmonie des statuts des sociétés anonymes, avec les dispositions de l'AUSCGIE, d'instituer un poste de vice-président dans les organes dirigeants des banques et établissements financier ? La réponse des juges fut ferme. Les juges ont visé l'article 909 de l'AUSCGIE puis tiré la réponse. En effet, selon eux, l'article 909 de l'AUSCGIE concerné ayant édicté que « *la mise en harmonie a pour objet d'abroger, de modifier et de remplacer, le cas échéant, les dispositions statutaires contraires aux dispositions impératives du présent Acte Uniforme et de leur apporter les compléments que le*

²¹⁵³ G. RIPERT, *L'ordre économique et la liberté contractuelle*, cité par F. BARRIERE, *Ordre public et impérativité (Observations en droit pénal des sociétés anonymes)*, préc., p. 714.

²¹⁵⁴ F. BARRIERE, *Ordre public et impérativité (Observations en droit pénal des sociétés anonymes)*, préc., p. 714.

²¹⁵⁵ G. COUTURIER, *L'ordre public de protection, heurs et malheurs d'une vieille notion neuve*, cité par F. BARRIERE, *Ordre public et impérativité (Observations en droit pénal des sociétés anonymes)*, préc., p. 714.

²¹⁵⁶ V. *supra* n° 12 s.

présent Acte uniforme rend obligatoire, il s'en suit qu'il ne peut être possible, sans dénaturer et violer l'objet de cette mise en harmonie ainsi juridiquement et restrictivement circonscrit, d'instituer dans ce cadre spécifique, un poste de vice-président dans les organes dirigeants des sociétés commerciales visées par la demande »²¹⁵⁷. Les juges ont rejeté sans réserve l'implantation d'un vice-président au sein du conseil d'administration.

853. Pour les juges, le triple objet de la mise en harmonie serait dénaturé et violé par l'institution d'un poste de vice-président. Cet avis laisse entrevoir deux attitudes à adopter en fonction de l'institution du poste de vice-président avant ou après la mise en vigueur de l'AUSCGIE le 1^{er} janvier 1998. Dans l'hypothèse où cet organe existait avant l'avènement de l'Acte uniforme, les actionnaires ont, conformément à l'article 908 alinéa 1^{er} de l'AUSCGIE²¹⁵⁸, un délai transitoire de deux ans pour le supprimer en abrogeant les dispositions statutaires qui le prévoyaient pour qu'elles soient en conformité avec l'Acte uniforme. « *A défaut de mise en harmonie des statuts avec les dispositions du présent Acte uniforme, dans le délai de deux ans à compter de son entrée en vigueur, les clauses statutaires contraires à ces dispositions seront réputées non écrites* » selon l'article 915 de l'AUSCGIE. Interprété *a contrario*, cet article reconnaît le maintien du vice-président jusqu'à la date butoir du 31 décembre 1999²¹⁵⁹. A partir du 1^{er} janvier 2000, le poste de vice-président est réputé supprimé si les statuts ne l'ont pas effectué.

854. Dans l'hypothèse où le projet d'adjonction du vice-président est conçu après le 31 décembre 1999, son aboutissement constitue une violation de l'Acte uniforme. La violation est inévitable, car l'organisation des structures du conseil d'administration est déjà légalement scellée. En effet, le conseil d'administration comporte au moins trois membres et douze membres au plus²¹⁶⁰. Le nombre des administrateurs peut être provisoirement dépassé, en cas de fusion avec une ou plusieurs sociétés, jusqu'à concurrence du nombre total des administrateurs en fonction depuis plus de six mois dans les sociétés fusionnées, sans pouvoir être supérieur à vingt-quatre²¹⁶¹. La direction du conseil d'administration est confiée à son président nommé par ses pairs. A peine de nullité de sa nomination, le président doit être nécessairement une personne physique²¹⁶². Si le président cumule sa fonction avec celle de directeur général, il ne peut être assisté que d'un ou plusieurs directeurs généraux adjoints²¹⁶³. La structuration du conseil d'administration est donc stricte. Il ressort donc qu'aucune place n'est réservée à un éventuel vice-président. L'implantation de ce nouvel organe au sein du conseil d'administration viendrait perturber l'équilibre de son organigramme légal et constituerait une violation de l'ordre public sociétaire.

²¹⁵⁷ CCJA, avis n° 002/2000/EP, 26 avril 2000, in *OHADA, Coll. du recueil de jurisprudence de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage, Vol. I*, 2003, pp. 73-74.

²¹⁵⁸ Aux termes de l'art. 908 al. 1^{er} de l'AUSCGIE, « *les sociétés et les groupements d'intérêt économique constitués antérieurement à l'entrée en vigueur du présent Acte uniforme sont soumis à ses dispositions. Ils sont tenus de mettre leurs statuts en harmonie avec les dispositions du présent Acte uniforme dans un délai de deux ans à compter de son entrée en vigueur* ».

²¹⁵⁹ En ce sens, A. FENEON et S. de CHASSEY, *La mise en harmonie des statuts des sociétés anonymes en Côte d'Ivoire*, *Penant* 1999, n° 831, pp. 327-328.

²¹⁶⁰ Art. 416 de l'AUSCGIE.

²¹⁶¹ Art. 418 de l'AUSCGIE.

²¹⁶² Art. 462 al. 2 de l'AUSCGIE.

²¹⁶³ Art. 470 de l'AUSCGIE.

855. Une institution du vice-président au mépris de cette structuration du conseil d'administration laisserait plusieurs problèmes sans réponse notamment au regard de ses attributions, de sa révocation, de sa rémunération, de l'exigence de sa qualité d'administrateur ou non et de la durée de son mandat. Une telle implantation pose plus de problèmes qu'elle ne donne de solutions. La solution judiciaire est de rejeter cette implantation. Elle évite de s'embourber dans des difficultés contre lesquelles la loi n'a prévu aucune solution.

856. Ce rejet permet d'empêcher des implantations d'organes qui viendraient violer la loi. Il prescrit l'impossibilité d'instituer un organe non prévu par la loi. Au niveau de la direction sociale, l'organigramme légal s'impose. Il apparaît donc que l'importation d'organes légaux connus de législations étrangères est interdite. Cela se traduit par l'impossibilité d'intégrer au sein de la direction des sociétés régies par l'AUSCGIE des organes dont l'appellation est inconnue du droit OHADA. C'est le cas, par exemple, du directeur général délégué de SA connu du droit français même si son correspondant en droit OHADA est le directeur général adjoint. Il en est de même du directeur unique connu du droit français qui est nommé si le directoire ne comporte qu'un seul membre. L'implantation de ces organes étrangers au sein de la direction des sociétés du droit OHADA constitue une atteinte à l'ordre public sociétaire dont ces sociétés relèvent.

857. Certes, la prescription de l'impossibilité d'implanter des organes non légaux au sein d'une direction sociale se justifie par la nécessité de respecter l'ordre public. Mais en considération des intérêts que cet ordre public protège, il faille relativiser la portée d'une telle prescription.

2. La portée du rejet

858. À travers leur avis²¹⁶⁴ au regard du poste de vice-président, les juges de la CCJA ont soutenu la thèse de la rigidité du statut des organes de l'exécutif de la société anonyme. Cette thèse condamne toute initiative d'aménagement conventionnel de l'organigramme de l'exécutif en général et celui de la direction en particulier. Or, l'ordre public que les juges défendent ne tend pas protéger l'intérêt général mais des intérêts privés. La prise en compte de ces intérêts pouvait conduire les juges à relativiser leur avis. Cet avis pouvait tenir compte du fonctionnement externe de l'exécutif et de son fonctionnement interne.

859. A notre avis, dans Le cadre du fonctionnement externe du conseil d'administration, l'avis des juges se justifie, car le vice-président ne pourrait disposer pas de pouvoir légal pour engager la société dans les domaines qui relèvent de la prérogative du conseil d'administration. Ce pouvoir appartient au président qui ne peut le transférer qu'à un autre organe légal. Il faut relever que le domaine d'intervention du président *es qualité* ne se confond pas avec celui des dirigeants. Le président peut dans le cadre de sa fonction engager la société en constituant son cabinet par le recrutement de ressources humaines et éventuellement en constituant avec ses pairs des comités destinés à les appuyer dans le cadre de leur fonction de contrôle sur les actes des dirigeants. Ces attributions ne peuvent être confiées au vice-président.

²¹⁶⁴ CCJA, avis n° 002/2000/EP, 26 avril 2000, préc.

860. En revanche, dans le cadre du fonctionnement interne, les membres du conseil d'administration peuvent aménager son fonctionnement en nommant un vice-président pour assister le président. Le vice-président peut suppléer le président en son absence. Il peut convoquer le conseil d'administration de même que l'assemblée générale et les présider lorsque le président est absent. Comme le président, il peut organiser et diriger les travaux du conseil, veiller au bon fonctionnement des organes de la société et s'assurer, en particulier, que les administrateurs sont en mesure de remplir leur mission. Ces fonctions sont remplies par le vice-président lorsque le président est malade, ou éloigné de la société pour des raisons de voyage²¹⁶⁵ ou empêché par d'autres fonctions lorsqu'il en cumule plusieurs.

861. Certes, le législateur de l'OHADA a pris des précautions pour pallier les empêchements temporaires du président-directeur général par la délégation de ses pouvoirs à un administrateur délégué mais a gardé le silence lorsque la fonction de président du conseil d'administration n'est pas cumulée avec la fonction de directeur général. Cette dernière hypothèse est envisagée par le droit français des sociétés²¹⁶⁶ et des auteurs se sont interrogés sur l'étendue des pouvoirs de cet administrateur délégué²¹⁶⁷. En droit de l'OHADA, l'article 468 de l'AUSCGIE prévoit la suppléance du président-directeur général empêché par un administrateur délégué en des termes suivants : « *en cas d'empêchement temporaire du président-directeur général, le conseil d'administration peut déléguer un autre administrateur dans les fonctions de président-directeur général. En cas de décès, de démission ou de révocation du président-directeur général, le conseil nomme un nouveau président-directeur général ou délègue un administrateur dans les fonctions de président-directeur général* ». On en déduit que lorsque la fonction du président est cumulée avec la fonction de directeur général, l'administrateur délégué disposera des prérogatives de président-directeur général. Ce cumul de fonctions de l'administrateur délégué nécessite que sa nomination soit publiée pour informer les tiers. En revanche, lorsque le président n'est pas directeur général, l'administrateur délégué ne pourra disposer que des attributions propres du président du conseil d'administration²¹⁶⁸. Dans ce cas, la publication semble facultative, car l'administrateur délégué n'inscrit pas ses fonctions dans un rapport avec les tiers. Dans ces circonstances, un vice-président peut être nommé mais sa fonction ne peut se limiter qu'à la suppléance du président dans ses pouvoirs propres.

862. Ainsi, pour faire fonctionner l'exécutif social en l'absence du président-directeur général, les administrateurs peuvent nommer un vice-président à titre de suppléant au président-directeur général dans ses attributions de président et nommer des directeurs généraux adjoints à titre de suppléants du président-directeur général dans ses attributions de directeur général. Cette nomination d'un vice-président permet de résoudre automatiquement la vacance du pouvoir du président en cas d'empêchement temporaire, de démission ou de décès prématuré de celui-ci. S'il en est ainsi, le conseil d'administration n'est plus contraint de nommer un

²¹⁶⁵ B. SAINTOUREINS, *Président du conseil d'administration*, *Rép. sociétés* 2003, n° 37.

²¹⁶⁶ Art. L. 225-50 du Code de commerce (ancien article 112 de la loi n° 66-537 du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales).

²¹⁶⁷ A. COURET et J.-B. DUCHATEAU, *Quels pouvoirs pour l'administrateur délégué ?*, *Bull. Joly Sociétés* 2010, n° 2, § 45, p. 206. – V. aussi, A. VIANDIER, *L'administration déléguée : une solution ?*, *Dalloz affaires* 1996, n° 11, p. 311.

²¹⁶⁸ *Ibid*, n° 3.

administrateur délégué. L'utilité de la nomination préventive d'un vice-président se ressent, lorsqu'à la suite de ces événements parfois imprévisibles qui empêchent provisoirement ou définitivement le président, les membres du conseil n'ont pu aussitôt atteint le quorum exigé pour délibérer ou lorsque la société est confrontée à une crise au sein du conseil empêchant la convergence des voix sur la personne de l'administrateur délégué.

863. La nomination d'un vice-président du conseil d'administration peut contribuer à l'amélioration structurelle du conseil d'administration. Des réflexions sont menées au niveau de la Commission européenne au sujet de l'instauration des contre-pouvoirs qui permettraient au conseil d'administration d'agir indépendamment du management telle que la nomination d'un vice-président²¹⁶⁹. Egalement, pour le professeur GUYON, « *rien ne fait obstacle à la désignation d'un vice-président du conseil d'administration, alors pourtant que la loi prévoit seulement un vice-président du conseil de surveillance...* »²¹⁷⁰. Il convient avec M. GOURLAY que les statuts peuvent confier au vice-président la pouvoir de convoquer le conseil d'administration et de le présider en l'absence du président²¹⁷¹. Il relativise son opinion en soulignant que le vice-président ne peut représenter la société ou se voir confier, en cette qualité, des fonctions de direction générale en cas de décès ou d'empêchement du président²¹⁷². Afin d'éviter toute ambiguïté, il relève le fait que certains statuts utilisent l'expression « *vice-président, non exécutif* » pour souligner que le vice-président n'a aucun pouvoir de direction²¹⁷³.

864. Il apparaît donc que l'aménagement structurel de l'exécutif de la société anonyme par la nomination d'un vice-président n'est pas impérativement condamnable. Il suffit que ses attributions ne s'inscrivent pas dans celles qui sont non-détachables de la qualité des organes légaux. Lorsque les attributions sont détachables, elles peuvent être conférées à un organe non légal sans heurter l'ordre public sociétaire. Il en serait de même pour les organes de directions dont l'aménagement doit se conformer à l'ordre public sociétaire. Dans le cas contraire, les demandes d'enregistrement des organes non légaux seront rejetées par le greffier.

B. Le rejet par le greffier

865. Le greffier est un organe chargé de la tenue du RCCM. Il est le vérificateur légal du contenu des statuts. C'est « *...une pièce maîtresse, tour de contrôle, vigile ou garde-chiourme du droit (...) des sociétés* »²¹⁷⁴. Toutes les sociétés immatriculées ou en attente de l'être soumettent obligatoirement le contenu de leurs statuts au greffier qui en vérifie le contenu accompagné d'une déclaration de conformité²¹⁷⁵ avant de donner le quitus de l'immatriculation. En droit français, à la faveur de la loi Madelin du 11 février 1994 et plus précisément en son

²¹⁶⁹ A. BEBE EPALE, *L'administrateur inerte*, préc., p. 7.

²¹⁷⁰ Y. GUYON, *Traité des contrats (sous dir. J. GHESTIN), Les sociétés (Aménagements statutaires et conventions entre associés)*, op. cit., p. 240.

²¹⁷¹ G. GOURLAY, *Le conseil d'administration de la société anonyme*, n° 211, cité par Y. GUYON, *Traité des contrats (sous dir. J. GHESTIN), Les sociétés (Aménagements statutaires et conventions entre associés)*, op. cit., n° 150.

²¹⁷² Y. GUYON, *Traité des contrats (sous dir. J. GHESTIN), Les sociétés (Aménagements statutaires et conventions entre associés)*, op. cit., n° 150.

²¹⁷³ *Ibid*, n° 150.

²¹⁷⁴ G. BARANGER, *Du bon usage du greffe*, Bull. Joly Sociétés, 01 février 1997 n° 2, § 37, p. 103.

²¹⁷⁵ V. art. 73 de l'AUSCGIE.

article 18, « on a préféré supprimer totalement la déclaration de conformité en s'en remettant entièrement au greffier du tribunal compétent pour procéder aux vérifications nécessaires »²¹⁷⁶, sauf en cas de fusion ou scission²¹⁷⁷. La vérification s'impose également en cours de vie sociale lorsque des modifications apportées aux statuts doivent être portées à la connaissance des tiers. Lorsque les mentions des statuts ne respectent pas la loi, le greffier a le pouvoir de rejeter la demande d'immatriculation ou de publication de mentions modificatives. Les demandeurs déboutés de leur demande par le greffier peuvent porter le contentieux de l'immatriculation devant le juge chargé de la surveillance du RCCM. Lorsque les mentions des statuts ne respectent pas l'ordre public sociétaire, le juge confirme le rejet du greffier. Au nombre des mentions des statuts, les organes de direction peuvent entraîner un rejet de la demande d'immatriculation de la société ou de modification de ses statuts, s'ils ne sont pas conformes à la loi (1). Leur contrariété à la loi présage le sens de la décision du juge chargé de la surveillance du RCCM si le contentieux lui est soumis (2).

1. Le rejet à la création de la société ou en cours de vie sociale

866. En application de l'article 46 de l'Acte uniforme relatif au droit commercial général (AUDCG) « les personnes morales soumises par des dispositions légales à l'immatriculation doivent demander leur immatriculation dans le mois de leur constitution, auprès du greffe de la juridiction compétente ou de l'organe compétent dans l'Etat Partie dans le ressort duquel est situé leur siège social ou leur principal établissement ». Au nombre des mentions du formulaire devant être joint à la demande d'immatriculation doivent figurer les nom, prénoms, date et lieu de naissance, et domicile des dirigeants de la société. L'article 47 de l'AUDCG précise certaines pièces justificatives à joindre à cette demande dont la liste certifiée conforme des dirigeants de la société. Si en cours de vie sociale, la situation de l'assujetti subit ultérieurement des modifications qui exigent la rectification ou le complément des énonciations portées au RCCM, il doit formuler, dans les trente jours de cette modification, une demande de rectification ou de mention complémentaire²¹⁷⁸. Au sujet du délai d'inscription du dossier au RCCM par le greffier après la réception de la demande, l'article 50 de l'AUDCG prévoit un délai de trois mois. Par contre, en droit français, si le dossier est complet, le greffier doit procéder à l'inscription dans le délai franc d'un jour ouvrable après réception de la demande²¹⁷⁹. Si le dossier est complexe, le délai est porté à cinq jours ouvrables après la réception²¹⁸⁰. Un auteur affirme même que, « à défaut de réponse du greffier l'immatriculation est réputée acquise à l'expiration de ce délai »²¹⁸¹.

867. Les informations exigées dans le cadre de l'immatriculation au sujet des dirigeants se situent à deux niveaux : l'identité complète des dirigeants et la liste des dirigeants.

²¹⁷⁶ J.-P. BOUERE et P. LE CANNU, *La loi Madelin du 11 février 1994 et le droit des sociétés*, Bull. Joly Sociétés, 01 mars 1994 n° 3, § 61, p. 237, spéc. n° 18.

²¹⁷⁷ J.-F. BARBIERI, *Les apports de la loi Madelin (L. n° 94-126 DU 11 février 1994) au droit des sociétés*, Petites affiches, 22 juin 1994 n° 74, spéc. n° 7.

²¹⁷⁸ Art. 52 de l'AUDCG

²¹⁷⁹ Art. R. 132-97 al. 1^{er} du Code de commerce.

²¹⁸⁰ Art. R. 123-97 al. 3 du Code de commerce.

²¹⁸¹ D. VIDAL, *Droit des sociétés*, 4^e éd., LGDJ, 2003, n° 313, p. 150.

Le contrôle de l'identité des dirigeants par le greffier lui permet de vérifier la capacité juridique du dirigeant, la légalité de son futur mandat et sa personnalité. D'une part, la vérification de la capacité juridique permet de rejeter la demande, lorsque le dirigeant est sous le coup d'une interdiction de diriger²¹⁸² ou lorsque son état est affecté d'une incapacité lui empêchant de pouvoir diriger la société²¹⁸³. D'autre part, la vérification de la légalité du futur mandat permet de rejeter la demande, si le dirigeant mentionné avait déjà atteint la limite légale des mandats devant être cumulés²¹⁸⁴. Enfin, la vérification de la personnalité du dirigeant permet de rejeter la demande, lorsque l'animation de l'organe de direction ne peut être confiée qu'à une personne physique alors que le dirigeant proposé est une personne morale²¹⁸⁵. Ces contrôles portent exclusivement sur la personne qui sera chargée d'animer l'organe de direction.

868. En revanche, la liste des dirigeants exigée lors de l'immatriculation permet de vérifier la légalité des organes de direction envisagés par les statuts. La vérification porte sur le mode de direction en fonction de la forme sociale choisie. La validation de cette liste dépend de son contenu. En effet, lorsque la liste comporte un organe non légal, le rejet de la demande est systématique. Sur un second plan, la prévision d'organes légaux ne suffit pas pour faire valider la liste. Encore faut-il que ces organes concordent avec la forme sociale choisie. Cela étant, lorsque sur la liste des dirigeants des SNC ou SARL figurent soit, un directeur général avec des adjoints, soit un administrateur général avec des adjoints, soit un président-directeur général, elle est systématiquement rejetée. Car, bien que ces organes soient prévus par l'AUSCGIE, ils ne sont pas destinés à diriger des SNC ou SARL mais des sociétés anonymes. La liste ne peut être validée que si elle comporte des gérants. En revanche, si la liste est présentée dans le cadre d'une société anonyme à immatriculer, elle est exposée au rejet lorsqu'elle comporte des gérants. Aussi, la mention d'un administrateur général avec des adjoints sur la liste des dirigeants d'une société anonyme à conseil d'administration expose-t-elle cette liste au rejet du greffier. En sens inverse, la prévision d'un président-directeur ou d'un directeur général sur la liste des dirigeants d'une société anonyme avec administrateur général entraîne une invalidation de cette liste. Le même sort est réservé à une liste comportant un vice-président, un directeur général délégué, un directeur unique indépendamment des formes sociales. Les listes ne peuvent être validées que lorsqu'après le rejet, elles ont été rectifiées conformément à la forme sociale choisie.

²¹⁸² Eu égard à l'article 43 de l'AUDCG, au nombre des informations transcrites d'office au Registre du Commerce et du Crédit Mobilier figurent les décisions intervenues dans les procédures individuelles de faillite ou dans les procédures collectives d'apurement du passif. Lorsque le dirigeant proposé demeure encore sous le coup d'une interdiction de gérer issue de sa faillite personnelle, le greffier conditionnera l'immatriculation à l'élimination de ce dirigeant ou à son changement.

²¹⁸³ Les déclarations d'inscription modificatives visant à déclarer les décisions définitives plaçant un majeur sous tutelle ou sous curatelle au sens de l'article 440 du Code civil et celles qui en donnent mainlevée ou qui les rapportent, doivent être déclarées au RCS par voie de demande d'inscription modificative. Au nombre de ceux qui sont soumis à cette déclaration figurent les dirigeants : V. DOUCEDE et P. ETAIN, *Actualité des avis du Comité de coordination du registre du commerce et des sociétés*, Bull. Joly Sociétés, 01 janvier 2013, n° 1, § 16, p. 84. A partir de ces informations, le greffier peut rejeter le dossier si le dirigeant n'a pas les facultés pour exercer sa fonction.

²¹⁸⁴ V. *supra* n° 581 s.

²¹⁸⁵ V. *infra* n° 919 s.

869. Il faut relever que le greffier s'assure, sous sa responsabilité, que les demandes et les déclarations sont complètes et vérifie la conformité de leurs énonciations aux pièces justificatives produites²¹⁸⁶. Il s'expose à des sanctions, s'il agrée une demande d'immatriculation ou de mentions modificatives non conformes à la loi. Ce spectre de sanction contraint le greffier à une rigueur dans sa mission de vérificateur légal. Il reste que le greffier n'est pas armé juridiquement pour un contrôle préventif approfondi²¹⁸⁷. Mis à part les autres pièces soumises à sa vérification, la contrariété de la liste des organes dirigeants à la loi suffit au greffier pour rejeter la demande d'immatriculation ou de publication des modifications apportées aux statuts. L'aménagement conventionnel du statut des dirigeants ne saurait aboutir lorsque ses termes violent la loi. En présence d'un rejet, les demandeurs concernés peuvent toujours saisir le juge chargé de la surveillance du registre.

2. L'approbation certaine du rejet par le juge chargé de la surveillance du registre

870. L'article 66 de l'AUDCG soumet le greffier à l'obligation de motiver sa décision et de la notifier à la partie intéressée. Cette décision est susceptible de recours dans le délai de quinze jours à compter de sa notification. Le recours contre la décision du greffier est fait devant la juridiction compétente ou l'autorité compétente dans l'Etat Partie statuant à bref délai. La décision de la juridiction compétente ou de l'autorité compétente dans l'Etat Partie est susceptible de recours, dans un délai de quinze jours à compter de la date de son prononcé, devant la juridiction de recours compétente statuant de la même manière. En réalité, le recours est porté devant le président de la juridiction sous la surveillance de laquelle le RCCM est tenu par le greffier²¹⁸⁸. Il s'agit évidemment du président de la juridiction ayant en charge les affaires commerciales – soit le président du tribunal de commerce ou président de la chambre commerciale du tribunal selon la législation des Etats Parties –.

871. Saisi par requête, le président du tribunal va statuer par ordonnance mais il peut, s'il le souhaite, renvoyer l'affaire devant le tribunal²¹⁸⁹. Il n'est investi d'aucun pouvoir d'appréciation au fond quant à la validité des actes qui lui sont soumis²¹⁹⁰. Sa décision est exécutoire sur minute et notifiée au requérant par lettre avec accusé de réception. La lettre de notification de l'ordonnance devra indiquer, de manière très précise, la procédure à suivre dans le cas où son destinataire souhaiterait former un recours ; à défaut, la notification pourra être annulée²¹⁹¹. Deux solutions sont alors envisageables. Soit la décision autorise l'immatriculation ou l'inscription et dans ce cas, le greffier compétent se doit de formaliser le dossier. Soit elle refuse la formalité et confirme le rejet. Dans ce dernier cas, deux solutions sont envisageables, soit l'assujettit « *courbe l'échine* » et régularise le dossier, soit il

²¹⁸⁶ Art. 66 de l'AUDCG. V. en droit français, P. LE CANNU, « *Le décret n° 84-406 du 30 mai 1984 relatif au registre du commerce et des sociétés : un peu plus qu'une remise en ordre* », *Petites Affiches*, 11 septembre 1984, n° 104. Selon l'art. 30 du décret de 1984, « *le greffier, sous sa responsabilité, s'assure de la régularité de la demande. Il vérifie que les énonciations sont conformes aux dispositions législatives et réglementaires, correspondent aux pièces justificatives et actes déposés en annexe et sont compatibles, dans le cas d'une demande de modification ou de radiation, avec l'état du dossier* ».

²¹⁸⁷ Y. GUYON, *Droit des affaires, (Droit commercial et sociétés), préc.*, n° 148, p. 158.

²¹⁸⁸ Art. 36 de l'AUDCG.

²¹⁸⁹ M. F. COUTANT, *Du contrôle du tribunal de commerce en cas de constitution ou de modification statutaire des sociétés commerciales, Dr. sociétés*, oct. 1996, chron. 13, p. 3.

²¹⁹⁰ Cass. com., 29 avr. 1997, *RJ com.* 1998, p. 273, note J. VALLANSSAN.

²¹⁹¹ V. M. F. COUTANT, *Essai d'une théorie générale des nullités en procédure civile pénal et administrative*, thèse Aix, 1996.

souhaite faire appel de la décision. Le recours est formé, instruit et jugé comme en matière gracieuse. Dans ce cas, la demande de recours devra être adressée au greffe de la juridiction dont dépend le président qui a rendu la première ordonnance. Elle devra être motivée et demander clairement la rétractation de la première ordonnance. Pratiquement, le magistrat la confirmera, bien qu'il ne soit pas obligé de le faire, et le greffier se devra d'adresser l'entier dossier à la cour d'appel territorialement compétent²¹⁹².

872. Un arrêt du 25 septembre 2003 de la Cour d'appel de Lyon en est une parfaite illustration²¹⁹³. Le directeur général d'une société anonyme, la SA Stores Roches, avait demandé à ce que soient mentionnées au registre du commerce et des sociétés (RCS) du Tribunal de commerce de Lyon, sa qualité de directeur général et celles de président du conseil d'administration et de directeur général délégué d'une autre personne physique. Le greffier du Tribunal de commerce de Lyon, chargé de s'assurer de la régularité de la demande aux dispositions législatives et réglementaires, avait refusé de procéder à l'inscription. Le juge délégué à la surveillance du RCS, compétent en cas de contestation, avait rejeté cette demande par une ordonnance du 7 mars 2003. Puis, par une seconde ordonnance du 28 mars 2003, il avait transmis l'affaire à la Cour d'appel de Lyon. Celle-ci, statuant en matière gracieuse, devait déterminer si une même personne physique pouvait cumuler les fonctions de président du conseil d'administration et de directeur général délégué. Elle avait confirmé l'ordonnance du juge chargé de la surveillance du registre du commerce des sociétés en des termes suivants : « *Attendu que le directeur général délégué (...) subordonné au directeur général (...) exerce par délégation des prérogatives du directeur général et dispose, selon l'article L. 225-56, II, du code de commerce, à l'égard des tiers, des mêmes pouvoirs que le directeur général ; qu'il ne peut donc être également le président du conseil d'administration lorsque le conseil d'administration a opté pour une direction générale dissociée impliquant l'exercice séparé des fonctions de direction générale par une personne physique autre que celle exerçant les fonctions de représentation du conseil d'administration ; que confier à une personne physique qui exerce par ailleurs les fonctions de président du conseil d'administration, des attributions de directeur général délégué, contredit l'article L. 225-51-1 du code de commerce ; que l'interdiction édictée par l'article L. 225-51-1 du code de commerce vaut pour le directeur général comme pour le directeur général délégué qui est une émanation du directeur général* ».

873. Cet arrêt pose le principe du non-cumul de la fonction de président de conseil d'administration avec la fonction de directeur général délégué. La prohibition de ce cumul justifie le rejet de la demande de transcription y relative par le greffier approuvé non seulement par le tribunal mais aussi par la Cour d'appel. Cette décision semble en fait constituer une illustration de l'influence persistante de l'arrêt *Motte* de 1946 qui a posé les principes de séparation des pouvoirs et de hiérarchie des organes sociaux²¹⁹⁴. Elle vient mettre un terme au débat doctrinal

²¹⁹² M. F. COUTANT, *Du contrôle du tribunal de commerce en cas de constitution ou de modification statutaire des sociétés commerciales*, préc., p. 3.

²¹⁹³ CA Lyon, 3^e ch, 25 sept. 2003, *Georgen*, *Rev. sociétés* 2005, p. 881, note P.-H. CONAC.

²¹⁹⁴ Cass. civ. 4 juin 1946, *JCP* 1946, II, 3518, note BASTIAN.

sur l'admission ou non d'un tel cumul²¹⁹⁵. La transposition de l'interdiction de ce cumul en droit OHADA donne lieu à l'exclusion du cumul de la fonction de président du conseil d'administration avec la fonction de directeur général adjoint dont le correspondant en droit français est le directeur général délégué²¹⁹⁶.

874. En fin de compte, le recours contre la décision du greffier ne garantit pas une admission du dossier d'immatriculation ou de mentions modificatives par le président du tribunal chargé de la surveillance du RCCM. Dès lors que la liste des organes dirigeants envisagés ne respecte pas la loi, elle est condamnée au rejet même en appel. Il appartient aux dirigeants de la société constituée qui demandent son immatriculation et aux dirigeants de la société immatriculée qui demandent une inscription modificative de régulariser le dossier. Au sujet de la liste certifiée des dirigeants ou du changement d'organe, les demandeurs doivent envisager des organes concordants avec la forme sociale choisie et éviter des organes étrangers à l'AUSCGIE. Par contre, indépendamment de toute demande d'immatriculation ou d'inscription de mentions modificatives, des structures parallèles à la direction peuvent être implantées dès lors qu'elles respectent l'ordre public sociétaire.

§ 2. L'admission des adjonctions respectant l'ordre public sociétaire

875. L'aménagement conventionnel de l'organigramme de la direction à travers l'adjonction d'organes non légaux ne peut aboutir que lorsqu'il respecte l'ordre public sociétaire. L'adjonction doit éviter une concurrence des dirigeants par des organes privés sur le terrain de leur pouvoir de représentation. Le pouvoir de représentation est l'élément déterminant qui permet de distinguer les dirigeants sociaux des autres organes de la société²¹⁹⁷. Un organe privé doté de cette prérogative devient un dirigeant de fait de la société. Non seulement, il porte atteinte à l'ordre public sociétaire mais aussi concurrence de fait les dirigeants sociaux dans leur fonction, hormis le cas des délégations de pouvoirs par les dirigeants²¹⁹⁸. L'admission des organes *ad hoc* n'est possible qu'à condition une double condition. Ces organes doivent être privés de pouvoirs de représentation (A) et avoir un rapport strictement régulé avec les organes légaux (B).

A. L'institution possible d'organes non dotés de pouvoirs de représentation

876. Dans la dynamique de concilier le respect de l'ordre public sociétaire avec la nécessité d'avoir des organes d'appui, l'exécutif peut être élargi à d'autres organes non dotés de pouvoir de représentation. Il peut être institué au sein de l'exécutif une variété de comités spécialisés (1) ainsi que des dirigeants honoraires (2).

²¹⁹⁵ M. Pierre Henri CONAC avait pris parti en 2001 contre la possibilité de ce cumul (P.-H. CONAC, *La dissociation des fonctions de président du conseil d'administration et de directeur général des sociétés anonymes selon la loi relative aux nouvelles régulations économiques*, Droit 21, 2001, ER 052 Copyright Transactive 2000-2001, n° 60). D'autres auteurs, s'appuyant sur une interprétation littérale de l'article L. 225-51-1 du code de commerce notaient que la loi ne l'excluait pas (*Mémento Sociétés Commerciales*, 2003, éd. Fr. Lefebvre, n° 8796). Une première réponse avait été apportée en mars 2002 par l'ANSA, qui avait exclu la possibilité d'un tel cumul (Bulletin ANSA, *Un président dissocié peut-il être nommé directeur général délégué ?*, Comité juridique du 6 mars 2002, n° 3131). Puis, le ministère de la Justice, en réponse à une demande du comité de coordination des RCS, avait estimé en 2003 que « *Si ce cumul ne semble pas expressément proscrire par les textes, il paraît contraire à l'intention du législateur ainsi qu'aux dispositions combinées des articles du code de commerce relatifs à la présidence du conseil d'administration et à la direction générale, et aboutit à une configuration des organes dirigeants qui remet en cause leur efficacité* ».

²¹⁹⁶ Auparavant, le directeur général délégué portait le titre de directeur général adjoint en droit français. V. OLLIER, *Le directeur général adjoint de la société anonyme*, RTD com. 1961, p. 553.

²¹⁹⁷ V. *supra* n° 13 s.

²¹⁹⁸ Au sujet de la délégation des pouvoirs, v. *supra* n° 613 s.

1. L'institution d'une variété de comités spécialisés

877. Plusieurs comités spécialisés peuvent être institués au sein de l'exécutif social. Il peut s'agir d'un comité d'études, un comité d'audit, un comité de sélection, un comité des rémunérations, un comité d'éthique. L'institution de ces comités est fréquente auprès des dirigeants des sociétés cotées (a) mais ignorée au auprès des dirigeants des sociétés non cotées (b).

a. Une fréquence auprès des dirigeants des sociétés cotées

878. La société anonyme est un symbole du capitalisme²¹⁹⁹. Elle est conçue au 19^e siècle comme une technique permettant de drainer l'épargne publique. Cette épargne est davantage considérable lors que la société fait appel public à l'épargne ou est cotée. La nécessité de sécuriser cette épargne s'est accrue à la suite des nombreux scandales financiers. Elle marque la limite des organes classiques tant internes²²⁰⁰ qu'externes²²⁰¹ dans la protection des intérêts financiers. Cette limite a donné lieu à la nécessité de renforcer les structures administratives des sociétés anonymes pour une bonne gouvernance. C'est ainsi qu'en fonction des besoins, l'exécutif est contraint de s'ouvrir à des comités spécialisés. Au chapitre de ces comités figurent notamment les comités d'études, les comités d'audit, les comités de sélection, les comités des rémunérations, les comités d'éthique pour garantir la transparence dans la prise des décisions. L'institution de ces comités ne porte pas atteinte à l'ordre public sociétaire, car leurs attributions sont purement consultatives²²⁰². Au contraire, elles ont le pouvoir d'influencer les décisions des dirigeants vers une bonne gouvernance.

879. En effet, le comité d'études est un organe « créé à la discrétion du conseil d'administration (qui fixe la composition et les attributions) et chargé, sous la responsabilité du conseil, d'étudier pour avis les questions qui lui sont soumises par le conseil ou son président »²²⁰³. Ce comité sous le nom « de comité d'études et de direction » était déjà envisagée expressément par l'article 2 d'une loi française du 16 novembre 1940 modifiée et

²¹⁹⁹ G. RIPERT, *Aspects juridiques du capitalisme moderne, op. cit.*, n° 46, p. 109.

²²⁰⁰ Les organes internes sont, en fonction de la forme sociale, le conseil d'administration, l'assemblée générale et les associés pris individuellement chacun détenant une parcelle de pouvoir de contrôle sur les actes des dirigeants.

²²⁰¹ Les organes externes sont le commissaire aux comptes et les organes chargés de réguler les marchés financiers. En France, l'AMF (Autorité des marchés financiers), issue de la fusion de la COB (Commission des Opérations Boursières), du CMF (Conseil des Marchés Financiers) et du CDGF (Conseil de Discipline de la Gestion Financière) est devenue le seul organe régulateur des marchés financiers. Elle est instaurée par la loi n°2003-706 du 1^{er} août 2003 complétée par le décret n°2003-1109 du 21 novembre 2003 (modifié par le décret n°2005-131 du 14 février 2005). Elle collabore avec l'Autorité de contrôle prudentiel (ACP), créée en janvier 2010. Au sein de l'espace de l'OHADA, la dénomination des organes externes diffère en fonction des zones économiques même si leur fonction est identique. Les Etats membres de l'OHADA provenant de l'Afrique de l'Ouest ont institué le Conseil Régional de l'Épargne Publique et des Marchés Financiers (CREPMF) pour la zone UEMOA (Union Economique Monétaire Ouest Africain) le 03 juillet 1990 à Dakar par décision des ministres de l'Union Monétaire Ouest Africain (UEMOA). La majorité des Etats provenant de l'Afrique centrale ont institué la Commission de Surveillance du Marché Financier (COSUMAF) le 08 décembre 2001 par Acte additionnel n°03/01-CEMAC-CE-03 de la Conférence des Chefs d'Etats de la CEMAC. Ce texte est complété par le Règlement n° 06/03-CEMAC6UMAC du comité ministériel de l'Union Monétaire de l'Afrique Centrale (UMAC) en date du 11 novembre 2003 portant organisation, fonctionnement et surveillance du marché financier de l'Afrique centrale. Pour des réflexions plus approfondies sur la question, V. D. KEUFFI, *La régulation des marchés financiers dans l'espace OHADA*, thèse Strasbourg, préf. M. STORCK, L'HARMATTAN, 2010, n° 12 et s., p. 33 et s. L'auteur qualifie ces organes externes d'autorités indépendantes.

²²⁰² Cass. com. 4 juill. 1995, *JCP* 1995, II, 22560, note Y. GUYON.

²²⁰³ G. CORNU, *Vocabulaire juridique, op. cit.*, p. 162.

remaniée par une loi du 4 mars 1943²²⁰⁴, mais il est finalement passé sous silence dans la loi française du 24 juillet 1966. Mais l'article 90 du décret du 23 mars 1987 permet en France au conseil d'administration de constituer des commissions ou des comités dont il détermine la composition. Le conseil peut discrétionnairement le créer. En ce qui concerne le comité de sélection, l'idée qui conduit à sa mise en place est que des personnalités indépendantes et ayant la compétence requise doivent être sélectionnées pour assurer des fonctions dirigeantes et ce indépendamment de la direction en place²²⁰⁵. A côté, le comité des rémunérations est en charge des rémunérations, des divers avantages annexes et des stock-options de principaux dirigeants. Il propose des rémunérations objectives en prenant en compte l'activité du dirigeant et les possibilités financières de la société. Il doit approuver les contrats de service des *executive directors*²²⁰⁶. Le conseil peut aussi créer un comité d'éthique. Ce comité a été, comme le relève le professeur COURET, « ...retenu dans l'organigramme de la Lyonnaise des eaux. Il est présenté comme le gardien de la réputation du groupe »²²⁰⁷.

880. Egalement, le conseil d'administration peut nommer un comité d'audit dont l'importance a donné lieu à une littérature abondante²²⁰⁸. Ce comité est « ...une pièce essentielle dans l'exercice de la mission de contrôle. Un tel comité aura une fonction de recrutement essentielle : à lui de choisir les auditeurs et d'apprécier avec eux le résultat des opérations de contrôle... le comité veille à la clarté et à la sincérité des comptes ; il est une pièce maîtresse de la qualité de l'information financière »²²⁰⁹.

En France, ce comité est, par principe, institué auprès des dirigeants des entités d'intérêt public (EIP). Ces entités sont des sociétés dont les titres sont admis à la négociation sur un marché réglementé, les établissements de crédit, les entreprises d'assurance et de réassurance, les mutuelles et les institutions de prévoyance²²¹⁰. Cette institution permet d'améliorer la liaison entre les commissaires aux comptes et la direction. Les rapports VIENOT (juillet 1995 et juillet 1999), BOUTON (23 septembre 2002) l'avaient recommandé au

²²⁰⁴ D. BASTIAN, *La réforme du droit des sociétés par la loi du 4 mars 1943*, préc., n° 28 ; J. PERCEROU, *Loi du 4 mars 1943 relative aux sociétés par actions (J.O. 6 mars ; R., J.O. 26 mars)*, D. 1943, p. 61.

²²⁰⁵ A. COURET, *Le gouvernement d'entreprise, la corporate governance*, op. cit., p. 166

²²⁰⁶ E. SCHOLASTIQUE, *Le devoir de diligence des administrateurs de sociétés. Droit français et anglais*, op. cit., n° 759.

²²⁰⁷ *Ibid.* V. aussi, J. DELGA, *Ethique, éthique d'entreprise, éthique du gouvernement d'entreprise*, D. 1999, chron. p. 397.

²²⁰⁸ V. not., C. GANAY d'INDY, L. ENGEL, *Les comités d'audit*, Bull. Joly Sociétés, 01 juillet 2003 n° 7, § 159, p. 723 ; M. LÉGER, *Comment créer l'audit du XXIe siècle ? Quelques pistes de réflexion...*, Petites affiches, 03 mars 2011 n° 44, p. 27 ; R. ROUTIER, *De nouvelles pistes pour la gouvernance ?*, Bull. Joly Sociétés, 01 juin 2003, n° 6, § 129, p. 611 ; J.-F. BARBIERI, *Éclairage. Les « comités spécialisés » : quelques interrogations pratiques*, Bull. Joly Sociétés, 01 février 2010, n° 2, p. 116 ; D. MANGENET, J.-Y. MARTIN et D. ROBINE, « Comités d'audit : une consécration entourée d'incertitudes », RD bancaire et fin., 2009, étude n° 33 ; Dr. sociétés, 2010, étude n° 2 ; E. SALUSTRO, *La pratique des comités d'audit en France*, Petites affiches, 07 mai 1997, n° 55, p. 8 ; A. ROBERT, *La proposition de directive du 16 mars 2004 au regard du droit français après la loi de sécurité financière (Le contrôle légal des comptes)*, Bulletin Joly Sociétés, 01 octobre 2004 n° 10, § 265, p. 1295 ; P.-H. CONAC, *L'avenir des réformes : les nouveaux organes*, Petites affiches, 02 août 2007 n° 154, p. 32 ; D. KLING, *Le rôle des auditeurs dans la mise en place d'un gouvernement d'entreprise*, Petites affiches, 12 février 2004 n° 31, p. 16 ; L. SAUCIER et D. BORDE, *Les membres du comité des comptes sont-ils responsables ?*, Bull. Joly Sociétés, 01 juin 2006 n° 6, p. 845 ; Ph. MERLE, *Les nouvelles responsabilités des comités d'audit*, Bull. Joly Sociétés, 01 février 2009 n° 2, § 43, p. 216 ; F. LEPLAT et P. PERILHAC, *Les réformes de l'audit (Situation en France et aux États-Unis)*, Petites affiches, 15 avril 2003, n° 75, p. 7 ; J. PRIEUR, Ph. d'ANCHALD, V. TANDEAU de MARSAC et P. XAVIER, « La responsabilité des membres des comités dans les sociétés par actions », Dr. sociétés, Actes pratiques, n° 56, mars-avr. 2001, p. 5.

²²⁰⁹ A. COURET, *Le gouvernement d'entreprise, la corporate governance*, préc., p. 166.

²²¹⁰ Ph. MERLE, *Les nouvelles responsabilités des comités d'audit*, préc., p. 216.

moment où la France était à la recherche d'un cadre légal pour ce comité²²¹¹ sous la pression de la *corporate governance*.

Aux Etats-Unis, les données en ce moment étaient différentes au sujet des comités d'audit, car les comités d'audit bénéficiaient déjà d'une réglementation au niveau fédéral et avaient les faveurs du législateur américain pour les doter de pouvoirs et de moyens propres²²¹². La loi *Sarbanes-Oxley* du 30 juillet 2002 impose un comité d'audit au sein du conseil d'administration²²¹³. Grâce à une ordonnance du 8 décembre 2008, le comité des comptes ou d'audit fut introduit à l'ordonnancement juridique français. Les comités d'audit sont dotés de compétences destinées à faire d'eux des garants de la sécurité financière²²¹⁴.

Dans l'espace OHADA, les comités d'audit n'ont bénéficié d'une réglementation claire qu'à la faveur de la révision récente de l'AUSCGIE le 30 janvier 2014. L'article 829-1 alinéa 1^{er} de l'AUSCGIE révisé rend obligatoire l'institution d'un comité d'audit dans la SA faisant appel public à l'épargne. L'alinéa 2 du même article interdit la désignation des salariés à titre de membres de ce comité pour éviter de faire dépendre d'eux la situation du dirigeant qui les emploie ou de noyer le contrôle en raison de leur subordination au dirigeant. Mais pour préserver l'indépendance du comité, cette disposition exclut la désignation d'un dirigeant à titre de membre de ce comité. Les comités sont composés d'administrateurs indépendants. Selon l'alinéa 3 du même article, le comité d'audit a plusieurs missions dont le pouvoir de procéder à l'examen des comptes, d'assurer le suivi du processus d'élaboration de l'information financière et d'émettre un avis sur les commissaires aux comptes proposés à la désignation par l'assemblée générale. Mais pour renforcer la prévention des crises financières, il est nécessaire de doter les comités d'audit d'une technicité informatique et financière accrue, d'accroître l'efficacité des techniques d'audit²²¹⁵. De plus, ses membres doivent être soumis à la pression des sanctions²²¹⁶ pour les contraindre à remplir loyalement leur fonction.

²²¹¹ V. C. GANAY d'INDY, L. ENGEL, *Les comités d'audit*, préc., p. 723 ; R. ROUTIER, *De nouvelles pistes pour la gouvernance ?*, préc., n° 13 ; P.-H. CONAC, *L'avenir des réformes : les nouveaux organes*, préc., p. 34 ; E. SALUSTRO, *La pratique des comités d'audit en France, Petites affiches*, préc., p. 9 ; A. COURET, « *La recherche d'un meilleur gouvernement des entreprises cotées : la contribution du rapport du groupe de travail présidé par D. Bouton* », *Bull. Joly Sociétés*, 2002, p. 1126, § 245.

²²¹² V. C. GANAY d'INDY, L. ENGEL, *Les comités d'audit*, *Bull. Joly Sociétés*, 01 juillet 2003 n° 7, § 159, p. 723.

²²¹³ *Sarbanes-Oxley Act* du 30 juillet 2002, Sect. 107 et Sect. 103. V. P. DESCHEEMAER, « *Nouvelle régulation internationale des sociétés cotées : les principales dispositions du Sarbanes-Oxley Act of 2002* », *Bull. Joly Sociétés*, 2003, p. 5, § 1.

²²¹⁴ V. L. SAUCIER et D. BORDE, *Les membres du comité des comptes sont-ils responsables ?*, préc., p. 845 ; F. LEPLAT et P. PERILHAC, *Les réformes de l'audit (Situation en France et aux États-Unis)*, préc., p. 7. Les missions dévolues au comité d'audit par le conseil d'administration ou de surveillance incluent généralement : l'examen des documents comptables et financiers (comptes annuels et semestriels, voire trimestriels de la société, principes et règles comptables appliqués, risques et engagements hors bilan significatifs, qualité des procédures permettant le respect des réglementations boursières) ; le contrôle externe de la société à travers la recommandation du choix des commissaires aux comptes et l'établissement d'une relation directe avec eux ; le contrôle interne par l'évaluation de celui-ci avec les personnes responsables au niveau du groupe. Il est également possible d'envisager, au-delà de ces fonctions classiques, d'autres missions plus larges, de conseil par exemple (études benchmark), définies de manière discrétionnaire par le conseil d'administration. Toutefois, le comité d'audit ne prend pas de décision. Aussi devra-t-il rendre compte au conseil de ses travaux, exprimer tout avis ou toute suggestion qui lui semblerait opportun et porter à sa connaissance tous les points qui lui paraissent soulever une difficulté ou appeler une décision du conseil d'administration.

²²¹⁵ M. LÉGER, *Comment créer l'audit du XXI^e siècle ? Quelques pistes de réflexion...*, *Petites affiches*, préc., p. 28.

881. L'extension de l'exécutif des sociétés cotées à ces comités permet d'assouplir le statut des dirigeants dans la perspective de le redynamiser. D'ailleurs, ces comités sont, comme l'a relevé un auteur, « ...la manifestation d'une volonté générale de moderniser la direction des entreprises (...) par l'amélioration de la relation des actionnaires et des dirigeants. Ils constituent des unités de réflexion et d'analyse permettant d'alléger la tâche dévolue aux organes légalement compétents, et d'assurer une plus grande transparence des décisions sociales et des comptes sociaux »²²¹⁷. La limitation de leur compétence à un rôle purement consultatif permet d'éviter une concurrence de la direction par ces comités. Ils sont institués dans une dynamique de complémentarité avec les organes dirigeants. Leur influence est prépondérante tant avant qu'après la nomination des dirigeants. Leurs avis peuvent influencer le sens du vote de nomination : lorsqu'ils peuvent déjouer les rémunérations excessives, ventiler des valeurs éthiques au sein de la direction, détecter des comptes infidèles, ou proposer la révocation d'un dirigeant indélicat. Ces comités sont par contre ignorés auprès des dirigeants des sociétés non cotées.

b. Une institution ignorée auprès des dirigeants de sociétés non cotées

882. Les sociétés non cotées suscitent moins d'intérêt pour les comités spécialisés. Elles ne drainent pas d'épargnes considérables devant nécessiter le déploiement des dispositifs considérables pour assurer leur protection. Ce ne sont pas des entités d'intérêt public²²¹⁸. L'impuissance de ces sociétés à produire de la richesse transparaît clairement à travers leur capital social minimum. La SNC peut être constituée avec un capital à zéro francs CFA, car leur constitution n'est soumise à aucun capital minimum légal. Quant à la SARL, elle peut être constituée avec un capital minimum de un million de FCFA²²¹⁹. L'AUSCGIE révisé permet même aux législateurs nationaux de prévoir un capital minimum inférieur à un million de FCFA²²²⁰. La société anonyme qui ne fait pas appel public à l'épargne peut être constituée avec un capital minimal de dix millions de FCFA²²²¹. Aucune de ces sociétés ne peut faire appel public à l'épargne, sauf la société anonyme avec conseil d'administration à condition qu'elle relève le montant de son capital minimum à cent millions²²²². Le poids insignifiant de ces sociétés dans le domaine de la finance a favorisé un désintérêt pour l'institution des comités spécialisés auprès de leurs dirigeants.

883. Néanmoins, il n'est pas exclu que l'exécutif de ces sociétés accueille des comités spécialisés. Malgré leur capital minimum insignifiant, certaines de ces sociétés peuvent avoir des chiffres d'affaires importants dignes d'être sécurisés et encouragés. A cet effet, le législateur a exigé la nomination d'un commissaire aux comptes dans une SNC si son chiffre d'affaires annuel est supérieur à 500 000 000 de FCFA²²²³ ainsi que dans une SARL

²²¹⁶ V. not., L. SAUCIER et D. BORDE, *Les membres du comité des comptes sont-ils responsables ?*, préc., p. 845 ; Ph. MERLE, *Les nouvelles responsabilités des comités d'audit*, préc., p. 216 ; J. PRIEUR, Ph. d'ANCHALD, V. TANDEAU de MARSAC et P. XAVIER, « *La responsabilité des membres des comités dans les sociétés par actions* » préc. p. 5.

²²¹⁷ L. BORNHAUSER-MITRANI, *La violation d'une clause statutaire*, *Petites affiches*, 08 avril 1998 n° 42, p. 14.

²²¹⁸ Au sujet de la notion d'entité d'intérêt public, V. *supra* n° 880.

²²¹⁹ Art. 311 de l'AUSCGIE.

²²²⁰ Selon l'art. 311 de l'AUSCGIE révisé, « *Sauf dispositions nationales contraires, le capital social doit être d'un million (1.000.000) de francs CFA au moins...* ».

²²²¹ Art. 387 al. 1^{er} de l'AUSCGIE.

²²²² Art. 824 de l'AUSCGIE.

²²²³ Art. 289-1 de l'AUSCGIE révisé.

dont le chiffre d'affaires annuel dépasse deux cent cinquante millions de FCFA²²²⁴. Dans les sociétés anonymes non cotées, la nomination d'un commissaire aux comptes avec un suppléant²²²⁵ est obligatoire sans qu'il soit nécessaire de la conditionner à un chiffre d'affaire minimum. Le législateur présume donc un chiffre d'affaire important pour les sociétés anonymes même non cotées.

Or, le recours aux comités spécialisés s'est justifié par la nécessité de renforcer le contrôle de la gouvernance des sociétés cotées, alors même que ces sociétés sont déjà dotées obligatoirement de deux commissaires aux comptes au moins avec autant de suppléants²²²⁶. Si, malgré ce renforcement du contrôle légal des sociétés cotées, il a urgé d'accroître ce contrôle par le recours aux comités spéciaux, la raison devient plus forte pour une introduction de ces comités dans l'exécutif des sociétés non cotées qui sont moins dotées en commissaire aux comptes pour sécuriser davantage leur chiffre d'affaire.

884. Ainsi donc, l'exécutif des sociétés non cotées peut s'ouvrir à ces comités spécialisés pour accroître la qualité de leur gouvernance. Chaque société décidera discrétionnairement de l'institution du comité qui lui convient. A l'image de la pratique dans les sociétés cotées²²²⁷, la compétence dans l'institution des comités spécialisée doit appartenir à l'organe dont relève la nomination des dirigeants. Dans la société anonyme avec conseil d'administration, l'institution de ces comités relève de la compétence du conseil d'administration. Par contre, dans la société anonyme avec administrateur général comme dans les SNC et SARL, la compétence de l'institution des comités appartient à l'assemblée générale. Au sujet de la composition de ces comités, une partie de ses membres peut provenir de l'organe des nominations et le reste peut être réservé à des tiers. L'introduction des comités au sein de l'exécutif des sociétés non cotées permet d'assouplir son organigramme administratif à l'image des expériences des sociétés cotées dans ce domaine. Il n'est pas exclu que le besoin de renforcer les structures directoriales conduise à une institution de dirigeants honoraires auprès de la direction.

2. L'institution de dirigeant honoraire

885. Les statuts peuvent prévoir un honorariat, auquel pourra accéder sur décision de l'assemblée générale, les anciens dirigeants de la société. Cette pratique est souvent utilisée à l'égard des membres du conseil d'administration retirés²²²⁸. Elle est inspirée du droit de la fonction publique et de certaines professions libérales et n'appelle aucune objection si le titre de dirigeant honoraire est une simple distinction, attribuée en reconnaissance des services rendus à la société²²²⁹. L'honorariat est alors conforme à sa vocation première qui est de maintenir un lien symbolique entre la société et ses anciens dirigeants. En principe, il ne confère aucun

²²²⁴ Art. 376-1 de l'AUSCGIE.

²²²⁵ Art. 702 al. 1^{er} de l'AUSCGIE.

²²²⁶ Art. 702 al. 2 de l'AUSCGIE.

²²²⁷ V. *supra* n° à 878-881.

²²²⁸ Y. GUYON, *Traité des contrats*, (sous dir. J. GHESTIN) *Les sociétés (Aménagements contractuels et conventions entre associés)*, *op. cit.*, n° 149.

²²²⁹ *Ibid.*

droit et ne s'accompagne d'aucune rémunération²²³⁰. Mais il peut arriver que le conseil d'administration alloue exceptionnellement des jetons de présence à ces dirigeants honoraires étant donné que ces jetons sont fixés globalement par l'assemblée générale et que le conseil d'administration peut attribuer une partie aux dirigeants honoraires²²³¹. Dans le contexte d'une nomination par l'AGO, il appartient à cet organe de décider d'allouer ou non une gratification au dirigeant honoraire. Le rapport du dirigeant honoraire avec les dirigeants en titre exclut tout lien de subordination et ne peut justifier une assimilation de ce dirigeant à un salarié²²³². Mais si le dirigeant honoraire s'immisce dans la direction, il s'expose au qualificatif de dirigeant de fait avec ses risques.

886. Ce statut de dirigeant honoraire peut déjà bénéficier à l'ancien président-directeur général si les statuts l'avaient envisagé étant donné qu'il est aussi membre du conseil d'administration. De même, il peut bénéficier à l'ancien directeur général administrateur dans les mêmes termes que l'ancien président-directeur général. En dehors de ces dirigeants membres du conseil d'administration, rien n'interdit aux statuts des sociétés de prévoir l'octroi de ce statut à leurs dirigeants non administrateurs qui ont été au service de la société. C'est le cas de l'ancien directeur général non administrateur. Cette éventualité est transposable aux sociétés non dotées d'un conseil d'administration ou dotées d'un conseil d'administration statutaire.

Dans la mise en œuvre de l'attribution de ce statut, deux critères semblent nécessaires : les critères de retrait du dirigeant et la durée de la fonction du dirigeant. En effet, lorsque le dirigeant a démissionné abusivement²²³³ ou est révoqué de sa fonction pour des fautes personnelles, l'accès au statut de dirigeant honoraire est inenvisageable. Car les conditions de son retrait démontrent un déficit de confiance de part et d'autre. Le dirigeant démissionnaire pourra ignorer un tel statut, car s'il a été mal traité au cours de sa fonction, il est illusoire qu'il s'attende à un meilleur traitement après son retrait à un moment où il ne rend plus un service significatif à la société. Au même chapitre des retraits anticipés, la société qui a révoqué le dirigeant sera réticente à octroyer le statut de dirigeant honoraire à cet ancien dirigeant qui l'a exposé à des risques anormaux de gestion. Cela étant, l'accès à ce statut n'est envisageable que si le retrait du dirigeant a été réalisé dans le respect des droits des dirigeants et de ceux de la société. S'agissant de la durée de la fonction du dirigeant, elle peut favoriser l'accès au statut de dirigeant honoraire, si elle est identique au temps légal donnant droit à la retraite dans la fonction publique. Cette précaution peut être justifiée par deux raisons. La première tient au fait que l'honorariat des dirigeants s'est inspiré du droit de la fonction publique et qu'en tant que tel, les fonctionnaires n'ont droit à la retraite qu'après une durée de service relativement longue en fonction des Etats. La seconde tient au fait que le dirigeant honoraire est effectivement à la retraite de toute fonction directoriale, et qu'à ce titre, il ne peut plus servir activement une autre société, sauf dans la limite des consultations qu'il peut offrir à des sociétés.

²²³⁰ *Ibid.*

²²³¹ *Ibid.*

²²³² V. Cass. 2^e civ., 14 févr. 2007, n° 05-21839 (n° 208 FSD), *Sté Millery*, *Bull. Joly Sociétés*, 01 septembre 2007 n° 9, § 281, p. 1013, note P. LE CANNU.

²²³³ V. *supra* n° 772 s.

887. Enfin, lorsque le dirigeant se retire de sa fonction en parfaite entente avec la société et que son service lui ouvre nécessairement droit à des pensions de retraite, son accès au statut de dirigeant honoraire est garanti si les statuts l'ont envisagé. Le dirigeant honoraire pourra mettre son expérience au service des nouveaux dirigeants de la société. Il apparaît donc que la direction de la société ne peut se fermer exclusivement autour de ses organes légaux. La société tire des avantages en l'ouvrant à des organes *ad hoc* pour renforcer les structures directoriales. Cette extension de la direction à des structures *ad hoc* vient assouplir le statut des dirigeants mais ne peut être dynamique que si le rapport entre les organes légaux et les organes *ad hoc* est strictement régulé.

B. La régulation du rapport des organes *ad hoc* avec les organes légaux

888. La nécessité de concilier l'exigence du respect de l'ordre public sociétaire avec le besoin de la sécurité financière par l'implantation d'organes *ad hoc* auprès des dirigeants commande une régulation claire du pouvoir des organes *ad hoc* sur la situation des dirigeants en titre, d'une part, (1) et, d'autre part, une limitation des influences des dirigeants en titre sur la mission des organes *ad hoc* (2).

1. La régulation du pouvoir des organes *ad hoc* sur la situation des dirigeants en titre

889. Les comités spécialisés ne sont pas institués dans la perspective de servir les intérêts des dirigeants. Au contraire, leur institution est légitimée par les déviations des dirigeants contre lesquelles ils doivent proposer des thérapies dans l'intérêt de la société. Cela étant, la situation des dirigeants en titre peut être considérablement affectée à cause de l'impact de la mission des comités spécialisés. Tous les organes *ad hoc* ont un rôle certain mais trois d'entre eux se détachent nettement en influençant efficacement la situation des dirigeants et s'inscrivent même indirectement dans la ligne des autres comités. Il s'agit du comité de rémunérations (a), du comité d'audit (b) et du comité de direction (c).

a. L'impact régulé du pouvoir du comité de rémunérations

890. La rémunération des dirigeants peut être objectivement amoindri lorsqu'un comité indépendant est appelé à en fixer le contenu pour éviter les excès²²³⁴. Mais l'avis du comité *ad hoc* ne saurait tenir lieu de décision à titre définitif, car aucun rôle décisionnel ne peut être dévolu au comité de rémunérations. Un arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation française du 4 juillet 1995 a apporté une clarification à ce sujet²²³⁵. Le conseil d'administration avait confié à un comité la mission de déterminer le montant de la pension de retraite de son président. Le rapport fourni par le comité avait été annexé au procès-verbal de la réunion du conseil d'administration. Les juges ont considéré que seule une délibération formelle du conseil d'administration satisfait aux prescriptions légales. Cette exigence d'une délibération de l'organe exécutif sur le montant et les modalités de la rémunération exclut toute délégation de décision au comité de rémunérations. Cette solution mérite approbation, en ce sens qu'elle prévient toute restriction du débat sur la rémunération des dirigeants à un cercle

²²³⁴ V. S. SYLVESTRE, *La rémunération "d'activité" des dirigeants : brèves observations en faveur d'une réforme*, *Bull. Joly*, juin 2008, n° 6, p. 532 ; Ch. RADE et Ch. HANNOUN, *Faut-il limiter la rémunération des dirigeants d'entreprises ?*, *Rev. trav.* 2009, p. 140 ;

²²³⁵ Cass. com., 4 juill. 1995, *Bull. Joly Sociétés* 1995, p. 968.

confidentiel²²³⁶. En raison de la séparation rigides des pouvoirs des organes de la société anonyme, il est donc exclu que le conseil d'administration délègue ses pouvoirs propres à un autre organe de la société²²³⁷ et encore moins à un comité *ad hoc* même si le législateur permet de confier des missions spéciales²²³⁸. Après avoir formulé sa proposition de rémunération du dirigeant, le comité de rémunérations est dessaisi au profit du conseil d'administration qui peut approuver sa proposition ou l'amender avant de l'adopter. Même si le montant de la rémunération du dirigeant est objectivement fixé par le comité, le caractère institutionnel de la rémunération soumet son adoption à un processus décisionnel légalement défini.

891. En dépit de son rôle consultatif dans la détermination des avantages sociaux des dirigeants, le comité de rémunérations demeure un garde-fou contre des rémunérations démesurées que les P-DG ont tendance à s'octroyer en usant de leur influence sur les autres membres du conseil d'administration pour son adoption²²³⁹. L'affaire *Vinci* a mis en évidence l'importance de ce comité dans la révélation des abus de pouvoirs des dirigeants²²⁴⁰. En effet, un P-DG a usé de son statut et de l'influence qui en découle pour faire avaliser, par le conseil d'administration, le renouvellement complet du comité de rémunérations pour priver cet organe de l'indépendance nécessaire pour son bon fonctionnement et pour en faire un instrument au service de son propre intérêt. Ces agissements motivés par la recherche d'un enrichissement personnel ont constitué des actes contraires et déviants par rapport au pouvoir légal qui avait été confié au P-DG dans l'intérêt social. La Cour de cassation avait approuvé l'arrêt d'appel qui avait opéré une requalification de l'acte en abus de pouvoirs. Cet arrêt s'inscrit dans le droit fil d'un arrêt de la Cour d'appel de Versailles²²⁴¹ qui avait requalifié l'abus de biens sociaux en abus de pouvoirs, laquelle décision a été par la suite approuvée par un arrêt de la Cour de cassation rendu le 19 mai 2012²²⁴² dans des termes identiques²²⁴³ dans l'affaire *Vinci*. Ces décisions pourvoient au comité de rémunérations une autonomie dont l'atteinte par un dirigeant l'expose à des sanctions pénales.

²²³⁶ J. de CALBIAC, *Les avantages sociaux des dirigeants d'entreprise*, préc., n° 73, p. 49.

²²³⁷ Cass. civ., 4 juin 1946, préc.

²²³⁸ Art. 437 de l'AUSCGIE.

²²³⁹ V. A. PICAND-LAMEZEC, *L'autorémunération du président du conseil d'administration*, *Bull. Joly Sociétés* 1988, p. 319 ; Y. MULLER-LAGARDE, *Les sanctions pénales de la rémunération excessive du dirigeant social*, *Rev. Lamy dr. aff.* 2009, 34 ; F. GARRON, *La rémunération excessive des dirigeants de sociétés commerciales*, préc., p. 795 ; C. DUCOULOUX-FAVARD, *Quand y a-t-il rémunération excessive des dirigeants de sociétés ?*, préc., p. 11.

²²⁴⁰ Cass. crim., 16 mai 2012, n° 11-85.150, FS-P+B, Z., *JurisData* n° 2012-010049, *JCP éd. E*, n° 25, 2012, 1396, note Cl. DUCOULOUX-FAVARD ; *D.* 2012, Somm. p. 1401 ; *Dr. pen.* n° 7, 2012, comm. 104, note J.-H. ROBERT ; *Gaz. Pal.* 2012, p. 7, note R. MESA ; *Bull. Joly Sociétés* 2012 n° 7, p. 579, note B. DONDERO ; *Rev. sociétés* 2012 p. 697, note P. LE CANNU.

²²⁴¹ CA Versailles, 19 mai 2011, n° 10/01523, *RTD com.* 2011, p. 368, note P. LE CANNU, B. DONDERO ; *Rev. sociétés* 2012, p. 99, note P. LE CANNU ; *Bull. Joly Sociétés* 2011, p. 597, note B. DONDERO ; *AJ pénal* 2011. 512, étude de DAOUD et FRANCESCHI. V. aussi, B. QUENTIN, *Abus... de pouvoirs et appréciation du juge pénal*, *JCP éd. G*, n° 35, 2011, 916.

²²⁴² Cass. crim., 19 mai 2012, n° 11-85.150, FS-P+B, *JurisData* n° 2012-010049, *Dr. sociétés* n° 7, 2012, comm. 130, note R. SALOMON.

²²⁴³ Voici l'attendu principal : « Attendu qu'en l'état de ces énonciations, exemptes d'insuffisance comme de contradiction, d'où il résulte que le prévenu a abusé des pouvoirs qu'il détenait en qualité de président du conseil d'administration, en s'assurant le contrôle du comité des rémunérations et en ne mettant pas les membres du conseil d'administration en mesure de remplir leur mission, la cour d'appel, répondant aux chefs péremptoires des conclusions dont elle était saisie, a caractérisé, en tous ses éléments constitutifs, le délit d'abus de pouvoirs dont elle a déclaré le prévenu coupable ».

892. Le dirigeant est donc forcé de respecter l'autonomie du comité de rémunérations même si ce comité propose une rémunération insatisfaisante pour le dirigeant. Le dirigeant ne peut critiquer la rémunération qui lui est allouée et en réclamer une augmentation qu'auprès de l'organe légal qui en a décidé à titre définitif du montant sur proposition du comité. L'obligation du dirigeant de respecter l'autonomie du comité de rémunérations l'est autant pour le comité d'audit.

b. L'impact régulé du pouvoir du comité d'audit

893. Le contrôle des actes des dirigeants se trouve sensiblement accru grâce l'institution de comités d'audit destinés à révéler, à l'instar du commissaire aux comptes, les inexactitudes dans les comptes produits par les dirigeants. Le rapport des inexactitudes est fourni au conseil d'administration pouvant l'exploiter pour décider du sort du dirigeant²²⁴⁴. La nécessité de pourvoir une véritable indépendance à ce comité a fait admettre sa composition d'administrateurs indépendants²²⁴⁵. L'accroissement peu cadré des pouvoirs de ce comité n'est pas favorable aux dirigeants qui sont parfois exposés des contrôles intempestifs.

894. A cet effet, les risques de débordement des comités d'audit ne sont pas exclus. Un auteur a pu relever que, « *les dirigeants opérationnels peuvent craindre, non sans quelques raisons, un risque d'élargissement des prérogatives du comité et un empiètement sur les responsabilités opérationnelles qu'ils exercent. Dès lors que le comité traite de questions touchant à la présentation des comptes, voire aux méthodes comptables, les risques d'empiètement sur les responsabilités opérationnelles demeurent limités. En revanche, l'examen de dossiers spécifiques peut conduire le comité à s'intéresser à des domaines très proches des préoccupations opérationnelles (gestion des investissements, centralisation de la trésorerie au sein d'un groupe (...)). A cette occasion, le risque de confusion des rôles est réel.* »²²⁴⁶. De son côté, le professeur BARBIERI a plutôt relativisé l'efficacité des comités d'audit à impacter la direction sociale en relevant les obstacles à la composition de ces comités et l'incertitude de leur mission. En effet, il souligne que la « *...difficulté pratique majeure tient au faible nombre de membres susceptibles d'assumer les fonctions correspondantes : elles sont exclusives des fonctions de direction et exigent des « compétences particulières », au moins pour l'un des membres. Cette difficulté est aiguë lorsque le conseil est trop faiblement composé, le plus souvent en raison de l'origine familiale de l'entité* »²²⁴⁷. Il pointe ensuite que, « *une autre difficulté est d'identifier le membre compétent en matière financière ou comptable, qui doit être indépendant selon l'exigence qu'exprime l'article L. 823-19, sans en donner la définition* »²²⁴⁸. Il relève enfin « *l'incertitude qui pèse sur le contenu et la portée des missions confiées au comité d'audit se répercute inévitablement sur la responsabilité de ses membres d'autant que, là encore, une imperfection de rédaction obscurcit davantage une situation pourtant confuse* »²²⁴⁹. Plus radical, le professeur

²²⁴⁴ Art. 829-1 al. 4 de l'AUSCGIE révisé.

²²⁴⁵ Cf. D. LAMETHE, *Les paradoxes des administrateurs indépendants*, D. 2010, p. 508.

²²⁴⁶ E. SALUSTRO, *La pratique des comités d'audit en France, Petites affiches*, 07 mai 1997, n° 55, p. 11.

²²⁴⁷ J.-F. BARBIERI, *Éclairage. Les « comités spécialisés » : quelques interrogations pratiques*, préc., p. 116

²²⁴⁸ *Ibid.*

²²⁴⁹ *Ibid.*

COURET trouve qu'au regard du droit comparé ces administrateurs indépendants composant le comité d'audit n'exercent aucune fonction dans l'entreprise dans la littérature anglo-saxonne²²⁵⁰.

895. Ces attermolements perceptibles dans le fonctionnement de ces comités tenaient à la phase de leur rodage. Par la suite, la fonction de ces comités en rapport avec les dirigeants n'a cessé de subir des réformes²²⁵¹ et a donné lieu à des éclairages sur la responsabilité de leurs membres²²⁵². Ces évolutions n'ont pas fait taire les critiques au nombre desquelles peut être inscrite celle du professeur DELGA qui conteste la notion d'administrateur indépendant au motif qu'elle est ignorée par la loi et peut, en conséquence, être juridiquement considérée comme un faux²²⁵³. Cet avis n'est pas partagé par le professeur MERLE qui rejette le sentiment de ceux qui « ...ont prétendu que la légalisation de ces comités spécialisés ne changeait pas grand-chose pour les sociétés du CAC 40 et du SBF 120 car la plupart étaient déjà dotées de comités d'audit »²²⁵⁴. D'aucuns trouvent que les comités d'audits « ...constituent une précaution efficace permettant une supposée diminution des risques... Pour beaucoup d'entreprise, l'administrateur indépendant reste un moyen facile de se donner une bonne conscience et une image d'une meilleure transparence »²²⁵⁵. La création de ces comités est d'ailleurs encouragée²²⁵⁶ en vue renforcer le contrôle des actes des dirigeants pour une gouvernance performante des sociétés. L'extension de la mission du comité d'audit à la proposition des commissaires aux comptes devant être nommés par l'assemblée générale²²⁵⁷ viendrait paralyser toute manœuvre du dirigeant tendant à empêcher ou à retarder la désignation des commissaires aux comptes. La soumission au conseil d'administration ou à l'assemblée générale, selon le cas, du rapport sur des irrégularités constatées par le comité d'audit dans les comptes du dirigeant peut favoriser une révocation du dirigeant indélicat.

896. Les comités d'audits exercent donc un pouvoir d'influence qui est destiné à contraindre les dirigeants à s'inscrire dans la dynamique de la sécurité financière ou à se retirer, s'ils perpétuent des opérations de nature à compromettre l'intérêt social. Un tel rôle est identiquement joué par le comité de direction dans un autre domaine.

c. L'impact régulé du pouvoir du comité de direction

897. Le comité de direction est certainement le plus vieux des comités spécialisés. Il existait déjà en France bien avant l'importation des principes de la corporate governance qui ont favorisé le recours à d'autres comités

²²⁵⁰ A. COURET, *Le gouvernement d'entreprise, la corporate governance*, op. cit., p. 166

²²⁵¹ F. LEPLAT et P. PERILHAC, *Les réformes de l'audit (Situation en France et aux États-Unis)*, préc., p. 7

²²⁵² V. not., L. SAUCIER et D. BORDE, *Les membres du comité des comptes sont-ils responsables ?*, préc., p. 845 ; Ph. MERLE, *Les nouvelles responsabilités des comités d'audit*, préc., p. 216 ; J. PRIEUR, Ph. d'ANCHALD, V. TANDEAU de MARSAC et P. XAVIER, « *La responsabilité des membres des comités dans les sociétés par actions* » préc., p. 5.

²²⁵³ J. DELGA, *L'administrateur n'existe pas : « Danger », « une référence inappropriée au système anglo-saxon »*, D. 2002, p. 2858.

²²⁵⁴ Ph. MERLE, *Les nouvelles responsabilités des comités d'audit*, Bull. Joly Sociétés, préc., p. 216

²²⁵⁵ D. LAMETHE, *Les paradoxes des administrateurs indépendants*, op. cit., p. 509.

²²⁵⁶ M. LÉGER, *Comment créer l'audit du XXIe siècle ? Quelques pistes de réflexion...*, préc., p. 27

²²⁵⁷ Art. 829-1 al. 3 de l'AUSCGIE révisé. V. aussi, O. AZIERES, *La réforme de l'audit aux États-Unis*, in *La Sécurité financière, sous la dir. J. MONIER*, Société de législation comparée, 2006, pp. 49-53 ; D. KLING, *Les réformes de l'audit : le droit français*, in *La Sécurité financière, sous la dir. J. MONIER*, Société de législation comparée, 2006, pp. 55-60.

spécialisés. Ce comité est un organe très utile aux groupes de sociétés²²⁵⁸. Mais son institution au sein d'un groupe ne saurait donner lieu à un désaisissement du conseil d'administration d'une filiale à son profit. Un arrêt d'appel de la Cour d'appel d'Aix-en-Provence du 8 mars 1983 avait apporté un éclairage intéressant sur la question en précisant que le conseil d'administration ne peut être dépouillé de ses pouvoirs au profit du comité de direction²²⁵⁹. Cette décision s'inscrit dans le principe de la séparation des pouvoirs antérieurement posé par l'arrêt *Motte*²²⁶⁰. L'institution de ce comité ne relève pas seulement de la compétence du conseil d'administration. Elle peut être de l'apanage des dirigeants en titre qui peuvent lui déléguer certains de leurs pouvoirs²²⁶¹. Dans ce cas, il devient un véritable organe de direction dérivé lorsqu'il est investi par le dirigeant en titre²²⁶². C'est un comité parfois qualifié de stratégique²²⁶³ que le dirigeant implante et exploite à sa guise. Ses membres pris individuellement n'ont aucun pouvoir. Une décision n'émane du comité que s'il délibère collégalement à l'instar du conseil d'administration.

898. Cela étant, l'impact des pouvoirs du comité de direction sur la situation du dirigeant dépend de la source de ses pouvoirs. Lorsque ce comité reçoit ses pouvoirs du conseil d'administration, sa fonction est limitée aux avis consultatifs qu'ils peuvent donner eu égard à la situation des dirigeants. Le rapport que fournit ce comité peut influencer le sens d'une décision du conseil à l'égard des dirigeants. Au sein des groupes de sociétés, le pouvoir exorbitant dont dispose le comité de direction lui permet de fragiliser la situation des dirigeants des filiales. La nécessité d'unifier la politique managériale du groupe conduit parfois le comité central à conclure des contrats de travail avec ses salariés dont l'objet est l'exercice d'une fonction sociale dans une filiale²²⁶⁴. Cette technique qualifiée de cumul multilatéral²²⁶⁵ permet de renforcer le contrôle de la société mère sur le dirigeant à travers le comité central. L'insatisfaction du comité à l'égard des activités du dirigeant peut le conduire au licenciement du salarié-dirigeant. Dès lors, on se trouverait alors en présence d'un contrat de travail auquel il est mis fin mais dont l'objet lui survit, solution pour le moins particulière. Il va sans dire qu'une telle éventualité affaiblirait la position du dirigeant au sein de la filiale, étant donné que le salarié est licencié dans la société mère mais sa fonction de dirigeant dans la filiale demeure. Il pourrait s'agir d'un signe avant-coureur d'un désaveu de sa gestion dans la filiale²²⁶⁶.

En revanche, lorsque le comité est nommé par un dirigeant en titre, il ne dispose d'aucun rapport avec le conseil d'administration et travaille sous les ordres du dirigeant. Il est obligé de rendre compte de ses missions au

²²⁵⁸ En ce sens, P. LE CANNU et B. DONDERO, *Droit des sociétés*, 4^e éd., Montchrestien, 2012, n° 1556 ; P. LE CANNU, *Les organes de groupe, Petites affiches*, 04 mai 2001 n° 89, p. 43.

²²⁵⁹ CA Aix-en-Provence, 8 mars 1983, *Rev. sociétés* 1983, p. 772, note J. MESTRE.

²²⁶⁰ Cass. civ., 4 juin 1946, préc.

²²⁶¹ En ce sens, J.-M. CALENDINI, *Les comités de direction*, *Bull. Joly Sociétés*, 01 septembre 1992 n° 9, § 272. p. 851.

²²⁶² J.-M. CALENDINI, *Les comités de direction*, préc., n° 9 et s.

²²⁶³ En ce sens, J.-M. CALENDINI, *Les comités de direction*, préc., n° 1. Pour le Professeur GUYON, le comité stratégique soit institué par le conseil d'administration (Y. GUYON, *Droit des affaires, t. 1, Droit commercial général et Sociétés, op. cit.*, n° 349-2) soit par le dirigeant en titre (Y. GUYON, *Traité des contrats, (sous dir. J. GHESTIN) Les sociétés (Aménagements contractuels et conventions entre associés), op. cit.*, n° 142, p. 233.)

²²⁶⁴ V. *supra* n° 594 s.

²²⁶⁵ Th. GAUTHIER, *Les dirigeants et les groupes de sociétés, op. cit.*, n° 313.

²²⁶⁶ C. MALECKI, *Les dirigeants de filiales*, préc., n° 15.

dirigeant²²⁶⁷ qui peut toujours maintenir sa confiance au comité ou la lui retirer. Dans ce contexte, le comité ne peut fragiliser la situation du dirigeant mais est tenu, au contraire, de l'assister pour renforcer la direction sociale pour accroître son efficacité.

899. Ainsi, le comité de direction consolide la situation du dirigeant, s'il émane de lui mais peut fragiliser la situation du dirigeant, s'il émane du conseil d'administration. Dès lors, pour préserver l'indépendance des organes *ad hoc* à l'égard des dirigeants en titre, il est nécessaire de constituer des obstacles à l'influence de la mission des organes *ad hoc* par les dirigeants en titre.

2. La régulation de l'influence des dirigeants en titre sur la mission des organes *ad hoc*

900. Le dirigeant est le chef de l'entreprise sociétaire²²⁶⁸. Il a la plénitude du pouvoir de direction patrimoniale et patronale de l'entreprise²²⁶⁹. Ses pouvoirs de direction patronale de l'entreprise sont inflexibles. En cela, M. DESLANDES relève que « le pouvoir de direction dont les dirigeants sont investis par la loi, en les plaçant à la tête de l'entreprise sociale, leur confèrent en effet le pouvoir hiérarchique du chef d'entreprise c'est-à-dire ce pouvoir qui n'appartient et ne peut appartenir aux autres organes de la société, y compris à ceux qui peuvent mettre fin à leur mandat »²²⁷⁰. En revanche, ses pouvoirs de direction patrimoniale sont modulés en fonction du risque couru par les associés²²⁷¹. En vertu de ses pouvoirs, le dirigeant peut organiser de façon discrétionnaire son cabinet. Mais il est impuissant pour influencer la mission des organes *ad hoc* (a). Il ne peut indirectement atteindre l'organe *ad hoc* qu'à travers la mise en œuvre de la responsabilité de ses membres (b).

a. L'impuissance du dirigeant à influencer la mission des organes *ad hoc*

901. Les dirigeants ne peuvent se servir de leurs pouvoirs pour dissoudre un organe *ad hoc*. En dissolvant un organe *ad hoc*, les dirigeants empiètent sur les pouvoirs de l'organe social qui a institué l'organe *ad hoc*. Cette dissolution serait nulle et non avenue, car elle émane d'un organe incompetent. En effet, la création des organes *ad hoc* ne relève pas, par principe, de la compétence des dirigeants en titre. Elle est de la compétence du conseil d'administration²²⁷² ou de l'assemblée générale selon le cas²²⁷³. Le parallélisme des formes commande que ces comités soient destitués dans les mêmes conditions de leur nomination.

²²⁶⁷ V. *supra* n° 618.

²²⁶⁸ V. G. LYON-CAEN, *Le pouvoir dans l'entreprise*, préc., n° 8 et s.

²²⁶⁹ F. K. DECKON, *Les pouvoirs du dirigeant de société commerciale en droit uniforme de l'OHADA*, préc., p. 6 ; Y. CHAPUT, *De l'objet social des sociétés commerciales*, op. cit., p. 212, n° 109.

²²⁷⁰ M. DESLANDES, *Réflexions sur le cumul d'un mandat social et d'un contrat de travail*, préc., p. 21.

²²⁷¹ V. *supra* n° 184-185.

²²⁷² CA Aix-en-Provence, 28 sept. 1982, *Rev. sociétés* 1983, p. 773, note J. MESTRE. Par exemple au sujet du comité d'audit, la Cour d'appel d'Aix-en-Provence affirme qu'il s'agit « d'un organe secondaire qui doit demeurer dans l'orbite et sous le contrôle direct du conseil d'administration, seul habilité à en apprécier la nécessité et à en définir le rôle et le fonctionnement ». V. égal. sur le sujet, J.-F. BARBIERI, *De l'administrateur indépendant à l'auditeur indépendant et efficace (LSF, n° 2003-706, 1^{er} août 2003, Titre III)*, préc., p. 5, § 1 ; D. SCHMIDT, *Les apports de la loi de sécurité financière en droit des sociétés*, *Bull. Joly Sociétés*, 2004, p. 321, § 62 ; A. ROBERT, *Le contrôle légal des comptes (La proposition de directive du 16 mars 2004 au regard du droit français après la loi de sécurité financière)*, *Bull. Joly Sociétés*, 2004, p. 1295, § 265 ; Ch. de GANAY d'INDY et L. ENGEL, *Les comités d'audit*, *Bull. Joly Sociétés*, 2003, p. 723, § 159 ; R. ROUTIER, *De nouvelles pistes pour la gouvernance*, préc., p. 611, §. 129.

²²⁷³ Art. 437 de l'AUSCGIE.

902. Ces précautions sont destinées à éviter une déviance de la philosophie qui a présidé au besoin de l'institution de ces comités. Il s'est agi de parer aux scandales financiers en renforçant le contrôle de la direction des sociétés en vue de sécuriser les finances. Cet objectif serait déjoué ou noyé, si la création ou la dissolution des organes devant assurer le contrôle des actes des dirigeants était confiée aux mêmes dirigeants. Les dirigeants ne pourraient être juges et parties. Il était donc nécessaire de mettre le sort des organes *ad hoc* à l'abri contre les dirigeants qu'ils sont censés contrôler pour la production de rapports objectifs en toute indépendance sur les points qui relèvent de leur compétence. Ainsi, les organes *ad hoc* ne peuvent-ils être dissouts que par l'organe qui les a institués. Dans les sociétés cotées où l'institution de ces comités est obligatoire, la dissolution doit s'accompagner de la désignation systématique de nouveaux membres. Les manœuvres d'un dirigeant en titre destinées à paralyser le fonctionnement normal de ces organes peuvent être qualifiées d'abus de pouvoirs pénalement sanctionnés²²⁷⁴.

903. En revanche, lorsque le dirigeant est irréprochable et qu'il peut faire valoir des griefs contre les membres d'un organe *ad hoc*, il peut arriver à paralyser son fonctionnement.

b. La paralysie de l'organe par le déclenchement de la responsabilité de ses membres

904. Le défaut de personnalité morale des organes *ad hoc* empêche la direction d'exercer une action en justice à leur encontre. Par contre, les dirigeants pourraient exercer sur eux une influence indirecte en mettant en cause la responsabilité administrative, civile ou pénale de leurs membres.

905. En ce qui concerne la responsabilité administrative, le dirigeant peut dénoncer les dérapages des membres d'un organe *ad hoc* auprès de l'organe légal dont il relève. Cette dénonciation n'engage pas l'organe social saisi à destituer systématiquement le membre de l'organe *ad hoc* mis en cause. Néanmoins lorsque les actes incriminés du membre de l'organe *ad hoc* sont de nature à compromettre l'intérêt de la société, une réaction de l'organe légal compétent est nécessaire.

906. Au chapitre de la responsabilité des membres de l'organe *ad hoc*, les dirigeants peuvent intenter contre eux une action au civil ou au pénal. Au plan civil, trois tendances se dessinent. La première tendance soutient la responsabilité contractuelle des membres des organes *ad hoc*²²⁷⁵, la seconde leur responsabilité civile et la dernière leur responsabilité tirée de l'application des règles du droit des sociétés.

907. S'agissant du fondement de la responsabilité sur le droit des contrats, en nommant un comité, le conseil d'administration lui donne un mandat dont les termes sont acceptés par les membres du comité concerné. Les deux entités semblent donc liées par un contrat de mandat. Concernant le mandat, le professeur DIDIER relevait que lorsqu'un représentant cause un préjudice à un tiers, la responsabilité dépend du contrôle fiduciaire exercé sur le mandataire²²⁷⁶. Selon lui, en effet, la première action que peut invoquer le tiers est celle qui répare le

²²⁷⁴ Cass. crim., 16 mai 2012, préc. ; CA Versailles, 19 mai 2011, préc.

²²⁷⁵ V. J. PRIEUR, *et alii*, *La responsabilité des membres des comités dans les sociétés par actions*, cité par HOVASSE, *Contrôle légal des comptes*, *Dr. sociétés* n° 2, févr. 2009, comm. 28.

²²⁷⁶ Ph. DIDIER, *De la représentation en droit privé*, *op. cit.*, n° 303 et s.

dommage résultant d'une exécution régulière de la mission de représentation²²⁷⁷. Dans cette configuration, ce qui est en cause, c'est la réparation du préjudice que le tiers aurait pu subir de la même façon, si l'opération avait été effectuée par le représenté lui-même. Dans un autre cas de figure, le dommage que subit le tiers peut provenir de la violation du contrôle fiduciaire. Dans ce cas, la faute du représenté s'inscrit dans l'exercice anormal de ses devoirs fiduciaires²²⁷⁸. Ces analyses pertinentes peuvent être adaptées au contexte en cause. En effet, le dirigeant aura du mal à invoquer la responsabilité des membres du comité si ceux-ci lui ont causé un préjudice dans l'exercice régulier de leur fonction²²⁷⁹. En revanche, lorsque les membres du comité causent préjudice au dirigeant en violation du contrôle fiduciaire, ils perdent le bénéfice de la caution de leur mandant et sont exposés à la responsabilité que le dirigeant pourra invoquer. Un auteur avait, par contre, mis en doute le succès de la responsabilité des membres de comité *ad hoc* si sa défense est fondée sur le contrat²²⁸⁰. Si pour la responsabilité des membres de la direction sociale, la jurisprudence ne semble pas stable pour la placer sur le plan délictuel²²⁸¹ alors que leur désignation procède d'une décision du conseil d'administration, il n'est, à plus forte raison, exclu d'admettre la responsabilité contractuelle des membres des comités dont la désignation résulte d'un arrangement purement d'ordre privé.

908. Sur le terrain délictuel, un fait commis par un membre d'un organe *ad hoc* pourra engager sa responsabilité délictuelle à l'égard du dirigeant sur le fondement de l'article 1382 du Code civil²²⁸². Le comité est assimilable au commissaire aux comptes étant donné que les deux structures sont des organes externes à la société. Or, dans un arrêt du 2 juillet 1973, les commissaires aux comptes ont été tenus responsables envers des dirigeants auxquels leur faute aurait causé préjudice²²⁸³. Il n'est donc pas exclu que la responsabilité d'un membre d'un comité soit engagée à l'égard du dirigeant victime de leurs actes.

909. Au regard des règles du droit des sociétés, la question qui se pose est de savoir si les membres d'un comité et qui sont administrateurs ne peuvent-ils pas être poursuivis au travers d'une action *ut singuli*? A cette question, la réponse semble négative sur deux plans. D'une part, les membres d'un comité agissent *es qualité* et non en qualité d'administrateur. D'autre part, l'action *ut singuli* a pour fonction de protéger le patrimoine social²²⁸⁴ alors que nous sommes dans le cas de figure de la réparation non d'un préjudice social mais d'un préjudice subi un tiers. D'ailleurs le fait qu'un membre du comité soit administrateur peut dissuader le dirigeant à le poursuivre,

²²⁷⁷ *Ibid.*

²²⁷⁸ *Ibid.*

²²⁷⁹ Le fait de considérer le conseil d'administration comme le représentant d'un comité qu'il a institué en lui se heurte au principe selon lequel on ne peut représenter qu'une entité dotée de personnalité civile. Or, le conseil d'administration est une entité sans personnalité morale. Ainsi, l'idée d'une présentation du conseil d'administration par un comité est à relativiser. Le conseil d'administration ne transfère qu'une partie de ses pouvoirs à un organe *ad hoc* qui lui-même est sans personnalité juridique.

²²⁸⁰ L. SAUCIER et D. BORDE, *Les membres du comité des comptes sont-ils responsables ?*, préc., p. 845.

²²⁸¹ V. J.-P. BERDAH, *Fonction et responsabilité des dirigeants de société par actions*, *op. cit.*, n° 96 et s.

²²⁸² En ce sens, Ph. MERLE, *Les nouvelles responsabilités des comités d'audit*, préc., p. 216

²²⁸³ Cass. com., 2 juill. 1973, *DS* 1973, p. 674, note Y. GUYON ; *Rev. sociétés* 1973, p. 662, note DU PONTAVICE ; *RTD com.* 1973, p. 812, obs. HOUIN ; Paris, 13 nov. 1998, *Bull. Joly* 1999, p. 347, note BARBIERI, *RTD com.* 1999, p. 341, obs. CHAMPAUD et DANET.

²²⁸⁴ V. *supra* n° 349 s.

car la pratique montre que les représentants légaux se sont souvent montrés peu enclins à rechercher la responsabilité des membres du conseil d'administration qui les ont élus, lesquels composent souvent les comités²²⁸⁵.

910. Enfin, au plan pénal, il sera difficile de poursuivre un membre d'un comité *ad hoc* à titre principal puisque leur impuissance à accomplir des actes de gestion limite les risques de commission d'une infraction. Leur situation peut être rapprochée de celle des administrateurs qui ne peuvent être poursuivis pour abus de pouvoirs, car ils n'ont aucun pouvoir de direction²²⁸⁶. En revanche, un membre d'un comité peut être poursuivi comme complices d'un autre dirigeant, notamment pour des délits d'initié, de diffusion de fausses informations, ou lorsque la présentation des comptes annuels ne donne pas une image fidèle de la situation de la société²²⁸⁷.

911. La sanction administrative ou pénale d'un ou plusieurs membres d'un organe *ad hoc* paralyse inévitablement son fonctionnement, lorsque le nombre des membres restants ne permet pas d'atteindre le quorum exigé pour prendre des décisions. La même conséquence peut se produire, si à la suite des poursuites civiles lancées contre un ou plusieurs membres, ceux-ci ont été suspendus de leurs fonctions par le conseil d'administration ou l'organe qui les a nommés. Pendant ce temps de paralysie, le dirigeant est à l'abri des influences de l'organe *ad hoc* en cause. Il ne peut ressentir des craintes à nouveau que si l'organe a retrouvé l'intégralité de ses membres ou ceux nécessaires à la prise de décision. Tous ces aménagements démontrent à suffisance le caractère souple du statut des dirigeants sociaux en dépit des obstacles qui l'indigent et qui tirent leur légitimité de la nécessité de respecter l'ordre public sociétaire.

Conclusion du chapitre 1.

912. Les structures directoriales peuvent stratégiquement être organisées dans le respect de l'ordre public sociétaire. Cette organisation peut avoir non seulement des fins économiques tant pour les dirigeants que pour la société mais aussi des fins sécuritaires pour l'intérêt social. Il n'en demeure pas moins que certains aspects de l'organigramme directorial nécessitent un aménagement légal dans le but de débarrasser le statut des dirigeants de certaines imperfections pour une organisation cohérente de la direction sociale.

²²⁸⁵ L. SAUCIER et D. BORDE, *Les membres du comité des comptes sont-ils responsables ?*, préc., p. 845.

²²⁸⁶ V. *supra* n° 384.

²²⁸⁷ L. SAUCIER et D. BORDE, *Les membres du comité des comptes sont-ils responsables ?*, préc., p. 845.

CHAPITRE 2. UNE ORGANISATION STRUCTURELLE PERFECTIBLE

913. La structuration actuelle de la direction des sociétés ne constitue pas une garantie à toute épreuve contre des dysfonctionnements. Sa conception semble ignorer certaines réalités qui ont pourtant un impact sur le sens des décisions directoriales. D'une part, les traitements réservés aux associés dominants eu égard à la direction sociale se soldent parfois par des désastres pour la société. En effet, dans le cadre de certaines sociétés unipersonnelles indigentes²²⁸⁸ où l'associé unique se fait confier la direction, il est à l'abri de tout contrôle faute de coassociés²²⁸⁹ et de commissaire aux comptes²²⁹⁰ et jouit d'une impunité totale en dépit de la perpétration des actes qui sont de nature à compromettre la continuité de la société²²⁹¹. Dans les groupes de sociétés, l'associé dominant est écarté de la direction en raison de la réservation de certaines directions aux personnes physiques²²⁹². En réaction contre cette exclusion, l'associé dominant installe une direction hors-la loi²²⁹³ pour garder une main mise sur les dirigeants en titre et imprimer le sens des décisions.

914. D'autre part, la coopération entre les organes exécutifs est maladroitement définie à telle enseigne qu'il est difficile à la direction de disposer d'une politique managériale déterminée. En effet, au sein de l'exécutif des sociétés anonymes avec conseil d'administration, le législateur entretient une confusion en attribuant et au conseil d'administration et aux dirigeants des pouvoirs de traiter avec les tiers²²⁹⁴ sans préciser le domaine d'intervention du conseil. Ce qui laisse croire qu'il y a deux catégories de représentants alors qu'en réalité, ce sont les dirigeants qui sont les seuls représentants sociaux légaux. De même, le législateur impose un organigramme vertical sans en tenir compte pour une élaboration cohérente du départ anticipé du dirigeant. Par contre, au sein de l'exécutif des sociétés à gérance, le législateur impose un organigramme horizontal qui constitue un obstacle à la définition d'une vision autour d'un responsable attitré et peut favoriser l'anarchie.

915. Ces réalités montrent les limites de la conception actuelle des structures directoriales. L'amélioration de l'organisation structurelle actuelle passe par une réorganisation de l'animation de la direction sociale (SECTION 1) et de la coopération des structures directoriales (SECTION 2).

²²⁸⁸ V. *infra* n° 954 s.

²²⁸⁹ V. *supra* n° 296 s.

²²⁹⁰ V. *supra* n° 163.

²²⁹¹ V. *supra* n° 155.

²²⁹² V. *infra* n° 919.

²²⁹³ Au sujet des dirigeants de fait, v. *supra* n° 11.

²²⁹⁴ Aux termes de l'article 436 de l'AUSCGIE, « dans ses rapports avec les tiers, la société est engagée, y compris par les décisions du conseil d'administration qui ne relèvent pas de l'objet social, dans les conditions et limites fixées à l'article 122 du présent Acte uniforme ». L'article 122 auquel le renvoi est fait dispose que « la société est engagée par les actes des organes de gestion, de direction et d'administration qui ne relèvent pas de l'objet social... ». Ces dispositions sèment une confusion dans la représentation de la société à l'égard des tiers qu'il est nécessaire de dissiper en limitant le conseil d'administration à son pouvoir de contrôle des actes des dirigeants qui sont eux habilités à engager la société à l'égard des tiers.

SECTION 1. LA RÉORGANISATION DE L'ANIMATION DES DIRECTIONS SOCIALES

916. Le statut actuel des dirigeants n'est pas ce qu'il était à la naissance des sociétés. Il a évolué et subi des réformes chaque fois que le besoin se fait sentir²²⁹⁵. Dès lors, l'on ne peut ignorer le besoin de réorganiser parfois l'animation de la direction des sociétés. Cette réorganisation consistera en une dynamisation des structures chargées de la direction (§ 1) et en une consolidation des structures intervenant dans la direction (§ 2).

§ 1. La dynamisation des structures chargées de la direction

917. La dynamisation des structures directoriales fait appel à plus de souplesse nécessitant une libéralisation de la personnalité des animateurs de la direction (A) et une extension de la liste des modes de direction (B).

A. La libéralisation de la personnalité des animateurs de la direction

918. L'exigence de la personnalité physique pour certaines fonctions de direction est un critère qui disqualifie les associés personnes morales. Ces associés sont donc contraints d'avoir recours à une personne physique qui n'a certainement pas contribué à la création de la société pour la diriger. Or, la nécessité de surveiller les actes du dirigeant amène parfois l'associé personne morale à banaliser les canaux légaux de contrôle qui lui sont reconnus²²⁹⁶ pour intervenir dans la direction aux fins de faire passer ses décisions. Pour éviter ces raccourcis favorisant des directions de fait, une libéralisation des directions réservées aux personnes physiques devient nécessaire (a) pour permettre une expérimentation de ses intérêts (b).

1. La libéralisation des directions réservées aux personnes physiques

919. Certaines directions sont réservées exclusivement aux personnes physiques. Il s'agit des directions assurées par le gérant de SARL²²⁹⁷, le président directeur général²²⁹⁸, le directeur général²²⁹⁹, le directeur général adjoint²³⁰⁰, et par l'administrateur général adjoint²³⁰¹. Ces directions ne peuvent être assurées par une personne morale. Le non-respect de l'exigence de désigner une personne physique à ces postes entraîne la nullité de la nomination. Dans le cadre de l'immatriculation de la société ou du changement d'organe, l'attribution de l'une de ces directions à une personne morale entraîne le rejet de la demande par le greffier pour non-respect de la loi²³⁰².

²²⁹⁵ V. *supra* n° 16 s.

²²⁹⁶ Sur le droit de contrôle des associés non dirigeants, V. not., V. C. CHOUKROUN, *Les droits des associés non gérants dans les sociétés à responsabilité limitée*, préf. A. AMIAUD, Bibl. dr. pr., t. 3, LGDJ, 1957 ; A. VIANDIER, *La notion d'associé*, th. Rouen, LGDJ, 1978 ; A.-M. CARTRON et B. MARTOR, *L'associé minoritaire dans les sociétés régies par le droit OHADA*, *Cah. dr. entr.* n° 1, Janvier 2010, dossier 2 ; J.-Ph. DOM, *La protection des minoritaires*, *Rev. sociétés* 2001, p. 533 ; M.-A. NJANDEU née MOUTHIEU, *Quelques mécanismes juridiques concourant à la protection de la société, entité économique, dans l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique (AUSC)*, *Revue africaine des sciences juridiques* 2008, Vol. 5, n° 1, 129 ; A.-M. CARTRON et B. MARTOR, *L'associé minoritaire dans les sociétés régies par le droit OHADA*, *Cah. dr. entr.* n° 1, Janvier 2010, dossier 2.

²²⁹⁷ Art. 323 al. 1^{er} de l'AUSCGIE.

²²⁹⁸ Art. 462 al. 2 de l'AUSCGIE.

²²⁹⁹ Art. 485 al. 1^{er} de l'AUSCGIE.

²³⁰⁰ Art. 470 de l'AUSCGIE.

²³⁰¹ Art. 510 de l'AUSCGIE.

²³⁰² V. *supra* n° à 865 s.

920. Auparavant, deux arguments majeurs militaient en faveur de la création des directions réservées aux personnes physiques. En premier lieu, la société est un « *corpus mysticum* » qui est condamnée ainsi à une incapacité d'exercice permanente²³⁰³. Elle ne peut exercer elle-même ses droits et est contrainte à faire recours à une personne physique à titre de représentant²³⁰⁴ dans ses relations avec les tiers. En second lieu, l'exigence d'une personne physique « *...se justifiait lorsque les personnes morales n'encouraient pas de responsabilité pénale* »²³⁰⁵. Un vieil arrêt de la Cour de cassation française du 8 mars 1883 avait soutenu qu'une sanction pénale ne pouvait être prononcée contre une personne morale, notamment une société commerciale, être moral qui ne peut encourir qu'une responsabilité civile²³⁰⁶. Certains auteurs avaient expliqué cette irresponsabilité pénale des sociétés par l'impossibilité pour elles d'exprimer une volonté²³⁰⁷, le principe de spécialité des personnes morales rendant licite l'infraction étrangère à l'objet ainsi que la personnalité des peines²³⁰⁸. Cela étant, en plus de l'incapacité d'exercice des personnes morales, l'immunité pénale de la société peut favoriser des dérives et rendre stérile la fonction moralisatrice assignées aux sanctions pénales²³⁰⁹. Les personnes physiques étaient donc apparues comme les plus aptes à représenter la société à l'égard des tiers et à encourir les risques en cas de fautes.

921. Mais ces justifications sont actuellement intenable. Car il est reconnu aujourd'hui la possibilité pour une personne morale de diriger une société²³¹⁰. Le dirigeant personne morale n'est pas tenu de désigner un représentant permanent, ce qui signifie qu'elle a le choix de son ou ses représentants, sous la responsabilité de ses dirigeants légaux²³¹¹. Le mouvement est même suivi par le législateur qui a libéralisé la personnalité de certains dirigeants. Il en est ainsi du gérant de SNC et de l'administrateur général de la société anonyme avec administrateur général²³¹². On comprend mal la possibilité pour un administrateur général d'être une personne morale²³¹³ alors que son adjoint doit être nécessairement une personne physique. Les directions réservées sont moins défendables actuellement, encore que les fonctions de représentation soient plus facilement exercées par une personne physique que par une personne morale²³¹⁴.

D'autre part, si les directions réservées se justifiaient par l'irresponsabilité pénale des personnes morale, la suppression actuelle de l'immunité pénale des personnes morales en France²³¹⁵ fait perdre tout intérêt au

²³⁰³ V. M. R. HOUIN, *Les incapacités*, RTD civ. 1947, 383 ; I. MARIA, *De l'intérêt de distinguer jouissance et exercice des droits*, JCP éd. G, 2009, p. 149 ; V. WESTER-OUISSSE, *La jurisprudence et les personnes morales, Du propre de l'homme aux droits de l'homme*, JCP éd. G, 2009, p. 121.

²³⁰⁴ Y. GUYON et N. DION, *Personnalité morale des sociétés, Effets*, J.-Cl., Fasc. 28-15, 11, 1997, p. 3.

²³⁰⁵ Y. GUYON, *Droit des affaires, tome 1, Droit commercial et Sociétés*, op. cit., spec. n° 341 et 484.

²³⁰⁶ Cass. crim., 8 mars 1883, DP 1884, 1, 428.

²³⁰⁷ R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel, t. 1, Problèmes généraux de la science criminelle. Droit pénal général*, op. cit., p. 805, n° 637.

²³⁰⁸ VIDAL, *Droit des sociétés*, op.cit., n° 115.

²³⁰⁹ V. supra n° 376.

²³¹⁰ J. RICHARD, *La personne morale gérante des sociétés de personnes*, JCP 1987, p. 563 ; *Dr. Sociétés*, avril 1987, p. 3.

²³¹¹ P. LE CANNU, *Droit des sociétés*, op. cit., n° 1400.

²³¹² Le législateur est silencieux sur la personnalité de l'administrateur général au cours de sa désignation : V. art. 495 à 497 de l'AUSCGIE. Ce qui laisse comprendre qu'il peut être une personne morale.

²³¹³ V. supra n° 839.

²³¹⁴ Y. GUYON, *Droit des affaires, tome 1, Droit commercial et Sociétés*, op. cit., spec. n° 341 et 484.

²³¹⁵ V. supra n° 132 s.

maintien des directions réservées. Une partie de la doctrine trouve qu'il s'agit d'une « ...*anomalie dans une loi qui réserve aux personnes physiques la fonction de gérant de société à responsabilité limitée, président du conseil d'administration, directeur général et membre du directoire d'une société anonyme* »²³¹⁶.

922. En outre, l'exclusion des personnes morales de certaines directions peut être considérée comme une discrimination. En effet, le législateur de l'OHADA n'a soumis l'exercice de la fonction sociale à aucune condition de capacité civile²³¹⁷, sauf pour la fonction de gérant de SNC au regard de laquelle le gérant associé doit nécessairement avoir la capacité²³¹⁸ hormis le mineur émancipé²³¹⁹. Son homologue français a exigé la capacité civile pour l'exercice de la fonction sociale sauf pour la fonction de directeur général où il a gardé un silence²³²⁰. Il apparaît donc que certaines fonctions de direction sont théoriquement ouvertes à des incapables tout de même émancipé alors qu'elle est refusée à une personne morale sous prétexte qu'elle est incapable. De même, en excluant les personnes morales de la direction, le législateur les contraint à confier la société à des personnes physiques qui n'ont forcément pas investi dans la société. Or, le risque de dérive technocratique peut augmenter en confiant la direction à une personne qui n'est pas associé²³²¹. Le dirigeant non associé sera moins diligent dans sa fonction que s'il avait investi dans la société.

923. Il importe donc de souscrire à la nécessité de libéraliser la personnalité des dirigeants pour introduire plus de souplesse dans l'organisation de la direction. La libéralisation permet aux associés personnes morales d'occuper personnellement la direction des sociétés qu'elles ont créées sans forcément avoir recours à une personne physique. A notre avis, il est admissible que la fonction de gérant de SARL, de président-directeur général, de directeur général, de directeur général adjoint ou de l'administrateur général adjoint peut être confiée à une personne morale. Cette mesure comporte des intérêts indéniables.

2. L'intérêt de la libéralisation

924. La libéralisation des directions réservées aux personnes physiques présente des intérêts tant au regard de la création des sociétés qu'au regard de leur direction.

925. En effet, la suppression des directions réservées permettent de favoriser la diversification des formes sociales des filiales communes et d'accroître la souplesse dans la formation des groupes de sociétés. Actuellement, la création de filiales communes sous certaines formes sociales est exclue à cause des directions réservées. L'exigence de la désignation d'une personne physique ne permet pas les SA avec conseil

²³¹⁶ G. RIPERT et R. ROBLOT, *Traité de droit des affaires, t. 2, par M. GERMAIN et V. MAGNIER, Les sociétés commerciales, op. cit.*, n° 1191, p. 167.

²³¹⁷ V. *supra* n° à 542-545.

²³¹⁸ Art. 6 de l'AUDCG. Selon cet article, « *Nul ne peut accomplir des actes de commerce à titre de profession, s'il n'est juridiquement capable d'exercer le commerce* ».

²³¹⁹ Art. 7 al. 1^{er} de l'AUDCG. Cet art. dispose : « *Le mineur, sauf s'il est émancipé, ne peut avoir la qualité de commerçant ni effectuer des actes de commerce* ».

²³²⁰ V. *supra* n° à 543.

²³²¹ Y. GUYON, *Droit des affaires, tome 1, Droit commercial et Sociétés, op. cit.*, n° 349-1, p. 375.

d'administration composées de sociétés²³²², car il faut nécessairement y faire entrer au moins une personne une personne physique pour occuper le poste de président du conseil d'administration ou de président-directeur général. La filiale commune ayant la forme de SARL peut être créée mais sa direction doit nécessairement être confiée à un tiers, car aucune des sociétés associées ne peut assurer la direction en raison de l'exigence de la personnalité physique du gérant. Pour répondre à cette exigence, la société mère utilise souvent la technique du contrat de travail ayant pour objet l'exercice d'une fonction sociale²³²³ pour confier la direction de la filiale à l'un de ses salariés. Mais cette technique ne garantit pas toujours l'intérêt de la société contre les déviations du dirigeant non associé qui va privilégier ses intérêts personnels à ceux de la société en dépit des risques des sanctions. Les seules formes de filiales communes pouvant être dirigées par les sociétés associées sont la SNC, la SCS et la société anonyme avec administrateur général.

Or, ces formes de sociétés ne présentent pas les avantages liés à la constitution d'une SA avec conseil d'administration qui fait exception à la constitution d'une filiale commune à cause des directions réservées. Déjà au milieu du XX^e siècle, les mérites de la société anonyme étaient vantés. Georges RIPERT trouvait que la société anonyme est un merveilleux instrument du capitalisme moderne²³²⁴. Dans le même sens, le professeur PAILLUSSEAU a pu démontrer que la société anonyme à conseil d'administration est une technique d'organisation de l'entreprise²³²⁵. De son côté, le professeur CHAMPAUD reconnaît à la société anonyme le pouvoir de concentration²³²⁶. La paralysie de la constitution de la SA à conseil d'administration à titre de filiale commune à cause des directions réservées est une maladresse qui mérite d'être corrigée.

926. Egalement, la suppression des directions réservées peut contribuer à enterrer les directions de fait assumées par une personne morale associée majoritaire. Les associés minoritaires n'ont généralement pas d'intérêt à s'immiscer dans la direction de la société pour se rendre comptables des conséquences des dérives des dirigeants dont la désignation émane des majoritaires. Ils préfèrent user des moyens légaux d'intervention dans la direction notamment l'alerte, la demande d'une expertise de gestion ou la saisine du commissaire aux comptes. En revanche, les associés majoritaires ont tendance à monnayer la confiance accordée aux dirigeants par le silence de ceux-ci au regard de leur intervention dans la direction sous prétexte de les révoquer en cas de protestation²³²⁷. Ces formes d'interventions sont par principe interdites²³²⁸. Cette interdiction est même formalisée à l'égard des associés commanditaires²³²⁹ même s'ils sont les principaux bailleurs de la société. La violation de

²³²² G. RIPERT et R. ROBLLOT, *Traité de droit des affaires, tome 2, par M. GERMAIN et V. MAGNIER, Les sociétés commerciales, op. cit.*, n° 1675, p. 505.

²³²³ Sur la question, v. *supra* n° 594 s.

²³²⁴ G. RIPERT, *Aspects juridiques du capitalisme moderne, op. cit.*, n° 46, p. 109.

²³²⁵ J. PAILLUSSEAU, *La société anonyme, technique d'organisation de l'entreprise*, 1967.

²³²⁶ C. CHAMPAUD, *Le pouvoir de concentration de la société par actions*, Sirey, 1962, p. 287

²³²⁷ V. Com., 2 nov. 2005, *Société Nord-Est c/ M. Villa*, *Rev. sociétés* 2006, p. 398, note D. PORACCHIA.

²³²⁸ V. Ch. GERSCHEL, *Le principe de non-immixtion en droit des affaires, Petites Affiches*, 1995, n° 104, p. 8, et n° 105, p. 4.

²³²⁹ V. POTU, *La défense d'immixtion du commanditaire, DH* 1933, chron., p. 21.

cette intervention exposent l'associé auteur à la qualification de dirigeants de fait avec ses risques²³³⁰. Le dirigeant de fait est « ...celui qui, en toute souveraineté et indépendance, exerce une activité positive de gestion et de direction »²³³¹.

927. Dans le cas particulier de la société mère, sa responsabilité de dirigeant de fait peut être retenue soit en raison de sa faute délictuelle²³³², de son immixtion²³³³ ou de l'apparence²³³⁴. Un arrêt du 12 juin 2012 de la Cour de cassation française semble reconnaître une certaine hégémonie à l'immixtion en la faisant absorber l'apparence²³³⁵. De toute évidence, l'immixtion apparaît comme une réaction des sociétés mères contre leur exclusion légale de certaines directions. Peu importe qu'elle soit trompeuse ou sans ingérence²³³⁶, interne ou externe²³³⁷, l'immixtion démontre la volonté de la société mère de résister à la loi ou de la contourner. Un auteur trouve même que « la société unipersonnelle filiale à 100% d'une société mère doit se conformer à la politique du groupe et la société mère s'immiscera très fréquemment dans sa gestion »²³³⁸. Cette résistance de la société mère aux directions réservées a donné lieu à une reconnaissance légale de la direction de la filiale en difficulté sous la responsabilité de la société mère qui s'est immiscée dans sa gestion²³³⁹, même si la loi continue d'exclure la société mère de la direction de la filiale *in bonis*. Cette admission de la direction de fait sous la responsabilité de la société mère est partagée par la jurisprudence qui en fait application même en l'absence de procédure collective dès lors qu'un créancier de la filiale se prévaut d'un droit contre elle et que ce droit est né d'un acte de la direction de la filiale auquel la société mère a participé²³⁴⁰. Peu importe que l'immixtion soit faite par personne interposée²³⁴¹ ou résulte d'une distribution intégrée²³⁴². Dès lors qu'il est démontré que l'acte est commis sous instruction de la société mère, il est censé être accompli sous sa responsabilité.

²³³⁰ V. *supra* n° 585-588.

²³³¹ J.-L. RIVES-LANGE, *La notion de dirigeant de fait*, préc., p. 42 et s ; C. DELATTRE, *L'inlassable travail de la Cour de cassation quant à la détermination de la notion de direction de fait*, préc., p. 1872 et s.

²³³² Com., 5 févr. 1991, n° 89-12.232, *Bull. Joly Sociétés* 1991, p. 391, note Ph. DELEBECQUE ; D. 1992, p. 27, note Y. CHARTIER ; *Rev. sociétés* 1991, p. 545, note C. BOLZE ; *RTD civ.* 1991, p. 531, obs. J. MESTRE ; *RTD com.* 1992, obs. C. CHAMPAUD et D. DANET.

²³³³ Com., 26 févr. 2008, n° 06-20.310, *RTD com.* 2008, p. 516, obs. C. CHAMPAUD et D. DANET ; - Com., 4 mars 1997, n° 95-10.756, *S^{te} Econom location c/ GIE Gestion croissance*, *Bull. Joly* 1997, p. 557, note J.-J. DAIGRE ; *Rev. sociétés* 1997, p. 554, note P. DIDIER ; *RTD civ.* 1997, p. 691, obs. P.-Y.

²³³⁴ J. SCHMEIDLER, *La responsabilité de la société mère pour les actes de sa filiale*, préc., p. 586.

²³³⁵ Com., 12 juin 2012, *Markinter c/ Sté PCAS*, *Bull. Joly* 2012, p. 611, note J.-F. BARBIERI ; *Rev. sociétés* 2013, p. 95, C. TABOUROT-HYEST ; *Dr. sociétés*, 1er oct. 2012, p. 18, obs. R. MORTIER ; *RTD civ.* 2012, p. 546, obs. P.-Y. GAUTIER. V. aussi, J. SCHMEIDLER, *La responsabilité de la société mère pour les actes de sa filiale*, préc., p. 584.

²³³⁶ V. Com., 21 juin 2011, *Bernard c/DSF du Rhône*, *Rev. sociétés* 2011, p. 581, J.-Ph. DOM.

²³³⁷ V. C. HANNOUN, note sous Com., 26 févr. 2008, n° 06-20-310, *S^{te} Codiam c/ Serfi International*, *Bull. Joly Sociétés* 2008, p. 606 ; J. SCHMEIDLER, *La responsabilité de la société mère pour les actes de sa filiale*, préc., p. 587.

²³³⁸ A. A. TSAKADI, *Réflexion sur les pouvoirs de l'associé unique*, préc., p. 115.

²³³⁹ L'art. 180 de l'AUPC précise que « les dispositions du présent chapitre sont applicables, en cas de cessation de paiements d'une personne morale, aux dirigeants (...) morales, de (...) fait, apparents ou occultes... ». Le chapitre prévoit la responsabilité pour insuffisance d'actif.

²³⁴⁰ Com. 15 juin 1993, *ATE spécialités chimiques c/ Sté Lymo*, *Rev. sociétés* 1993, p. 730, note R. LIBCHABER.

²³⁴¹ V. P. LE CANNU, *Droit des sociétés*, *op. cit.*, n° 1556. L'auteur met en œuvre l'interposition du comité de direction. – J. M. PEREZ et F. MAZERON, *Dangers de la qualification de dirigeant de fait pour les acteurs du Private Equity*, préc., n° 6. L'auteur relève l'interposition de salariés. Adde, A. DUBOIS-de LUZY, *L'interposition de personne*, *op. cit.*, spéc. n° 765 à 775.

²³⁴² V. L. GIMALAC, *Le contrat d'intégration révélé par les actions en comblement et en extension du passif (art. 180 et 182 de la loi du 25 janvier 1985 sur les entreprises en difficultés)*, préc., p. 601.

928. Le moyen judiciaire pour faire cesser le contournement par les sociétés mères de leur exclusion des directions réservées pour s'y immiscer illégalement alors même que cette immixtion semble légitime, est de libéraliser la personnalité des dirigeants. Cette libéralisation permet donc aux sociétés mères non seulement de créer leurs filiales communes sous n'importe quelle forme sociale mais aussi de les diriger directement et légalement sans forcément recourir nécessairement à un intermédiaire. Cette libéralisation peut s'accompagner d'une extension des modèles de direction.

B. L'extension des modes de direction

929. Actuellement, le choix d'un modèle de direction est fermé²³⁴³. Une telle fermeture pouvait se justifier par la nécessité de prendre des précautions à la naissance du nouveau droit des sociétés OHADA. Aujourd'hui, ce droit a mûri et est appelé à se dynamiser au contact avec d'autres droits. Il peut introduire plus de souplesse dans la direction des sociétés en intégrant de nouvelles mesures dont l'extension des modèles de direction. Cette extension nécessite l'institution préalable de nouvelles formes de sociétés (1) et une précaution dans le cadre de l'animation d'une pluralité de modes de direction (2).

1. L'institution préalable de formes sociales nouvelles

930. Dans l'objectif de rendre le droit des sociétés OHADA compétitif avec des droits étrangers dont le droit français, il est nécessaire qu'il ne s'enferme pas autour des formes sociales qu'elle a envisagées à sa naissance. Il peut importer d'autres formes sociales qui ont été bien accueillies par le milieu des affaires après leur intégration particulièrement au droit français. Il s'agit de la société anonyme à directoire (a) et de la société par actions simplifiée (b).

a. L'institution de la société anonyme à directoire

931. Contrairement au législateur français, le législateur de l'OHADA n'a pas institué la société anonyme à directoire. Il s'est contenté de la société anonyme à conseil d'administration. Or, en droit français, l'institution de la société anonyme à directoire était venue pour corriger les ambiguïtés dans la direction de la société anonyme à conseil d'administration. Ces ambiguïtés existent évidemment en droit OHADA et peuvent toujours justifier l'adoption de la société anonyme à directoire par le législateur (i). La société anonyme présente des spécificités notamment dans sa direction qui peuvent favoriser une diversification des modèles de direction (ii).

i. Les ambiguïtés dans la direction de la SA à conseil d'administration

932. Déjà en 1965, il était constaté que le fonctionnement de la direction de la SA avec conseil d'administration ne procurait plus satisfaction. Il s'était écarté de la philosophie qui a présidé à sa conception.

933. En effet, le conseil d'administration ne jouait que rarement son rôle de contrôle de la gestion. Le plus souvent, il se bornait à contrôler le président. La plupart des fautes des administrateurs étaient des fautes de

²³⁴³ V. *supra* n° 813 s.

surveillance²³⁴⁴. L'essentiel du pouvoir est passé au président et à ses auxiliaires. Le conseil d'administration tend à devenir une structure de surveillance beaucoup plus que de décision²³⁴⁵. Le contrôle des actionnaires sur les dirigeants ne s'exerce pas dans des conditions satisfaisantes. Dans l'immense majorité des sociétés, il est devenu illusoire parce que les dirigeants en place ont la majorité à l'assemblée, grâce aux actions qu'ils détiennent directement et aux pouvoirs en blanc qui leur sont envoyés par les actionnaires absents. Dans quelques rares sociétés où le contrôle est exercé sur les dirigeants, ceux-ci évitaient de prendre les décisions idoines à cause de la menace de la révocation *ad nutum*. Dans les sociétés de famille ou filiales, les dirigeants n'y sont que de simples exécutants, contrairement au vœu de la loi²³⁴⁶. De plus, la société anonyme à conseil d'administration ne favorisait pas les changements de pouvoirs dans la continuité compte tenu de l'influence prépondérante du président. Or, dans la nouvelle modalité de société anonyme, il y a une facilité de changement de génération : les anciens demeurent au conseil de surveillance, les jeunes sont nommés au directoire²³⁴⁷.

934. L'évacuation de ces ambiguïtés devaient passer par une réforme de la direction de la société anonyme avec conseil d'administration ou l'institution d'une autre modalité de SA plus rationnelle. Le législateur français avait préféré la seconde option en 1966 au moment de la réforme du droit des sociétés commerciales. La rationalité avait consisté à distinguer nettement la gestion de la surveillance ou du contrôle sans se référer à la notion d'administration. C'est ainsi que la société à directoire est apparue comme une structure nouvelle pouvant permettre d'atteindre le but visé par les bons gestionnaires, c'est-à-dire centraliser les objectifs et décentraliser les organes de direction²³⁴⁸. La détermination des objectifs devait revenir au conseil de surveillance et la gestion au directoire. La décentralisation des organes de direction devait se traduire par la création d'un organe collégial de direction au sein duquel les membres se répartiront les compétences de direction. Cette structuration de la nouvelle société est directement inspirée de la répartition des pouvoirs effectuée par la loi allemande entre le *Vorstand* (directoire) et l'*Aufsichtsrat* (conseil de surveillance)²³⁴⁹.

935. De son côté, le législateur de l'OHADA a semblé prendre la mesure des ambiguïtés qui gangrénèrent la direction des SA en opérant avant l'entrée en vigueur de l'AUSCGIE en 1998, une dissociation de la fonction de président du conseil d'administration de la fonction de directeur général. Plus tard, la même réforme a été entreprise par le législateur français à la faveur de la loi NRE du 15 mai 2001. Elle a été jugée par certains auteurs comme devant entraîner une désaffection à l'égard des sociétés à directoire²³⁵⁰. Or, en réalité, la

²³⁴⁴ P. LE CANNU et B. DONDERO, *Droit des sociétés*, op. cit., n° 807.

²³⁴⁵ Y. GUYON, *Droit des affaires, tome 1, Droit commercial général et Sociétés*, op. cit., n° 351.

²³⁴⁶ *Ibid.*

²³⁴⁷ *Ibid.*

²³⁴⁸ *Ibid.* V. aussi, LACHAT, *La répartition des pouvoirs de gestion et de contrôle dans une société anonyme*, *Rev. sociétés* 1981, p. 739 ; H. HOVASSE, R. GENTILHOMME et M. DESLANDES, *Directoire et conseil de surveillance : Enjeux de pouvoirs*, *Dr. sociétés* nov. 1998, p. 6.

²³⁴⁹ Pour une étude plus approfondie sur la question, v. P. BARTÉLÉMY, *La direction des sociétés en France et en Allemagne*, th. Nancy, 1953.

²³⁵⁰ V. P. CATALA, *Les lois du marché*, Mélanges GHESTIN, p. 213 ; P. TOTH, *Droit allemand des sociétés*, *Dr. et patr.*, juillet 2000, p. 63.

dissociation des fonctions du président du conseil d'administration de celles du directeur général n'est pas effective lorsque le président est amené à exercer la fonction de directeur général. Le cumul des deux fonctions nous ramène à la situation qui a prévalu à la veille de l'introduction de la société anonyme à directoire dans le droit français. « *Chasser le naturel, il revient au galop* » selon un adage populaire. Les ambiguïtés tant décriées demeurent présentes dans le cadre du cumul et ne sont pas toujours exclues dans le cadre d'une dissociation dans la mesure où la distinction entre la gestion et le contrôle n'est pas très nette. Les ambiguïtés sont d'ailleurs favorisées par le législateur qui tend à confondre les attributions du conseil d'administration avec celles de la direction en confiant au conseil des pouvoirs étendus au-delà de l'objet social à l'égard des tiers²³⁵¹. Le conseil devient un représentant légal de la société comme les dirigeants alors que son rôle est de contrôler les dirigeants.

936. L'enrayement des ambiguïtés n'est certain que dans le cadre d'une société anonyme à directoire. Cette nouvelle modalité de société anonyme est dotée d'une direction originale.

ii. L'originalité de la direction de la SA à directoire

937. Contrairement aux structures directoriales de la SA classique, le directoire est une structure collégiale. L'article L. 225-58 du Code de commerce fixe le nombre maximum des membres du directoire à sept dans les sociétés dont les actions sont cotées sur un marché réglementé. Il précise, d'autre part, que dans les sociétés anonymes dont le capital est inférieur à 150 000 euros, les fonctions dévolues au directoire peuvent être exercées par une seule personne. Au cas où le capital est égal ou supérieur à 150 000 euros, le directoire est constitué de deux membres au moins. La détermination du nombre des membres du directoire est réservée aux statuts. En cas de silence des statuts, le conseil de surveillance peut fixer le nombre²³⁵².

938. Pour garantir l'indépendance du directoire par rapport au conseil de surveillance, il est interdit qu'un membre du conseil de surveillance soit nommé au directoire²³⁵³. Un conseiller ne peut intégrer le directoire que s'il démissionne de sa fonction²³⁵⁴, alors que dans la société anonyme classique, un administrateur peut cumuler sa fonction avec celle de directeur général. Toute nomination en infraction à cette interdiction est réputée non écrite. Elle est exposée à un rejet systématique par le greffier lors de la demande de sa publication²³⁵⁵. L'indépendance du directoire est renforcée eu égard aux règles qui gouvernent la révocation de ses membres. La loi exige un juste motif de révocation. Si la révocation est décidée sans juste motif, elle peut donner lieu à des dommages intérêts²³⁵⁶ sans que le montant de la condamnation puisse excéder la réparation du préjudice effectivement subi²³⁵⁷. La révocation relève, par principe, de la compétence de l'assemblée générale et non du conseil de surveillance. Le

²³⁵¹ V. *supra* n° 64.

²³⁵² Art. R. 225-35 du Code de commerce.

²³⁵³ Art. L. 225-74 du Code de commerce.

²³⁵⁴ En ce sens, G. RIPERT et R. ROBLOT, *Traité de droit des affaires*, par M. GERMAIN et V. MAGNIER, *Les sociétés commerciales*, *op. cit.*, n° 1693.

²³⁵⁵ V. *supra* n° 865 s.

²³⁵⁶ Cass. com., 23 juin 1975, *Rev. sociétés* 1978, 483, note Y. GUYON, *DS* 1978, p. 645, note GUYENOT ; 7 juin 1983, *Rev. sociétés* 1983, p. 796, note P. LE CANNU.

²³⁵⁷ Cass. com., 22 nov. 1977, *Rev. sociétés* 1978, 483, note Y. GUYON, *DS* 1978, p. 645, note GUYENOT.

conseil ne peut exceptionnellement révoquer un membre du directoire que si les statuts lui ont conféré ce pouvoir²³⁵⁸. Dans le fonctionnement de la société, le directoire est le seul organe habilité à représenter la société à l'égard des tiers²³⁵⁹. Sa concurrence par le conseil de surveillance dans la représentation de la société est exclue, car le conseil n'est confiné qu'au rôle de contrôle des actes du directoire²³⁶⁰. Le président du conseil n'a qu'un pouvoir réduit à l'animation du fonctionnement de sa structure²³⁶¹.

939. Au final, la société à directoire nous propose une nouvelle approche de la direction sociale. Cette approche apparaît plus rationnelle en dissociant la fonction de gestion de la fonction de contrôle. Elle évite toute accointance des membres du directoire avec les membres du conseil de surveillance. Elle contribue à un enrichissement des modes de direction en nous fournissant deux nouveaux modes optionnels inconnus des autres sociétés : le président du directoire ou le directeur général unique. L'autorité du président du directoire à l'égard des autres membres du directoire est garantie par sa nomination par le conseil de surveillance contrairement au président du conseil d'administration qui est nommé par les autres administrateurs. En conséquence le président du directoire ne pourrait être destitué par les autres directeurs contrairement au président du conseil d'administration qui est exposé à une révocation par les autres administrateurs. L'introduction de la société anonyme à directoire dans l'espace de l'OHADA contribuera à une extension des modes de direction. Cette extension n'est pour le moment réalisée que par l'intégration de la société par action simplifiée au droit de l'OHADA grâce à la révision récente de l'AUSCGIE.

b. L'institution de la société par actions simplifiée

940. La société par actions simplifiée est apparue en droit français avec la loi n° 94-1 du 3 janvier 1994. Elle est récemment introduite en droit de l'OHADA grâce à la révision de l'AUSCGIE le 30 janvier 2014 à Ougadougou²³⁶². L'institution de la SAS ne saurait entraîner un désintérêt pour la société anonyme à administrateur général²³⁶³ qui se rapproche d'elle. La SA à administrateur général était déjà instituée depuis la première version de l'AUSCGIE mais elle est inconnue du droit français des sociétés. Au moment de l'adoption de la première version de l'AUSCGIE à la fin du XX^e siècle, le législateur avait préféré la société anonyme à administrateur général à la SAS pourtant déjà instituée en droit français. Cette préférence se justifiait par la proximité de la SAS avec la SA à administrateur général en raison de l'organisation souple de leur fonctionnement dont celle de leur direction (i), ce qui avait réduit l'intérêt pour une institution de la SAS dans le temps. Mais cette proximité ne donne pas lieu à une confusion de ces deux formes sociales à telle enseigne que

²³⁵⁸ Art. L. 225-61 al. 1^{er} du Code de commerce.

²³⁵⁹ Art. L.225-64 al. 1^{er} du Code de commerce.

²³⁶⁰ V. not., M. D. CRUEGE, *La dualité des organes de contrôle dans les sociétés anonymes à directoire*, *Rev. sociétés* 1975, p. 421 ; CHASSERY, *Les attributions du conseil de surveillance*, *RTD com.* 1976, p. 449.

²³⁶¹ V. CAUSSAIN, *L'autre président : le président du conseil de surveillance...*, *Mélanges DIDIER*, Economica, 2008, p. 101.

²³⁶² Le régime de la SAS est soumis aux art. 853-1 à 853-23 de l'AUSCGIE révisé.

²³⁶³ V. art. 414 et 494 à 515 de l'AUSCGIE. Pour des études sur la SA à administrateur général, V. not., F. MEMAN, *La société unipersonnelle dans le droit des sociétés commerciales OHADA : une législation à parfaire*, *Penant* 2009, n° 868, p. 312 ; M. EMIEN, *L'administration et la direction de la société anonyme de type nouveau issue de la réforme du droit des sociétés commerciales applicables dans la zone OHADA*, préc., p. 261 ; B. LE BARS, *Management et financement de la société anonyme de droit OHADA*, *JCP* n° 44, 2004, Suppl. n° 5, p. 12.

l'introduction de la SAS en droit OHADA soit considérée comme vaine. La SAS présente des particularités au niveau du mode de sa direction qui est différent de celui de la SA à administrateur général (ii).

i. Une société proche de la SA à administrateur général au regard de la souplesse de sa direction

941. La proximité de l'organisation de la direction de la SAS et de la SA à administrateur général est perceptible sur un double point : la possibilité pour l'actionnaire unique de se confier la direction et l'ouverture de la direction à des personnes morales.

942. En effet, la SAS et la SA à administrateur général peuvent être constituées par un seul actionnaire contrairement à la société à conseil d'administration où il faut au moins deux associés en droit OHADA²³⁶⁴ et sept en droit français²³⁶⁵. Le législateur de l'OHADA a envisagé cette possibilité dès l'entrée en vigueur de l'AUSCGIE²³⁶⁶. Son homologue français n'a permis la création de la SAS par un seul actionnaire qu'à la faveur de la loi n° 99-587 du 12 juillet 1999²³⁶⁷. Cette loi inspirée par la réforme allemande d'août 1994 ayant ouvert la *Kleine Aktiengesellschaft* aux petites et moyennes entreprises²³⁶⁸ est venue bouleverser le droit français des sociétés²³⁶⁹. Avec l'adoption de la SAS, on se demande si la SARL n'a pas perdu son charme qu'elle va certainement concurrencer²³⁷⁰.

Contrairement à la SARL unipersonnelle dont la direction ne peut, en l'état actuel de la législation, être confiée qu'à une personne physique, la direction de la SAS et de la SA à administrateur général constituée par un seul actionnaire personne morale peut être occupée par cette dernière. L'associé personne morale n'est pas

²³⁶⁴ Pour constituer le conseil d'administration, il faut au moins trois administrateurs (art. 416 de l'AUSCGIE). Or, la loi permet que le tiers du nombre des administrateurs puisse être des non actionnaires (art. 417 de l'AUSCGIE). Ainsi donc, deux actionnaires au moins peuvent constituer une société anonyme à conseil d'administration dès lors qu'ils peuvent composer le conseil d'administration avec un troisième administrateur non actionnaire.

²³⁶⁵ Art. L. 225-1 du Code de commerce.

²³⁶⁶ La création de la SA à administrateur général est permise par l'art. 385 al. 2 qui dispose que « *la société anonyme peut ne comprendre qu'un seul actionnaire* ». Cette disposition trouve application à travers l'art. 494 de l'AUSCGIE dans le cadre de l'institution de la SA à administrateur général. Aux termes de cette disposition, « *les sociétés anonymes comprenant un nombre d'actionnaires égal ou inférieur à trois ont la faculté de ne pas constituer un conseil d'administration et peuvent désigner un administrateur général qui assume sous sa direction, les fonctions d'administration et de direction de la société...* ». Il ressort de cette disposition que la SA à administrateur général peut être constituée par un seul actionnaire qui peut choisir d'assurer lui-même la direction sociale.

²³⁶⁷ V. J-P. BERTREL, *La SAS : bilan et perspectives, Dr. et patr.*, sep. 1999, p. 40 ; J. PAILLUSSEAU, *La nouvelle société par action simplifiée. Le big-bang du droit des sociétés, D.* 1999, chron. 333 ; J. PAILLUSSEAU et « autres », *La SAS, une nouvelle structure pour les PME et les personnes physiques, JCP éd. E*, 2002, p. 458 ; P. LE CANNU, *La SAS pour tous, Bull. Joly Sociétés* 1999, p. 841 ; D. VIDAL, *Le deuxième souffle législatif de la société par actions simplifiée, Dr. sociétés*, août-sept 1999, p. 4 ; Y. GUYON, *L'élargissement du domaine des sociétés par actions simplifiée, Rev. sociétés* 1999, p. 505.

²³⁶⁸ V. K. G. WEIL et KUTSCHER-PUIS, *Vague de débureaucratization des sociétés anonymes en Allemagne : naissance d'une société par action simplifiée à l'allemande ?*, cité P. LE CANNU et B. DONDERO, *Droit des sociétés, op. cit.*, p. 953 ; F. JAULT-SESEKE et Ch. SESEKE, *La petite société anonyme (droit allemand), Bull. Joly Sociétés*, févr. 1995, p. 139, § 36 ; B. LAURIN, *La nouvelle loi allemande sur les petite sociétés par action et la simplification du droit des sociétés par actions, Petites Affiches*, 2 novembre 1994, n° 131, p. 11.

²³⁶⁹ G. BARANGER, *Le droit des sociétés bouleversé à la sauvette. L'ouverture de la société par actions simplifiée (SAS) unipersonnelle, Bull. Joly Sociétés* 1999, p. 831.

²³⁷⁰ M.-H. MONSERIE-BON, *La loi de modernisation de l'économie : que reste-t-il du charme des SARL ?*, *RJ com.* 2008, p. 359 ; P. LE CANNU, *La SAS dans la concurrence des formes de sociétés, Bull. Joly Sociétés* 2008, p. 236 ; Ch. CARDON, *La loi de modernisation de l'économie et le match SARL/SAS : coup de sifflet final ?*, *Bull. Joly Sociétés* 2009, p. 524.

contrainte à désigner une personne physique ni un représentant permanent. Il peut directement diriger la société sans intermédiaire. La direction de la SAS ou de la SA à administrateur général constituées par une autre société sera directement assurée par les dirigeants de cette société. Si la société actionnaire unique de la SAS dispose de plusieurs représentants légaux, chacun engage la SAS²³⁷¹. Cela vaut aussi pour la SA à administrateur général. Cette souplesse favorise la création de filiale personnelle sous forme anonyme avec l'intention de la société mère d'en assurer la direction. Elle évite d'inscrire dans l'illégalité les interventions de la société mère au sein de la direction de sa filiale.

943. Cette souplesse de l'organisation de la direction de ces deux formes de sociétés anonymes à travers l'ouverture de leur direction aux personnes morales, est une mesure incitative pour la création de filiale commune sous l'une de ces formes²³⁷². Certes, l'élargissement des obligations d'information dans les sociétés contrôlées pourrait atténuer la discrétion de la SAS²³⁷³. Mais ces contraintes ne sauraient décourager la constitution de filiale commune sous la forme de SAS dont les utilités²³⁷⁴ forcent l'attraction. En vertu de leur aptitude à pouvoir diriger la filiale commune, les sociétés mères pourront opter pour une direction par rotation ou pour une direction où toutes les sociétés seront représentées en se partageant les fonctions au sein de la direction. Ainsi, la nomination de co-président de la SAS est possible lorsque ce sont les personnes morales qui assurent cette fonction²³⁷⁵. Cette éventualité est peu probable dans la SA à administrateur général, car le législateur ne prévoit pas de co-administrateur général mais un ou plusieurs administrateurs adjoints qui doivent être nécessairement des personnes physiques. Ce qui y semble envisageable est le recours à la direction tournante sans création de poste d'administrateur général adjoint afin d'éviter d'introduire une personne physique au sein de la direction jusqu'à la suppression de cette exigence par le législateur.

944. Cette proximité de la SA à administrateur général avec la SAS sur plusieurs points dont l'organisation souple de leur direction avait certainement justifié l'abstinence du législateur de l'OHADA à instituer la SAS dans la première version de l'AUSCGIE. Mais cette proximité ne peut cacher d'autres avantages particuliers à la SAS qui permettraient de la distinguer de la SA à administrateur général et qui peuvent légitimer son introduction récente dans le droit OHADA. Cette introduction de la SAS dans le droit OHADA ouvre la possibilité de porter le choix, à la création de la société ou en cours de vie sociale, sur d'autres modèles de direction inconnus de la SA à administrateur général.

²³⁷¹ P.-L. PÉRIN, *Direction et représentation de la SAS : État des lieux après la loi de sécurité financière*, JCP éd. E, 2004, p. 332, n° 26.

²³⁷² V. M. GERMAIN, *La société par action simplifiée*, JCP éd. E, 1994, I, 341 ; P. LE CANNU et B. DONDERO, *Droit des sociétés*, op. cit., n° 952 ; B. LE BARS, *L'utilisation de la SAS dans les groupes de sociétés*, Bull. Joly Sociétés 2008, p. 254 ; J.-Ph. DOM, *Les montages en droit des sociétés*, éd. Joly, 1998.

²³⁷³ M.-P. SOUWEINE et E. MANSILLON, *L'envers de la SAS*, D. 2004, p. 2282.

²³⁷⁴ V. P. LE CANNU et B. DONDERO, *Droit des sociétés*, op. cit., n° 953.

²³⁷⁵ En ce sens, P. LE CANNU et B. DONDERO, *Droit des sociétés*, op. cit., n° 91.

ii. Une société différente de la SA à administrateur général au regard du mode de direction

945. Contrairement à la SA à administrateur général, la SAS peut être dotée d'une direction librement organisée par les statuts. Plusieurs formes d'organisations sont proposées. Pour les professeurs GERMAIN et MAGNIER, cette grande liberté statutaire permet de prévoir de multiples formules de direction : organisation proche de la société anonyme avec conseil d'administration ou proche de celle de la société anonyme à directoire et conseil de surveillance ou modalités de direction beaucoup plus originales²³⁷⁶. Au regard des statistiques, les professeurs LE CANNU et DONDERO relèvent que l'adoption de ces formes d'organisation est effective mais minoritaire²³⁷⁷. Le professeur GUYON trouve que les statuts de la SAS peuvent s'affranchir totalement des modèles de structures proposées par la société anonyme et adopter une gérance, compatible à celle des SARL ou des sociétés civiles. De même, la SAS permet d'officialiser les divers comités qui jouent souvent un rôle important dans les coulisses du pouvoir des sociétés anonymes²³⁷⁸.

L'adoption de ces modes de direction dans une SAS ne s'accompagne pas avec leurs attributions telles que connues dans leurs sociétés d'origine. Il y a une dissociation entre le mode de direction et les attributions des animateurs, lorsqu'elles sont adoptées par les statuts de la SAS. Sauf les attributions du président de la SAS qui sont légaux²³⁷⁹, il appartient aux statuts librement de définir les attributions des autres dirigeants. Il est recommandé aux tiers de se procurer un exemplaire des statuts pour toute affaire importante avec la SAS. En cas de litige, les juges pratiqueront essentiellement l'interprétation des statuts et des actes des organes sociaux, ce qui ouvre la voie à d'innombrables variations²³⁸⁰.

946. Etant donné que tous ces modes de direction sont présents dans les formes de sociétés, leur adoption par la SAS ne permet pas de diversifier les modes de direction. La diversification proviendrait de la prévision d'un mode de direction qui relèverait de l'original inconnu des autres sociétés. L'originalité vient d'abord de loi qui impose la nomination d'un président qui est un dirigeant incontournable de toute SAS²³⁸¹. Ce mode de direction ne rappelle qu'en apparence le président non directeur général de la société anonyme. En réalité, les deux présidents sont différents au regard de leurs attributions. En effet, le président non directeur général de la SA avec conseil d'administration n'est pas un représentant légal de la société. Ses attributions se limitent à des fonctions internes dans la société notamment la direction du conseil d'administration, le contrôle des actes du directeur général et de ses adjoints et la convocation de l'assemblée générale. En revanche, le président de la SAS est le représentant légal de cette société. C'est la réincarnation du président du conseil d'administration en droit français avant la loi NRE du 15 mai 2001. En raison du pouvoir légal de représentation dont disposait ce

²³⁷⁶ G. RIPERT et R. ROBLOT, *Traité de droit des affaires, par M. GERMAIN et V. MAGNIER, Les sociétés commerciales, op. cit.*, n° 2002.

²³⁷⁷ P. LE CANNU et B. DONDERO, *Droit des sociétés, op. cit.*, n° 988.

²³⁷⁸ Y. GUYON, *Droit des affaires, tome 1, Droit commercial général et Sociétés, op. cit.*, n° 471-6.

²³⁷⁹ Selon l'art. 853-8 al. 2 de l'AUSCGIE révisé, « Dans ses rapports avec les tiers, la société est engagée même par les actes du président qui ne relèvent pas de l'objet social, dans les conditions et limites fixées à l'article 122 ci-dessus ».

²³⁸⁰ P. LE CANNU et B. DONDERO, *Droit des sociétés, op. cit.*, n° 988.

²³⁸¹ Art. 858-3 de l'AUSCGIE révisé ; art. L. 227-5 du Code de commerce.

président, certains auteurs le qualifiaient de président-directeur général²³⁸² même si la loi n'avait prévu pas cette appellation²³⁸³. Mais, plus que l'ancien président du conseil, le président exécutif de la SAS dispose d'un statut plus souple et attractif à travers la possibilité pour une personne morale de le porter. Dès lors, le président exécutif de la SAS apparaît à notre avis comme un titre nouveau qui vient enrichir les modes de direction.

947. Ce président exécutif peut être assisté d'autres dirigeants. Selon l'article 853-8 alinéa 3 de l'AUSCGIE révisé, « *les statuts peuvent prévoir les conditions dans lesquelles une ou plusieurs personnes autres que le président, portant le titre de directeur général ou de directeur général adjoint, peuvent exercer les pouvoirs confiés à ce dernier par le présent article* ». Cette disposition nous propose d'autres types de dirigeants à savoir directeur général ou du directeur général adjoint qui peuvent être prévus par une clause statutaire à titre d'assister le président exécutif. Or, ces modes de direction sont déjà connus dans la société anonyme. Les statuts ne peuvent-ils pas prévoir d'autres types de dirigeants en dehors de ceux indiqués par la loi ? Pour certains auteurs, d'autres représentants ne peuvent être institués qu'à travers la technique de la délégation de pouvoirs²³⁸⁴. D'autres admettent la nomination d'autres dirigeants notamment les membres du conseil d'administration ou directoire si ces structures sont prévues²³⁸⁵. Il nous semble que les statuts peuvent prévoir toujours d'autres modes de direction comme le co-président²³⁸⁶, le vice-président, le président délégué, mais le risque d'un rejet de ces désignations par le greffier²³⁸⁷ est probable, s'il s'accroche à une interprétation littérale de la loi sans tenir compte de la souplesse que caractérise l'organisation de la direction de la SAS. Mais un recours peut toujours être formé devant le juge chargé de la surveillance du registre du commerce²³⁸⁸ qui pourra concilier l'interprétation de la lettre et de l'esprit de la loi. L'animation de plusieurs modes de direction ne va pas sans risque.

²³⁸² V. par ex., BADINTER, *Les pouvoirs du président-directeur général après la réforme du droit des sociétés commerciales*, DS 1969, chron. 185 ; G. LYON-CAEN, *Encore la rémunération des PDG*, D. aff. 1996, p. 162.

²³⁸³ L'art. 113 de la loi n° 66-537 du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales disposait que : « *Sous réserve des pouvoirs expressément attribués par la loi aux assemblées d'actionnaires ainsi qu'au conseil d'administration, et dans la limite de l'objet social, le président du conseil d'administration assume, sous sa responsabilité, la direction générale de la société. Il représente la société dans ses rapports avec les tiers* ». L'appellation de président-directeur général n'est pas prévue par cette disposition. Cette appellation vient de la pratique. En effet, « *une loi du 18 novembre 1940, modifiée et complétée par une loi du 4 mars 1943, donna une existence légale au conseil d'administration et réunit les fonctions de président et directeur général sur la tête d'une seule personne (personne physique), qu'on s'habitua dès lors à appeler « président-directeur général », titre promis à un grand avenir ; ce président-directeur général pouvait être assisté en outre d'un directeur général qui lui était « adjoint* ». Cette remise en ordre autour d'un chef obéissait peut-être à l'air du temps » : J.-P. BOUERE, *P-DG ou président et directeur général*, Bull. Joly Sociétés, 01 juillet 2001 n° 7, p. 695, § 164.

²³⁸⁴ P. LE CANNU et B. DONDERO, *Droit des sociétés*, op. cit., n° 984.

²³⁸⁵ G. RIPERT et R. ROBLOT, *Traité de droit des affaires*, par M. GERMAIN et V. MAGNIER, *Les sociétés commerciales*, op. cit., n° 2003.

²³⁸⁶ L'appellation de co-président ne semble pas admissible si le président est une personne physique. Par contre, lorsque le dirigeant est une personne morale, un autre dirigeant personne morale peut porter ce titre dans le cadre d'une filiale connue : V. P. LE CANNU et B. DONDERO, *Droit des sociétés*, op. cit., n° 991..

²³⁸⁷ V. supra n° 865 s.

²³⁸⁸ V. supra n° 870 s.

2. Le risque de l'animation de plusieurs modes de direction

948. Dans la configuration d'une intégration au droit OHADA de la société anonyme à directoire et de la SAS, les modes de direction vont s'accroître. Cette diversification des modes peut poser de problèmes lorsque leur animation est assurée par une même personne. Des précautions sont donc nécessaires pour l'animateur.

949. Distinct du cumul de mandats, le cumul de modes de direction n'est réel que lorsqu'une même personne est désignée sous des appellations distinctes alors que le cumul de mandats de direction peut être réalisé même sous une seule appellation. Le cumul de modes donne lieu forcément à un cumul de mandats alors que l'inverse n'est pas vrai. A titre d'exemple, il y a cumul de mandats lorsqu'une personne est désignée gérante d'au moins deux SARL. Mais l'appellation demeure la même. Le cumul de modes de direction ne peut être réalisé que si une personne est à la fois désigné gérant d'une SARL, directeur général d'une SA à conseil d'administration et président d'une SAS. Dans ce cas, il y a non seulement un cumul de modes de direction mais aussi de mandats de direction.

950. Néanmoins, en cumulant plusieurs modes de direction, les dirigeants ne peuvent ignorer les règles qui gouvernent le cumul de mandats. Un cumul de plusieurs modes en infraction avec les règles qui gouvernent le cumul de mandats expose le cumulard à la responsabilité²³⁸⁹. Il dispose d'un délai transitoire de trois mois au bout duquel il est réputé avoir démissionné du mandat supplémentaire qui est en infraction avec la loi²³⁹⁰. Le dirigeant est tenu d'abandonner la direction illicitement occupée²³⁹¹. Dans le cas contraire, il est considéré comme un dirigeant de fait sous son appellation inscrite dans l'illégalité. Il est tenu de répondre à titre personnel des actes qu'il aurait accomplis sous son appellation irrégulière lorsqu'il en est issu un préjudice causé aux tiers²³⁹². En outre, le cumul de plusieurs modes de direction peut faire perdre au dirigeant son efficacité. Lorsque l'inefficacité du cumulard due à son absence dans l'entreprise ou à son impossibilité à contrôler les actes des délégataires de ses pouvoirs, a causé préjudice à la société, celle-ci peut engager sa responsabilité²³⁹³.

951. En définitive, l'animation de plusieurs modes de direction nécessite des précautions de la part des dirigeants pour éviter d'être exposés à la responsabilité. L'extension des modes de direction trouve son dynamisme dans les sanctions auxquelles les dirigeants sont exposés lorsqu'ils entendent la détourner de leur but. Cette dynamique destinée à assouplir l'organisation de la direction s'inscrit dans la logique d'une amélioration de l'organisation des structures directoriales. La réorganisation de l'animation de la direction ne pouvant exclusivement porter sur les structures internes, elle mérite d'être étendue aux structures intervenant dans l'animation de la direction.

§ 2. La consolidation des structures intervenant dans la direction

952. La quête de la bonne gouvernance des sociétés est un objectif dont l'atteinte est conditionnée par une restructuration rationnelle de la direction des sociétés. Déjà, des comités spécialisés peuvent être créés pour

²³⁸⁹ V. *supra* n° à 585 s.

²³⁹⁰ V. *supra* n° à 581 s.

²³⁹¹ En comparaison avec le cumul de mandats illicites, V. *supra* n° 583-584.

²³⁹² En comparaison avec les conséquences du cumul de mandats illicites, V. *supra* n° 585-587.

²³⁹³ En comparaison avec les conséquences du cumul de mandats illicites, V. *supra* n° 585-587.

dissuader les déviances des dirigeants²³⁹⁴. Mais ils ne sont généralement institués que dans des sociétés économiquement puissantes²³⁹⁵. L'impossibilité pour certaines sociétés de supporter le coût de ces comités les empêche d'en instituer²³⁹⁶ alors que les dérives des dirigeants ne dépendent pas du poids économique des sociétés. Pour ce faire, les sociétés économiquement faibles doivent recourir à d'autres moyens de contrôle à moindre coût pour faire contrôler leurs dirigeants. Elles doivent s'appuyer sur leurs salariés qui peuvent alerter les dirigeants sur tout fait de nature à compromettre l'entreprise et demander en cas de réponse insuffisante une expertise de gestion. Cet effort peut être soutenu par l'Etat qui peut accorder au juge le pouvoir de désigner d'office un commissaire aux comptes pour les sociétés économiquement faibles et de disposer du droit d'alerte. Ces mesures permettront de pallier le défaut de contrôle surtout dans les sociétés unipersonnelles sans commissaire aux comptes où le dirigeant associé unique peut impunément exposer la société à des risques anormaux²³⁹⁷. Ainsi, la consolidation des structures intervenant dans la direction passe-t-elle par une réforme législative devant impliquer le juge (A) et les salariés (B) dans le contrôle des actes des dirigeants.

A. L'implication du juge dans le contrôle des actes des dirigeants

953. Contrairement au droit OHADA, le droit français des sociétés permet au juge d'alerter les dirigeants sur les faits de nature à compromettre l'entreprise²³⁹⁸. C'est un mécanisme original qui pourrait inspirer le législateur de l'OHADA et viendrait diminuer l'omnipotence des dirigeants. Mais les législateurs français comme OHADA peinent à trouver une solution au défaut de commissaires aux comptes dans certaines sociétés dû à leur faiblesse économique. Vu la mission d'intérêt général que joue le commissaire aux comptes dans les sociétés²³⁹⁹, les législateurs peuvent décider de faire supporter par l'Etat les honoraires du commissaire aux comptes dont la désignation est bloquée par l'indigence de certaines sociétés. Le législateur pourra attribuer au juge le pouvoir de désigner d'office un commissaire aux comptes pour les sociétés indigentes à la demande de leur dirigeant ou de tout autre intéressé. Dès lors, le législateur fait impliquer le juge dans le contrôle des dirigeants sur deux points : la désignation d'office d'un commissaire aux comptes pour les sociétés indigentes (1) et l'alerte (2).

1. La désignation d'office d'un commissaire aux comptes dans les sociétés indigentes

954. La désignation d'office d'un commissaire aux comptes peut s'effectuer en tenant compte d'un double critère d'appréciation de l'indigence des sociétés. Le premier critère peut être déduit des conditions légales actuelles de désignation des commissaires aux comptes et apparaît subjectif dans l'appréciation de l'indigence, car elle est indépendante des résultats sociaux (a). Il peut être combattu par un critère inconnu qui nous semble plus objectif par son fondement sur les résultats sociaux (b).

a. La subjectivité de la désignation indépendante des résultats sociaux

²³⁹⁴ V. *supra* n° 877 s.

²³⁹⁵ V. *supra* n° à 878-881.

²³⁹⁶ V. *supra* n° à 882-884.

²³⁹⁷ V. *supra* n° 154 s.

²³⁹⁸ Art. L. 611-1 du Code de commerce.

²³⁹⁹ C. FREYRIA, *Le commissaire aux comptes : Mission d'intérêt public ?*, JCP éd. E, 1996, I, p. 516.

955. La désignation d'un commissaire aux comptes coûte pour toute société. C'est pourquoi sa désignation n'est obligatoire que dans les sociétés aisées. Les SA sont présumées aisées dans la mesure où le législateur leur impose la désignation d'un commissaire aux comptes au moins et d'un suppléant. Le signe d'aisance apparaît déjà à travers le montant de leur capital minimum légal de (10 000 000) de FCFA. Lorsque la société fait appel public à l'épargne, son capital est porté au moins à (100 000 000) de FCFA. Ce qui démontre qu'elle a une assise financière considérable pouvant lui permettre de supporter au moins deux commissaires aux comptes et autant de suppléants comme l'exige la loi²⁴⁰⁰. Pour les sociétés à gérance, l'aisance est mesurée à partir de certains indices. Pour la SARL : un bilan annuel supérieur à (125 000 000) de FCFA, un chiffre d'affaire annuel supérieur à (250 000 000) de FCFA, et un effectif de (50) personnes²⁴⁰¹. Pour la SNC : un bilan annuel supérieur à (250 000 000) de FCFA, un chiffre d'affaire annuel supérieur à (500 000 000) de FCFA, et un effectif de (50) personnes²⁴⁰². Pour les sociétés à gérance remplissant ces critères, la désignation d'un commissaire aux comptes est obligatoire. Ces indices font apparaître le critère d'aisance financière comme l'élément fondamentalement justifiant la nomination obligatoire d'un commissaire aux comptes. Les sociétés indigentes qui veulent s'offrir les services d'un commissaire aux comptes peut être ruinées sous le poids de ses honoraires. D'où l'impossibilité pour elles d'y recourir. En conséquence, l'indigence de la société la rend donc vulnérable aux déviances de ses dirigeants que le commissaire aux comptes pourrait contribuer à prévenir.

956. Certes, le législateur a prévu des dispositifs pour les associés des sociétés indigentes d'avoir recours à l'assistance ponctuelle d'un commissaire aux comptes à leur propre frais. Selon l'article 289 alinéa 3 de l'AUSCGIE, dans le cadre du contrôle des documents et pièces comptables en prévision de la tenue de l'assemblée générale annuelle, les associés en nom « ...ont le droit de se faire assister par un expert-comptable ou un commissaire aux comptes à leurs frais ». Cette disposition peut être étendue aux associés des SARL impuissantes financièrement à désigner un commissaire aux comptes. Si les sociétés n'ont pu avoir les moyens pour désigner un commissaire aux comptes, la probabilité est très faible pour leurs associés de supporter les services d'un commissaire aux comptes même si ces services sont occasionnels. Toutefois, un ou plusieurs associés détenant, au moins, le dixième du capital social d'une société indigente²⁴⁰³ peut demander en justice la nomination d'un commissaire aux comptes. Cela est possible « ...si le coût n'est pas excessif pour l'entreprise »²⁴⁰⁴.

957. Mais les législateurs OHADA comme français peuvent aller plus loin dans leur démarche en faisant assister les sociétés indigentes par l'Etat par la prise en charge des dépenses liées à la désignation d'un commissaire aux comptes en raison de sa qualité de quasi-associé de la société et de la mission d'intérêt général du commissaire aux comptes.

²⁴⁰⁰ V. LEBOND, *Les commissaires suppléants*, RTD com., 1975, p. 783 ; BUTTET, *Le remplacement d'un commissaire aux comptes suppléant devenu titulaire*, Bull. Joly Sociétés 1986, p. 1007.

²⁴⁰¹ Art. 376 de l'AUSCGIE révisé.

²⁴⁰² Art. 289-1 de l'AUSCGIE révisé.

²⁴⁰³ Art. 289-1 al. 3 de l'AUSCGIE révisé (dans la SNC) et art. 376 al. 3 (dans la SARL).

²⁴⁰⁴ P. LE CANNU et B. DONDERO, *Droit des sociétés*, op. cit., n° 511.

En effet, l'un des critères d'identification d'un associé est la participation aux résultats de la société. Or, l'Etat est le premier participant aux résultats sociaux en y prélevant la part correspondant à l'impôt. Tout comme les associés, la part devant revenir à l'Etat varie en fonction du niveau des résultats. En présence de pertes, les impôts ne peuvent être prélevés faute de résultat positif. La situation est identique chez les associés qui ne peuvent aspirer à des dividendes en présence d'un résultat négatif. Ces situations montrent que l'Etat est un quasi-associé de la société qui n'a pourtant réalisé aucune contribution à la naissance de la société. D'ailleurs pour une partie de la doctrine, « *L'Etat est un "associé" obligé, et encombrant, puisqu'il a vocation à appréhender une partie des bénéfices réalisés par la société* »²⁴⁰⁵. Par exemple, l'Etat togolais et l'Etat français ont droit respectivement à 30%²⁴⁰⁶ et 33%²⁴⁰⁷ du bénéfice imposable des sociétés ayant opté sur l'impôt sur les sociétés. L'Etat est un associé minoritaire et pouvait disposer d'une minorité de blocage si, avec un taux est égal ou supérieur à 33%, il pouvait voter²⁴⁰⁸. Or, si la situation de la société se compromet par les actes des dirigeants, tous les intérêts s'évanouissent y compris ceux de l'Etat. Il apparaît donc qu'en sa qualité d'associé, l'Etat puisse solliciter le service d'un commissaire aux comptes et en faire bénéficier à toute la société en le mettant à sa disposition. L'Etat pourra faire désigner le commissaire aux comptes par le truchement du pouvoir judiciaire. Dès lors, les sociétés indigentes peuvent accéder au service d'un commissaire aux comptes aux frais de l'Etat. La désignation du commissaire aux comptes peut être demandée par ses dirigeants ou l'un de ses associés au juge chargé des affaires commerciales.

958. Cette mise à disposition par l'Etat d'un commissaire aux comptes aux services des sociétés indigentes peut être confortée par la mission d'intérêt général que joue cet expert. En effet, contrairement à la thèse qui accreditait la nature contractuelle de la fonction des commissaires aux comptes qui s'est révélée fautive²⁴⁰⁹, les commissaires aux comptes sont des organes légaux de la société dont la mission n'est pas de faire des actes juridiques mais d'effectuer des opérations de vérification. Ils sont élus par les associés mais ils ne dépendent pas d'eux. « *Ce sont des fonctionnaires de la société, investis d'une mission légale de surveillance des comptes et même aujourd'hui, des conséquences de la gestion. Ils exercent cette fonction dans l'intérêt de tous ceux qui sont concernés, d'une manière ou d'une autre, par le bon fonctionnement de la société : dirigeants, les actionnaires, les salariés, le public des épargnants, des fournisseurs, des clients* »²⁴¹⁰. Ils veillent à la préservation de l'intérêt supérieur de l'entreprise qui transcende l'intérêt des majoritaires et des minoritaires. Ce qui fait que sa présente est nécessaire dans les sociétés unipersonnelles dirigées par l'associé unique pour défendre l'intérêt de la société contre ceux du dirigeant associé unique.

²⁴⁰⁵ M. COZIAN, A. VIANDIER et FI. DEBOISSY, *Droit des sociétés, op. cit.*, n° 45.

²⁴⁰⁶ Selon l'art. 150 al. 2 du Code général des impôts au Togo, « *les taux de l'impôt sur les sociétés sont fixés à : - 27% du bénéfice imposable pour les industries ; - 30% du bénéfice imposable pour les autres* ».

²⁴⁰⁷ M. COZIAN, A. VIANDIER et FI. DEBOISSY, *Droit des sociétés, op. cit.*, n° 50.

²⁴⁰⁸ L'Etat ne dispose pas du droit de vote si hormis son droit au prélèvement d'une partie du résultat, il n'acquiert pas des titres sociaux ou se fait octroyer l'usufruit sur des titres sociaux.

²⁴⁰⁹ Y. GUYON, *Droit des affaires, tome 1, Droit commercial général et Sociétés, op. cit.*, n° 360 ;

²⁴¹⁰ G. RIPERT et R. ROBLOT, *Traité de droit des affaires, par M. GERMAIN et V. MAGNIER, Les sociétés commerciales, op. cit.*, n° 1720.

La mission d'intérêt général du commissaire aux comptes tire aussi ses racines dans le rôle qu'il joue dans la dénonciation des atteintes portées par le dirigeant à l'ordre public. Selon l'article 716 alinéa 2 de l'AUSCGIE, le commissaire aux comptes « ...révèle au ministère public les faits délictueux dont il a eu connaissance dans l'exercice de sa mission, sans que sa responsabilité puisse être engagé par cette révélation ». Cette mission de dénonciation²⁴¹¹ lui a valu l'attribution de la qualité de « quasi-auxiliaire du ministère public » par une partie de la doctrine²⁴¹². Le commissaire devient, à l'image du ministère public, un défenseur de l'ordre public, de l'intérêt social voire de l'intérêt général étant donné que l'Etat trouve son compte dans la prospérité de la société.

959. La pratique de la désignation d'office d'un professionnel pour une mission d'intérêt général aux frais d'un Etat est déjà connue en procédure pénale. Par exemple, selon l'article 283 alinéa 1^{er} du Code de procédure pénale togolais, « si le prévenu est sourd-muet et ne sait pas écrire, le Président nomme d'office en qualité d'interprète la personne qui a le plus l'habitude de converser avec lui ». La pratique courante consiste en la désignation d'office d'un avocat pour les prévenus indigents. A cet effet, l'article 293 alinéa 1^{er} du même code prescrit que « l'assistance d'un défenseur est obligatoire quand le prévenu est dans l'impossibilité matérielle par suite d'une infirmité d'assurer sa défense dans les conditions normales. Le président procède alors à une désignation d'office ». De surcroît, par un arrêt du 28 décembre 2012, le Conseil d'Etat français atteste que le principe de la désignation d'office d'un avocat n'a été institué que pour assurer le respect des droits de la défense des personnes placées en garde à vue, dont les ressources seraient insuffisantes pour désigner un avocat ou dont l'avocat choisi ne pourrait être contacté, et leur permettre de bénéficier de l'assistance effective d'un avocat²⁴¹³.

960. Néanmoins, cette désignation d'office d'un commissaire aux comptes dans les sociétés indigentes ne peut être exclue que lorsque de telles sociétés appartiennent à un groupe. Incontestablement, la prise de contrôle d'une société indigente par une autre est un indice suffisant d'une assise financière de la contrôlée dont la gestion est déjà soumise au contrôle d'un commissaire aux comptes. Dans cette configuration, le commissaire aux comptes jouit d'un pouvoir d'investigation auprès des sociétés du même groupe en application de l'article L. 225-236 alinéa 3 du Code de commerce. Cette innovation de la loi française de 1966 est rendue nécessaire en raison des fraudes qui peuvent se réaliser sous le couvert de groupes de sociétés²⁴¹⁴. En droit OHADA, dans le cadre de la consolidation des comptes des sociétés appartenant à un groupe, l'Acte uniforme portant organisation et harmonisation des comptabilités des entreprises met à la charge des commissaires aux comptes de la société consolidante l'obligation de se prononcer sur la sincérité et la concordance avec les états financiers consolidés, des informations données

²⁴¹¹ V. BOULAY, *L'obligation du commissaire aux comptes de révéler les faits délictueux*, *Rev. sociétés* 1980, p. 443 ; A. VIANDIER, *Sur les limites de l'obligation de révélation des faits délictueux*, *JCP* 1982, I, 3094 ; DU PONTAVICE, *Commissaire aux comptes, expert-comptable et complicité des délits commis par les dirigeants sociaux*, *Rev. sociétés* 1988, p. 489.

²⁴¹² P.-G. POUGOUE, J. NGUEBOU-TOUKAM et F. ANOUKAHA, in *OHADA Traité et Acte uniformes commentés et annotés*, Juriscope, 2008, p. 522.

²⁴¹³ CE, 6^e et 1^{re} sous-sect., 28 déc. 2012, n° 351873, *Gaz. Pal.* 31 janv. 2013 n° 31, p. 29.

²⁴¹⁴ Y. GUYON, *Droit des affaires, tome 1, Droit commercial général et Sociétés*, *op. cit.*, n° 369.

par les dirigeants de chaque société dans le rapport de gestion²⁴¹⁵. Dès lors, la désignation d'office d'un commissaire aux comptes auprès de la société indigente perd tout intérêt. L'Etat est dispensé de supporter les charges du commissaire aux comptes intervenant dans les sociétés indigentes appartenant à un groupe.

Dès lors, l'indigence d'une société indifférente à ses résultats et conjuguée avec la mission d'intérêt général du commissaire aux comptes peuvent légitimer la désignation d'office du commissaire au chevet de la société indiquée dans le but de réduire davantage l'onipotente des dirigeants. L'appréciation de l'indigence indépendamment des résultats sociaux semble subjective mais deviendrait objective si elle dépend des résultats.

b. L'objectivité de la désignation dépendante des résultats sociaux

961. Le critère formel de désignation obligatoire d'un commissaire aux comptes est l'aisance financière de la société accueillante selon ce que nous venons d'étudier²⁴¹⁶. Les sociétés qui ne remplissent pas ce critère sont affranchies de cette obligation, car leur situation économique apparaît comme faible pour supporter le coût des charges liées à la désignation. Cette appréciation subjective de l'indigence des sociétés trouve sa limite lorsqu'on considère les résultats des sociétés indépendamment de leur chiffre d'affaire ou de leur dimension.

962. En effet, une société peut avoir un chiffre d'affaire élevé mais accumuler des résultats sociaux négatifs à la fin d'exercices successifs. En revanche, il n'est pas exclu qu'une société présumée non aisée puisse engranger des résultats positifs considérables. Or, le résultat est le reflet de la situation objective d'une société durant un exercice écoulé. C'est à partir du résultat que les dirigeants prévoient les perspectives de continuation de l'activité et déterminent l'évolution de la situation de trésorerie ainsi que le plan de financement²⁴¹⁷. Lorsque le résultat est négatif, il est impossible de projeter des dépenses compressibles au nombre desquelles peuvent figurer la prise en charge d'un commissaire aux comptes. Dès lors, les résultats sociaux peuvent apparaître comme un critère objectif dans l'appréciation de l'indigence d'une société.

963. L'appréciation de l'indigence à partir du résultat des sociétés entrainera une refonte du système actuel de désignation des commissaires aux comptes. La référence au chiffre d'affaire, au capital social ou au nombre des salariés deviendrait illégitime à fonder l'obligation de la désignation d'un commissaire aux comptes. Car l'existence de ces indices n'exclut pas une morosité des résultats sociaux et ce, pour plusieurs exercices. Ce faisant, un chiffre d'affaire peut être élevé mais être englouti par les charges de la société eu égard à la dimension de la société. Dans ce cas, le résultat serait irrésistiblement négatif et traduirait l'amenuisement des capacités de financement de la société. Ces circonstances sont susceptibles de légitimer la désignation d'office d'un commissaire aux comptes en dépit du chiffre d'affaire ou de la dimension de la société. Dès lors, l'indigence devient plus objective, l'assistance de l'Etat plus judicieuse.

²⁴¹⁵ V. art. 74 et 100 de l'Acte uniforme portant organisation et harmonisation des comptabilités des entreprises.

²⁴¹⁶ V. *supra* n° 955 s.

²⁴¹⁷ Art. 138 de l'AUSCGIE.

964. En se référant aux résultats négatifs, le processus de désignation des commissaires aux comptes ne nécessite pas de relever forcément de la compétence du juge. Sans exception, toutes les sociétés seront soumises à l'obligation de désigner un commissaire aux comptes au moins. Quant aux sociétés anonymes faisant appel public à l'épargne, leur obligation de désigner au moins deux avec autant de suppléants serait maintenue. La prise en charge par l'Etat des frais du service des commissaires aux comptes ne peut être demandée que pour les exercices dont les résultats sont négatifs. Il appartient aux dirigeants d'adresser la demande d'aide au juge chargé de la surveillance du RCCM au moment du dépôt du rapport de gestion certifié par un commissaire aux comptes. Lorsque le juge est convaincu de la véracité des résultats et de leur valeur négative, il délivre une autorisation de prise en charge des honoraires du commissaire aux comptes par l'Etat.

965. Dans ces conditions, les sociétés éligibles à l'assistance de l'Etat ne sont plus connues d'avance. Peuvent bénéficier de cette assistance toutes formes de sociétés et ce pour tous les exercices qui se sont soldés par un résultat négatif. Pour les sociétés appartenant à un groupe, l'appréciation de l'indigence du groupe sera réalisée à partir du rapport consolidé de gestion du groupe. L'assistance n'est exclue que lorsque les résultats sont positifs.

966. En comparant les critères d'appréciation de l'indigence des sociétés, il semble que le coût de prise en charge des honoraires des commissaires aux comptes serait moins élevé pour l'Etat en application du critère subjectif, car les sociétés indigentes seraient peu nombreuses et, qu'au niveau de ces sociétés, le service d'un seul commissaire aux comptes suffirait. En revanche, le coût de l'assistance reviendrait plus élevé pour l'Etat, lorsqu'on admet le critère objectif d'appréciation de l'indigence. Car, les sociétés bénéficiaires deviendraient plus nombreuses y compris les sociétés anonymes avec appel public à l'épargne où le nombre minimale des commissaires aux comptes est de deux.

967. En fin de compte, nous estimons que le législateur de l'OHADA peut restructurer la gouvernance des sociétés en rendant obligatoire la désignation d'un commissaire aux comptes dans toutes les sociétés quitte à faire supporter par l'Etat le coût de la mission du commissaire aux comptes dans les sociétés indigentes. Cette mesure contribuera à mettre à un même niveau de sécurité la gouvernance de toutes les sociétés. Elle sert à réduire l'omnipotence des dirigeants des sociétés indigentes. Les pouvoirs du juge peuvent être étendus à une convocation du dirigeant pour l'alerter sur les faits de nature à compromettre l'exploitation de l'entreprise.

2. L'octroi du droit d'alerte au juge

968. En raison du principe de non-immixtion dans une direction sociale²⁴¹⁸, l'intervention du juge dans les affaires sociales est très réglementée. Lorsque la société est viable, l'intervention du juge ne peut se faire que sur demande des associés. Le juge est souvent saisi pour débloquer des crises de fonctionnement de la direction en nommant un mandataire pour convoquer l'assemblée générale²⁴¹⁹, pour assurer provisoirement la direction

²⁴¹⁸ V. C. GERSCHEL, *Le principe de non-immixtion en droit des affaires*, préc., p. 4

²⁴¹⁹ Au sein de la SARL, l'art. 337 al. 3 de l'AUSCGIE précise que « ...tout associé peut demander en justice la désignation d'un mandataire chargé de convoquer l'assemblée et de fixer son ordre du jour ». De même, au niveau de la SA, selon l'art.

sociale en cas de mésentente entre les dirigeants²⁴²⁰ ou pour commanditer une expertise sur certaines opérations douteuses des dirigeants²⁴²¹. Lorsque la société est en difficulté, le juge est à son chevet pour trouver des solutions au dysfonctionnement de sa direction à travers des sanctions qu'il applique aux dirigeants maladroits²⁴²². Une partie de la doctrine rejette l'intervention du juge dans les affaires sociales au motif que la société dispose suffisamment d'organes pouvant lui permettre de régler ses propres crises²⁴²³. Cette thèse est à relativiser, car parfois les organes de contrôle s'effacent devant les déviances des dirigeants exposant la société à des risques anormaux²⁴²⁴. Dès lors, l'intervention ne peut être totalement exclue, même s'il faut la réglementer.

969. Lorsque l'intérêt social est menacé en dépit des interventions des organes sociaux, il est nécessaire pour le législateur d'accorder au juge le pouvoir d'intervenir d'office dans les affaires sociales pour prévenir une aggravation de la situation de la société. Ce droit d'intervenir serait limité à l'alerte des dirigeants sur les faits de nature à compromettre la continuité de l'entreprise²⁴²⁵. Ce droit demeure encore inconnu du droit OHADA. Par contre, en droit français, le juge est récemment doté de pouvoir d'intervenir dans une direction sociale. En effet, depuis la réforme de la loi du 26 juillet 2005, le juge peut prendre l'initiative d'adresser aux dirigeants réticents à publier les comptes annuels ou de lui faire injonction d'effectuer le dépôt des comptes à bref délai et au plus tard dans le délai d'un mois à compter de la notification ou de la signification de son ordonnance²⁴²⁶. De plus, l'article L. 611-2 du Code de commerce prévoit le pouvoir du président du tribunal d'alerter le dirigeant sur des difficultés de nature à compromettre la continuité de l'exploitation en le convoquant dans ce but. Cette convocation à laquelle le dirigeant est tenu de répondre²⁴²⁷, au risque de légitimer des soupçons sur sa gestion, peut avoir deux objectifs majeurs : obtenir du dirigeant la décision d'interrompre ses faits compromettants pour l'entreprise ou de proposer des mesures pour résorber les difficultés déjà créées. À la suite de l'entretien ou en cas de non-respect de la convocation, le

516 al. 2-2° de l'AUSCGIE, à défaut d'être convoquée par le conseil d'administration, l'assemblée générale peut être convoquée par « un mandataire désigné par le président de la juridiction compétente, statuant à bref délai, à la demande de tout intéressé en cas d'urgence, soit par d'un ou plusieurs actionnaires représentant au moins le dixième du capital social s'il s'agit d'une assemblée général ou le dixième des actions de la catégorie s'il s'agit d'une assemblée spéciale ».

²⁴²⁰ V. H. M. G. OUEDRAOGO, *L'administration provisoire des sociétés commerciales*, p. 202 et s. ; Ch. LAPP, *La nomination judiciaire des administrateurs de sociétés*, *RTD com.* 1952, p. 769 ; D. VIGNES, *Les pouvoirs du juge des référés commerciaux*, *RTD com.* 1950, 382 et s. ; R. CONTIN, *L'arrêt Fruheauf et l'évolution du droit des sociétés*, *D.* 1968, chr. 46 ; LACQIN, *Des administrateurs commis par justice*, thèse, Paris, 1898 ; A. CHASSAGNON, *L'administrateur provisoire de sociétés commis par justice*, thèse dactyl., Paris, 1948 ; M. COZIAN, A. VIANDIER et Fl. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, *op. cit.*, spéc. n°s 420-427 ; G. BOLARD, *Administrateur provisoire et mandat ad hoc*, *JCP éd. E*, I, p. 509.

²⁴²¹ V. *supra* n° à 159-160.

²⁴²² V. *supra* n° 444 s.

²⁴²³ V. B. LAPLANE et Q. URBAIN, *Les juges et la décision de gestion : un sujet à controverse*, préc., p. 7.

²⁴²⁴ A. TUNC, *L'effacement des organes légaux de la SA*, *D.* 1952, chron. 73.

²⁴²⁵ V. Ch. DELATTRE, *La prévention doit s'exercer dans le cadre légal*, *Rev. proc. coll.* juill.-août 2010, étude n° 21 ; J.-L. VALLENS, *Les tribunaux de commerce peuvent-ils instituer des cellules de prévention détection ?*, *D.* 2010, p. 1723 ; P. MODAT, *Les cellules de prévention : l'efficacité n'est pas contraire à la loi*, *Rev. proc. coll.* 2011, étude n° 10 ; E. DU PONTAVICE, *Le nouveau rôle des commissaires aux comptes et l'alerte par le président du tribunal de commerce*, *RJ com.* 1985, p. 51.

²⁴²⁶ V. N. STOLOWY, *De nouvelles injonctions en matière de publication des comptes par les sociétés*, *JCP éd. E*, 2006, p. 1462.

²⁴²⁷ V. Ch. DELATTRE, *L'entretien de prévention de l'article L. 611-2, alinéa 1er, n'est pas un entretien de simple courtoisie car les enjeux sont importants*, *Rev. proc. coll.* 2011, comm. 151 ; *Les propositions de l'amélioration du livre VI du Code de commerce par l'IFFPC*, *Rev. proc. coll.* 2011, comm. 162. - J.-P. SORTAIS, *Entreprises en difficulté : les mécanismes d'alerte et de conciliation*, LGDJ Lextenso éditions 2010, n° 26 et s.

président qui s'estime insuffisamment informé par le chef d'entreprise peut procéder à des investigations pour mieux connaître la situation de l'entreprise. Ces investigations consistent à obtenir, nonobstant toute disposition législative ou réglementaire contraire, auprès de plusieurs organismes notamment les commissaires aux comptes, les membres et représentants du personnel, des administrations publiques, des organismes de sécurité et de prévoyance sociale ainsi que les services chargés de la centralisation des risques bancaires et des incidents de paiements, l'administration fiscale, des renseignements de nature à lui donner une exacte information sur la situation économique et financière du débiteur²⁴²⁸. Certains auteurs proposent même l'intégration des greffiers au sein des titulaires du droit d'alerte²⁴²⁹.

970. L'introduction du droit d'alerte du juge en droit OHADA contribuera à consolider le contrôle des actes du dirigeant. Cette consolidation est nécessaire dans les sociétés où le dirigeant est pratiquement à l'abri de tout contrôle. Il s'agit notamment des sociétés unipersonnelles où faute de coassociés, le dirigeant associé unique ne peut être menacé par une intervention dans la direction ni d'un associé, ni d'un expert de gestion faute de demandeur, ni d'un commissaire aux comptes dans les sociétés indigentes²⁴³⁰. L'octroi du pouvoir d'alerte au juge permet de lever le voile qui met les actes du dirigeant à l'abri de critiques. Même dans les sociétés où les actes du dirigeant sont exposés au contrôle d'autres organes, l'intervention du juge permet de pallier l'inefficacité de ces organes s'ils ne sont pas parvenus à dissuader les risques auxquels le dirigeant expose la société. Lorsque le juge est convaincu des indices suffisamment graves nécessitant une procédure collective contre la société, il peut se saisir d'office. Cet avis est rejeté dans un arrêt du 7 décembre 2012 par le Conseil constitutionnel français²⁴³¹. Mais pourquoi empêcher le juge de s'autosaisir pour ouvrir une procédure collective alors même que les causes d'une telle ouverture sont évidentes ? L'objectif poursuivi par l'ouverture d'une procédure collective étant identique qu'il s'agisse d'une saisine d'office ou par un autre demandeur, nous estimons que le juge peut ouvrir d'office la procédure pour que les difficultés de la société soient très tôt traitées. En plus de l'implication du juge dans le contrôle des actes des dirigeants, l'implication des salariés peut jouer un rôle significatif.

B. L'implication des salariés dans le contrôle des actes des dirigeants

971. Les salariés font partie intégrante des acteurs intéressés par la santé de la société qui les emploie. Ils ont des droits nécessitant une protection lorsque la société est viable. L'importance des salariés dans la société fait d'eux des privilégiés parmi les créanciers antérieurs à une procédure collective²⁴³². Ils sont exposés au chômage

²⁴²⁸ Ch. DELATTRE, *Le pouvoir d'investigation du président du tribunal de commerce en matière d'alerte et de conciliation*, *Rev. proc. coll.* n° 1, janv. 2013, étude 5 ; C. SAINT-ALARY-HOUIN, *Droit des entreprises en difficulté*, 8^e éd., L.G.D.L., 2013, p. 128, n° 225.

²⁴²⁹ A. JACQUEMONT, *Droit des entreprises en difficultés*, 5^e, Litec, 2007, p. 28, n° 47 ; A.-M. ROMANI, *Les techniques de prévention des risques de défaillance des entreprises*, in *Mélanges HONORAT*, éd. Frison-Roche, 2000, p. 178.

²⁴³⁰ En attendant sa désignation d'office par le juge (V. *supra* n° à 954 s.).

²⁴³¹ Cons. const., déc. 7 déc. 2012, n° 2012-286 QPC, *JurisData* n° 2012-028148 ; *Act. proc. coll.* 2013-1, comm. 1, note N. FRICERO ; *Gaz. Pal.* 16-18 déc. 2012, p. 9, note G. TEBOUL ; *Gaz. Pal.* 23-27 déc. 2012, p. 14, note L. ROBERT. V. aussi, B. SAINTOURENS, *La déclaration d'inconstitutionnalité de l'ouverture du redressement judiciaire par saisine d'office du tribunal*, *Rev. proc. coll.* 2013, étude 2.

²⁴³² V. *supra* n° 514-519.

lors des licenciements pour cause de procédure collective et ceux d'entre eux qui sont maintenus perdent leur emploi à la suite de la liquidation de la société.

972. Or, les difficultés de la société peuvent être prévenues par les salariés, si la loi leur permet d'alerter les dirigeants sur les faits de nature à affecter de manière préoccupante la situation économique de la l'entreprise. En plus du droit d'alerte, les salariés méritent de bénéficier du droit de demander une expertise de gestion sur certaines opérations douteuses des dirigeants lorsque ceux-ci n'ont pas répondu aux alertes. Le droit français a envisagé le droit d'alerte en faveur du comité d'entreprise ou du délégué du personnel²⁴³³ ainsi que le droit de demander une expertise de gestion²⁴³⁴. En revanche, ces droits d'information du salarié sont ignorés par l'AUSCGIE. Ce silence peut se justifier par le fait que de telles prévisions relèveraient plutôt du domaine du droit du travail comme en droit français, étant donné qu'elles concernent les salariés. Mais cette justification est stérile, car rien n'empêche que l'AUSCGIE prévoie directement ces mesures au lieu d'attendre leur prise en compte par un futur Acte uniforme sur le droit du travail²⁴³⁵. Le droit français des sociétés peut aussi aller plus loin en évitant un éclatement des dispositions devant porter sur le pouvoir de contrôle du comité d'entreprise sur les actes des dirigeants. A l'instar du droit du comité d'entreprise de demander une expertise de gestion dont la localisation est sise dans le Code de commerce, le droit d'alerte de ce comité peut aussi être intégré à ce même code.

973. Dans la mise en œuvre du contrôle, le droit de demander une expertise de gestion exige un certain coût lié à la procédure judiciaire contrairement à l'alerte qui n'exige aucune dépense. Comparable aux associés minoritaires au regard de l'impossibilité de révoquer le dirigeant même fautif, les salariés peuvent, à travers leur représentant, catalyser positivement la gestion sociale par l'alerte, de nature à placer les dirigeants devant leurs responsabilités lorsque certains signes permettent de craindre une défaillance de l'entreprise à venir²⁴³⁶. « *L'objectif poursuivi consiste à avertir les dirigeants des risques d'un endettement excessif et d'ouvrir une discussion au sein de l'entreprise afin de mettre fin à cette menace* »²⁴³⁷. La mise en œuvre de ces droits par le délégué du personnel ne constitue pas une cause de licenciement. D'ailleurs, le licenciement d'un délégué du personnel en raison de la mise en œuvre de l'un de ces droits est abusif et peut être annulé grâce au recours susceptible d'être introduit devant l'inspecteur du travail²⁴³⁸.

²⁴³³ Art. L. 2313-14 du Code du travail français. V. J. SAVATIER, *Les attributions des délégués du personnel*, *Dr. social* 1993, p. 746 ; Fl. FROMONT-MEURICE et R. CHRISS, *Les attributions du comité d'entreprise à l'occasion d'opération de cessions de parts ou d'actions*, *JCP S* 2009, p. 1051 ; A. TEISSIER, *Les restructurations et les instances de représentation de personnel*, *JCP S* 2010, p. 1532.

²⁴³⁴ Art. L. 225-231 al. 3 du Code de commerce.

²⁴³⁵ Par ex., P. REIS, *Le droit du travail dans le droit de l'OHADA*, *Rev. ERSUMA*, n°1, juin 1012, p. 244 s.

²⁴³⁶ F. RIZZO, *Le traitement juridique de l'endettement*, *op. cit.*, p. 31.

²⁴³⁷ *Ibid.*

²⁴³⁸ Aux termes de l'art. 215 al. 1 à 3 du Code du travail togolais, « *tout licenciement du délégué du personnel titulaire ou de son suppléant envisagé par l'employeur ou son représentant doit être soumis à l'approbation préalable de l'inspecteur du travail et des lois sociales de son ressort. Toutefois, en cas de faute lourde, l'employeur peut prononcer immédiatement la mise à pied du délégué intéressé en attendant la décision de l'inspecteur du travail et des lois sociales qui doit intervenir dans un délai de trente (30) jours au maximum. Si celui-ci refuse d'approuver le licenciement, la mise à pied est rétroactivement annulée et ses effets supprimés de plein droit. Le licenciement prononcé par l'employeur malgré le refus de*

974. L'exercice de ces droits par le comité d'entreprise ou le délégué du personnel permettra en général de renforcer le contrôle sur les actes des dirigeants dans toutes les sociétés et en particulier de pallier l'absence de contrôle dans les sociétés unipersonnelle où la direction est assurée par l'associé unique. Ces mesures de consolidation de la surveillance des actes des dirigeants favorisent la dénonciation des fautes des dirigeants et leur sanction. Cela n'exclue pas une réorganisation de la coopération des structures directoriales.

SECTION 2. LA RÉORGANISATION DE LA COOPERATION DES STRUCTURES

975. La coopération entre les structures de l'exécutif des sociétés n'est pas toujours harmonieuse. Elle est parfois conflictuelle ou défavorable à l'égard de certaines structures à cause de la définition maladroite des organigrammes. Une réorganisation des structures est nécessaire tant dans le cadre de la coopération des structures de l'exécutif des sociétés anonymes (§ 1) qu'au niveau des structures des sociétés à gérance (§ 2).

§ 1. La réorganisation interstructurelle de l'exécutif de la société anonyme

976. La réorganisation de la coopération entre les structures de l'exécutif de la société anonyme consistera à recadrer les fonctions respectives des organes qui le composent (A) et à explorer une redéfinition des conditions de départ anticipé des dirigeants en fonction de leur position dans l'organigramme (B).

A. Le recadrage des fonctions des organes de l'exécutif

977. Aux termes de l'article 436 de l'AUSCGIE, « *dans ses rapports avec les tiers, la société est engagée, y compris par les décisions du conseil d'administration qui ne relèvent pas de l'objet social, dans les conditions et limites fixées à l'article 122 du présent Acte uniforme* ». Cette disposition fait un renvoi à l'article 122 de l'AUSCGIE qui prévoit en substance que « *la société est engagée par les actes des organes de gestion, de direction et d'administration qui ne relèvent pas de l'objet social...* ». Ces dispositions attribuent clairement les pouvoirs de représentation de la société au conseil d'administration à l'égard des tiers. Or, les dirigeants sociaux sont dotés des mêmes pouvoirs. Aux termes de l'article 465 alinéa 4 de l'AUSCGIE, « *dans ses rapports avec les tiers, la société est engagée par les actes du président-directeur général qui ne relèvent pas de l'objet social, dans les conditions et limites fixées à l'article 122 du présent Acte uniforme* ». Aussi selon l'article 488 de l'AUSCGIE, « *dans ses rapports avec les tiers, la société est engagée, même par les actes du directeur général qui ne relèvent pas de l'objet social, dans les conditions fixées à l'article 122 du présent Acte uniforme* ». Il ressort de ces dispositions que le président-directeur général ou le directeur général, selon le mode de direction, ont les pouvoirs légaux de présentation de la société à l'égard des tiers. La question qui se pose alors est de savoir si le conseil d'administration dispose-t-il des mêmes pouvoirs que les organes de la direction ? Ou bien s'agit-il d'une définition maladroite des pouvoirs du conseil d'administration ? Sachant que les pouvoirs légaux de représentation reviennent aux dirigeants, l'attribution de ces mêmes pouvoirs par le législateur au conseil d'administration entraînerait un fonctionnement chaotique de l'exécutif. Cette préoccupation était déjà soulevée par une partie de la doctrine en ces termes : « *la lecture*

l'inspecteur du travail et des lois sociales est nul et de nul effet ». Il est certain que l'inspecteur du travail et des lois sociales ne peut approuver un projet de licenciement du délégué du personnel fondé sur une alerte qu'il a mis en œuvre.

combinée des articles 435, 465-3 et 487 du présent Acte uniforme laisse percevoir une confusion de pouvoirs entre le conseil d'administration, le président-directeur général et le directeur général ; en effet, ces différents organes sont tous "investis des pouvoirs les plus étendus", ce qui pourrait aggraver les conflits de pouvoirs et d'intérêts dans la SA »²⁴³⁹. Il convient alors de recadrer les fonctions du conseil d'administration en le détachant de l'objet social qui est la référence des pouvoirs des représentants légaux (1) pour les rattacher au domaine de contrôle des actes des représentants légaux (2).

1. Le détachement des fonctions du conseil d'administration de l'objet social

978. L'objet social demeure le repère du pouvoir des représentants légaux de la société²⁴⁴⁰. C'est la ligne de démarcation entre les pouvoirs des dirigeants selon que la société est à risques limités ou non. Lorsqu'il s'agit d'une société à risques limités, les pouvoirs sont étendus au-delà de l'objet social²⁴⁴¹. En revanche, dans le cadre d'une société à risques illimités, les pouvoirs sont limités par l'objet social²⁴⁴². En se référant à l'objet social pour définir les pouvoirs du conseil d'administration, le législateur semble octroyer au conseil les pouvoirs légaux de traiter avec les tiers à l'instar des dirigeants. Or, selon l'article 465 alinéa 3 de l'AUSCGIE, il est précisé que le président-directeur général « ...est investi des pouvoirs les plus étendus qu'il exerce (...) sous réserve de ceux expressément attribués aux assemblées générales ou spécialement réservés au conseil d'administration par les dispositions légales ou statutaires ». Cette disposition défend au président-directeur d'empiéter sur les pouvoirs des autres organes sociaux dont ceux du conseil d'administration. En d'autres termes, les pouvoirs des deux organes ne sont pas identiques mais différents. Le législateur entend convier le président-directeur général à rester dans son domaine de compétence. Mais il a choisi de ne pas prendre la même précaution à l'égard du conseil d'administration. Il semble encourager, au contraire, l'empiètement des pouvoirs des représentants légaux par le conseil d'administration en lui permettant de traiter avec les tiers au-delà de l'objet social.

979. Cette définition maladroite des pouvoirs du conseil d'administration lui donne des prérogatives théoriques qu'il ne peut exercer dans la pratique. Un tel dispositif n'est pas heureux, car le conseil décide ou délibère, mais n'agit pas²⁴⁴³. Le terme « *administration* » utilisé par le législateur ne correspond pas à la pratique de la société anonyme. En réalité, les administrateurs qui composent le conseil d'administration, ont essentiellement un rôle de contrôle et de conseil de la direction²⁴⁴⁴. Le pouvoir de représenter la société à l'égard des tiers appartenait au président et non au conseil d'administration dans la loi française de 1966 relatives aux sociétés commerciales. A la suite de la loi NRE, ce pouvoir a été retiré au président et confié au directeur général. La même précaution est

²⁴³⁹ P.-G. POUGOUE, J. NGUEBOU-TOUKAM et F. ANOUKAHA, in *OHADA Traité et Acte uniformes commentés et annotés, op. cit.*, p. 472.

²⁴⁴⁰ V. *supra* n° 52 s.

²⁴⁴¹ V. *supra* n° 54 s.

²⁴⁴² V. *supra* n° à 90 s.

²⁴⁴³ G. RIPERT et R. ROBLOT, *Traité de droit des affaires, par M. GERMAIN et V. MAGNIER, Les sociétés commerciales, op. cit.*, n° 1670-2. V. aussi, BARBIN, *Les pouvoirs des administrateurs des sociétés anonymes*, thèse Poitiers, 1933.

²⁴⁴⁴ Ph. MERLE, *Droit commerciales, sociétés commerciales, op. cit.*, n° 372.

prise dans l'AUSCGIE. Le législateur aurait pu faire économie de ces dispositions qui attribuent des pouvoirs légaux de représentation au conseil d'administration pour prévenir un dysfonctionnement éventuel de l'exécutif. Car, si en théorie ces pouvoirs sont reconnus au conseil, l'irrationalité de ces pouvoirs les rend difficiles à exercer dans la pratique au risque de créer un chaos au sein de l'exécutif. Ces textes qui attribuent des pouvoirs légaux de représentation au conseil sont donc désuets dès leur mise en vigueur, car il est rare de trouver une jurisprudence dans laquelle le conseil d'administration s'en est prévalu aux dépens de dirigeants. Leur présence n'est donc pas utile dans l'AUSCGIE. Il serait donc judicieux pour le législateur de les réformer pour limiter les attributions du conseil d'administration au contrôle des actes des dirigeants.

980. Du reste, il faut rappeler que cette définition maladroite des pouvoirs du conseil d'administration n'est pas étrangère aux ambiguïtés qui ont compromis le fonctionnement de l'exécutif des sociétés anonymes de type classique en France²⁴⁴⁵. Le conseil d'administration avait du mal à exercer efficacement ses prérogatives de contrôle qui lui revenaient en réalité²⁴⁴⁶. Ce fonctionnement insatisfaisant du conseil d'administration avait été pallié en France par l'institution de la société anonyme à directoire où les pouvoirs de direction et de contrôle ont été bien distincts. Non seulement cette séparation rigide de la direction du contrôle place l'assemblée générale dans la posture d'arbitre en cas de conflits²⁴⁴⁷ entre les deux structures de l'exécutif mais aussi elle a le mérite de ne pas confier conjointement aux deux structures les pouvoirs de représentation à l'égard des tiers comme c'est le cas dans la société anonyme de type classique. Seul le directoire est le représentant de la société à l'égard des tiers²⁴⁴⁸. Le conseil de surveillance est confié au rôle exclusif de contrôle des actes de la direction.

Tel doit être le cas du conseil d'administration dont les pouvoirs doivent être détachés de toute référence à l'objet social pour les limiter au contrôle de la gestion assurée par les dirigeants. Comme le législateur français, le législateur de l'OHADA a semblé régler le problème avec le recadrage des pouvoirs du conseil d'administration au cours de la révision de l'AUSCGIE en ces termes : « *Le conseil d'administration détermine les orientations de l'activité de la société et veille à leur mise en œuvre. Sous réserve des pouvoirs expressément attribués aux assemblées générales d'actionnaires et dans la limite de l'objet social, il se saisit de toute question intéressant la bonne marche de la société et règle par ses délibérations les affaires qui la concernent* »²⁴⁴⁹. Cette loi a semblé modifier la donne, en insistant sur les pouvoirs d'orientation et de contrôle du conseil mais les choses ne sont, sans doute, pas très différentes de ce qu'elles étaient avant la révision. Comme le remarquent certains auteurs, « *Les pouvoirs du conseil semblent donc aussi vaste que précédemment et empiètent, semble-t-il, comme par le*

²⁴⁴⁵ V. *supra* n° à 932 s.

²⁴⁴⁶ V. *supra* n° à 932 s.

²⁴⁴⁷ L'assemblée générale joue ce rôle d'arbitre lorsque le conseil de surveillance oppose un refus à une demande d'autorisation qui lui est adressé par le directoire dans le cadre de la fourniture des sûretés aux tiers. Le directoire peut former un recours contre le refus du conseil de surveillance devant l'assemblée qui sera amenée à trancher. V. B. THULLIER, *L'autorisation (Etude de droit privé)*, *op. cit.*, n° 129 et s.

²⁴⁴⁸ V. *supra* n° 938.

²⁴⁴⁹ Art. 435 al. 1^{er} de l'AUSCGIE révisé. L. 225-35 al. 1^{er} du Code de commerce. L'alinéa 3 ajoute : « *Le conseil d'administration procède au contrôle et vérifications qu'il juge opportun* ».

passé sur la compétence du directeur général »²⁴⁵⁰. En cas de survenance de conflit de compétences, il ne peut être réglé que par la soumission du directeur général à la volonté du conseil d'administration²⁴⁵¹ alors que le conflit devait être réglé en faveur de l'animateur de la direction générale, lorsqu'il est relatif à la représentation de la société. Il est donc nécessaire pour la loi de limiter sans ambiguïté les pouvoirs du conseil d'administration au contrôle des actes des dirigeants.

2. Le rattachement des fonctions du conseil au contrôle des actes des dirigeants

981. En application de l'article 435 alinéa 2 de l'AUSCGIE révisé, « *le conseil d'administration procède aux contrôles et vérifications qu'il juge opportuns* ». A travers cette disposition, le législateur entend confiner le conseil d'administration au contrôle des actes dirigeants. Mais sa volonté est trahie par les autres dispositions qui attribuent aussi au conseil d'administration des pouvoirs de représentation de la société²⁴⁵². Dans une perspective de dissociation ferme des pouvoirs du conseil de ceux des dirigeants, il admissible que le conseil règne au sein de l'exécutif mais ne gouverne pas. Il détermine les orientations auxquels les dirigeants doivent se conformer. Orienter ne veut pas dire ordonner, ni accomplir des actes, mais plutôt donner des directives. Cette formule reflète un pouvoir d'impulsion, et un devoir de contrôle²⁴⁵³. Ce devoir permet au conseil d'administration de prévenir non seulement les conflits d'intérêts en se prononçant sur les conventions réglementés²⁴⁵⁴ mais aussi les engagements excessifs en contrôlant les suretés personnelles fournies par les dirigeants aux tiers²⁴⁵⁵.

982. Ce pouvoir de contrôle est inconciliable avec le pouvoir de direction. Si le conseil d'administration avait aussi le pouvoir de direction, comment exercerait-il son pouvoir de contrôle ? Le contrôle serait dilué ou biaisé. Il ne peut être objectif que s'il est exercé par un organe différent du conseil d'administration. Cette réalité permet de condamner le cumul de la fonction de président du conseil d'administration avec la fonction de directeur général. En vertu des pouvoirs attachés à sa qualité de président du conseil d'administration, il est incertain que ce président participe activement au contrôle des actes qu'il accomplit en sa qualité de directeur général. Le contrôle de ses actes dépendrait moins de son volontarisme. Il revient aux administrateurs constituant un tiers au moins des membres du conseil d'administration de convoquer le conseil si celui-ci ne s'est pas réuni depuis plus de deux mois²⁴⁵⁶. L'inactivité des administrateurs placerait le conseil d'administration dans une léthargie lorsque leur président assume la direction de la société. Pour se prononcer efficacement dans le cadre du contrôle du conseil d'administration, les administrateurs doivent être suffisamment informés²⁴⁵⁷. Mais les administrateurs actionnaires n'ont pas toujours rempli convenablement leur fonction et brillent souvent par leur absence aux réunions du

²⁴⁵⁰ J.-P. CASMIR et M. GERMAIN, *Dirigeants de sociétés (juridique, fiscal, social)*, Groupe Revue fiduciaire 2007, p. 127, n° 509.

²⁴⁵¹ Trib. com. Bordeaux, 2 janv. 2003, *Rev. sociétés* 2003, p. 134, note B SAINTOUREINS.

²⁴⁵² V. *supra* n° 932 s.

²⁴⁵³ P. LE CANNU et B. DONDERO, *Droit des sociétés, op. cit.*, n° 743.

²⁴⁵⁴ V. *supra* n° 257 s.

²⁴⁵⁵ V. *supra* n° 188 s.

²⁴⁵⁶ Art. 453 al. 3 de l'AUSCGIE.

²⁴⁵⁷ Cass. com., 2 juillet 1985, *Cointreau*, *JCP* 1985, II, 20518, note A VIANDIER ; *DS* 1986, p. 351, note LOUSSOUARN ; *Rev. sociétés* 1986, p. 231, note P. LE CANNU ; *Deffrénois* 1986, p. 600, note J. HONORAT.

conseil d'administration. Pour pallier ce désintérêt des administrateurs actionnaires, des précautions sont prises pour permettre l'entrée des non-actionnaires au sein du conseil d'administration dans la limite du tiers de ses membres²⁴⁵⁸. Ces non-actionnaires, généralement des salariés en raison de leur proximité avec la société, sont plus enclins à protéger leurs intérêts à travers l'exercice de la parcelle de pouvoir qui leur est reconnue²⁴⁵⁹ contrairement aux administrateurs qui ne sont intéressés que par les jetons de présence et les dividendes.

983. Dès lors, le pouvoir de contrôle assigné au conseil d'administration le disqualifie de la direction sociale. La société court un risque lorsqu'un même organe cumule et le pouvoir de contrôle et le pouvoir de direction, car les deux pouvoirs sont inconciliables. La mise en rapport de la société avec les tiers par le conseil d'administration ne peut s'inscrire que dans le cadre de son pouvoir de contrôle. Il est inutile de définir le pouvoir du conseil d'administration en référence à l'objet social. Le respect de l'objet social, dans le cadre des relations internes à la société, ne constitue qu'une limitation stérile. Toute référence à l'objet social ou son dépassement probable ne concerne en pratique que les seules opérations engageant la société à l'égard des tiers²⁴⁶⁰. Il importe que le législateur précise que le conseil d'administration doit exercer ses pouvoirs dans le respect de la compétence des assemblées d'actionnaires et de celle des représentants légaux de la société. Pour mieux exercer son contrôle, le conseil d'administration peut créer des comités spécialisés²⁴⁶¹ en leur confiant la mission de faire des propositions au sujet des projets de décisions relatifs à la situation des dirigeants.

Ce recadrage de la fonction du conseil d'administration permet non seulement d'éviter des conflits de compétences au sein de l'exécutif mais aussi de favoriser une coopération harmonieuse des organes de l'exécutif pour une gestion efficace de la société. Cette réorganisation des pouvoirs ne saurait donner lieu à une confusion de l'organisation de l'exécutif de la société anonyme classique avec celle de la société à directoire. Car dans la société à directoire, la séparation entre les organes de l'exécutif est très rigide à telle enseigne qu'une personne ne peut appartenir à la fois au conseil de surveillance et au directoire²⁴⁶² alors que dans la société anonyme classique, un administrateur peut cumuler sa fonction avec celle de direction. Le recadrage des fonctions assignées aux organes de l'exécutif de la société anonyme classique appelle à une indexation la responsabilité politique des dirigeants sur leur position hiérarchique.

B. L'indexation de la responsabilité politique du dirigeant sur sa position hiérarchique

²⁴⁵⁸ Art. 417 al. 1^{er} de l'AUSCGIE. En raison de leur proximité avec la société, les salariés sont souvent privilégiés pour intégrer le conseil²⁴⁵⁸. La limitation du nombre des administrateurs non actionnaires au tiers de la composition du conseil se justifie par le besoin de ne pas abandonner le sort de la fonction du président-directeur général entre les mains des salariés administrateurs alors même qu'il est leur chef de l'entreprise (P. PETIT, *La suspension du contrat de travail des dirigeants de société anonyme*, préc., n° 10 et s.).

²⁴⁵⁹ V. *supra* n° 971-974.

²⁴⁶⁰ J.-P. CASMIR et M. GERMAIN, *Dirigeants de sociétés (juridique, fiscal, social)*, *op. cit.*, n° 509

²⁴⁶¹ V. *supra* n° 877 s.

²⁴⁶² V. *supra* n° 938.

984. La doctrine s'est toujours interrogée sur la coïncidence entre l'autorité et la responsabilité²⁴⁶³. De toute évidence, « *la connexion entre le pouvoir et la responsabilité est symétrique* »²⁴⁶⁴. Pour les associés, leur responsabilité financière attachée à la forme sociale choisie détermine leur pouvoir au sein de l'assemblée générale²⁴⁶⁵. En revanche, pour les dirigeants, c'est le pouvoir attaché à leur fonction qui détermine leur responsabilité politique²⁴⁶⁶. Dans la mise en œuvre de cette connexité au niveau des dirigeants, le constat fait apparaître qu'antérieurement à la révision de l'AUSCGIE, tous les dirigeants de la société anonyme étaient soumis à une responsabilité politique identique alors qu'ils n'ont pas tous la même position hiérarchique. Le dirigeant chef de l'exécutif et le dirigeant subordonné au chef sont indistinctement soumis au mode de révocation *ad nutum*. Par réciprocité, ils peuvent aussi démissionner librement sans juste motif. Cette mesure déconnectait la responsabilité politique de l'autorité politique alors que la responsabilité politique doit au contraire être indexée sur l'autorité pourvue au dirigeant dans l'organigramme. L'indexation est en principe limitée au contexte de la révocation étant donné que son régime est expressément élaboré et qu'il faille le redéfinir (1) mais elle sera exceptionnellement étendue au contexte de la démission (2).

1. La limitation de l'indexation au contexte de la révocation

985. Le chef de l'exécutif dispose d'une autorité supérieure à celle de ses collaborateurs. Dans l'ordre interne, le chef tire ses pouvoirs de la loi alors que les autres membres ont des pouvoirs conventionnellement définis par le chef en collaboration avec l'organe des nominations²⁴⁶⁷. De même, les conditions de désignation du chef sont différentes de celle des autres membres de la direction : la désignation du chef est soumise à un seul accord alors que celle de ses collaborateurs est soumise à un double accord. En d'autres termes, la désignation du chef résulte de l'accord de l'organe des nominations. Il sélectionne ensuite ses collaborateurs et les présente à l'organe des nominations pour leur désignation finale. Comme le précise le professeur GUYON, « *la nécessité de ce double accord est logique. En effet, le président-directeur général ne saurait se voir imposer comme collaborateur immédiat quelqu'un qui n'aurait pas sa confiance, d'où la nécessité de la présentation. Mais le président ne saurait pas davantage appeler à la direction générale une personne qui n'aurait pas l'agrément du conseil, car celui-ci conserve la haute main sur les affaires sociales (...). L'accord des deux organes a pour objet de prévenir les risques futurs* »²⁴⁶⁸. Il importe dès lors de suivre le même formalisme dans la révocation. Le respect du parallélisme des formes²⁴⁶⁹ a conduit à maintenir la révocation *ad nutum* des chefs de l'exécutif (a). Mais la révocation des dirigeants subordonnés ne peut être décidée par l'organe des nominations que sur proposition du chef légitimée par les motifs justificatifs pour éviter de soumettre les subordonnés à la responsabilité politique de leur chef (b).

²⁴⁶³ B. GRELON, *Rapport de synthèse de la commission II, in Entreprise, pouvoir, autorité et responsabilité*, Economica, 1985, p. 381.

²⁴⁶⁴ S. SCHILLER, *Les limites de la liberté contractuelle en droit des sociétés (Les connections radicales)*, op. cit., p. 248, n° 502.

²⁴⁶⁵ *Ibid*, n°s 503 et s.

²⁴⁶⁶ *Ibid*, n°s 602 et s.

²⁴⁶⁷ V. *supra* n° 563-564.

²⁴⁶⁸ Y. GUYON, *Droit des affaires, tome 1, Droit commercial général et Sociétés*, op. cit., n° 347.

²⁴⁶⁹ Pour une étude sur la notion de parallélisme des formes, v. S. BECQUE-ICKOWICZ, *Le parallélisme des formes en droit privé*, thèse Paris II, préf. P.-Y. GAUTIER, Editions Panthéon Assas, 2004.

a. Le maintien de la révocation *ad nutum* des dirigeants à la tête d'une hiérarchie

986. L'organigramme de l'exécutif des sociétés anonymes est hiérarchisé indépendamment du mode de direction. Chaque direction est dotée de chef légal. Au sein de la SA à conseil d'administration, les prérogatives du chef de l'exécutif reviennent incontestablement au président-directeur général. En revanche, lorsque la présidence du conseil d'administration et la direction générale sont confiées à des personnes différentes, la qualité de chef de l'exécutif échappe au directeur général sur le plan interne. En se référant à l'article 491 de la première version de l'AUSCGIE, il ressort que le directeur général est nommé sur proposition du président du conseil d'administration lorsque le premier directeur général est empêché. Cette mesure est supprimée par l'AUSCGIE révisé mais il n'est pas exclu qu'elle s'applique de fait. Le pouvoir du président du conseil d'administration lui permet de faire des investigations sur le futur directeur général candidat²⁴⁷⁰ et, s'il y a lieu, de proposer un candidat de son choix. Ces privilèges dont dispose le président du conseil d'administration au plan interne justifient l'interdiction pour lui de se subordonner au directeur général à titre de directeur général adjoint²⁴⁷¹. Le directeur général est obligé de suivre les orientations du conseil d'administration et s'expose à la révocation en cas de collaboration conflictuelle avec le président. Il apparaît donc que dans le cadre d'une dissociation, le chef de l'exécutif est le président du conseil d'administration et non le directeur général. Par contre, le chef de l'exécutif est le président-directeur général s'il n'y a pas dissociation de deux fonctions. Au sein de la société anonyme avec administrateur général, le chef de l'exécutif est incontestablement l'administrateur général.

987. En leur qualité de chef de l'exécutif social, le président-directeur général ou l'administrateur général, selon le cas, assure sous leur responsabilité la direction générale. Il n'en est pas de même pour le président du conseil d'administration qui est le chef de l'exécutif mais ne peut assurer la direction générale²⁴⁷² si elle est assurée par une autre personne. Ces chefs impulsent l'action directoriale. Ils déterminent les pouvoirs des autres membres de la direction en fonction de leur politique managériale. Ils concentrent en réalité toute l'autorité pour assurer la direction de la société. Ils ont le pouvoir de réaliser un réaménagement du cabinet directorial en fonction de leurs objectifs. Ils ont toutes les coudées franches pour mener leur fonction.

988. Cette souveraineté absolue d'un chef de l'exécutif doit le mettre devant ses responsabilités. Un dysfonctionnement de l'exécutif ne saurait être mis à la charge des autres membres du cabinet qui sont sous ses ordres. Une mauvaise définition des pouvoirs des membres du cabinet est une maladresse dont le chef est le seul à répondre. Sa responsabilité politique doit concorder avec le degré de son autorité politique qui fait de lui le

²⁴⁷⁰ P. LE CANNU et B. DONDERO, *Droit des sociétés*, *op. cit.*, n° 778.

²⁴⁷¹ CA Lyon, 3^e ch, 25 sept. 2003, préc.

²⁴⁷² Certes, sur le plan interne, le président du conseil d'administration est le chef de l'exécutif étant donné qu'il dirige l'organe qui a des pouvoirs sur la situation du directeur général. Mais sur le plan externe, le directeur général est le personnage central de la société en vertu de ses pouvoirs légaux de représentation (V. Ph. MERLE, *Droit commercial, Sociétés commerciales*, *op. cit.*, n° 429 ; S. SCHILLER, *Les limites de la liberté contractuelle en droit des sociétés (Les connexions radicales)*, *op. cit.*, n° 612). Même ses adjoints disposent des pouvoirs identiques auxquels le président du conseil d'administration ne peut prétendre. Il est interdit que le président du conseil d'administration se subordonne au directeur général.

responsable incontournable de la direction. Cette responsabilité du chef doit éveiller en lui une surveillance accrue sur les actes de ses subordonnés²⁴⁷³ détenteurs de pouvoirs légaux dans leur rapport avec les tiers, car il sera le seul responsable des désastres de la direction devant l'organe des nominations même si ces désastres proviennent de ses subordonnés. Les subordonnés sont à l'égard du chef dans un rapport contractuel, car l'étendue de leurs pouvoirs a été négociée par le chef en relation avec l'organe de nomination²⁴⁷⁴. En réalité, les subordonnés n'ont pas de pouvoirs propres dans l'ordre interne²⁴⁷⁵. Ils n'exercent que des pouvoirs délégués du chef reconnus par la société par son approbation à travers la nomination des subordonnés. Cette délégation de pouvoirs expressément avalisée par la société contraste, sur le plan procédural, avec celle généralement réalisée par le dirigeant de son propre chef à ses salariés²⁴⁷⁶. Mais au fond, les subordonnés n'ont pas de pouvoirs propres sur le plan externe à l'instar des délégataires purement conventionnels, car ils ne bénéficient que d'un morceau des pouvoirs du chef qu'ils doivent exercer de bonne foi dans leurs limites tracées au risque de perdre la confiance du chef. Ce morcellement des pouvoirs consenti par le chef permet d'admettre qu'il est le véritable détenteur de tous les pouvoirs.

La relation du chef avec ses subordonnés s'inscrit indéniablement dans un quasi-rapport de mandant et mandataire. Dans cette situation, en raison de leur subordination au chef, les subordonnés doivent lui rendre compte de leurs actes à l'instar du mandataire vis-à-vis de son mandant²⁴⁷⁷. A ce niveau, le contrôle exercé par le chef est plus approfondi puisqu'il peut exiger un rapport écrit et détaillé d'un subordonné sur ses actes. La détection d'une anomalie dans les comptes du subordonné peut valoir des avertissements précurseurs d'une révocation. Mais la gravité des déviances peut l'exposer à une révocation immédiate sur demande du chef.

989. En fin de compte, la société n'a qu'un seul interlocuteur au niveau de l'exécutif social en la personne de son chef. Les mauvais résultats de la société sont à son passif, les résultats positifs à son actif. Dès lors, il n'est pas nécessaire pour la société de s'intéresser aux collaborateurs du chef de l'exécutif, car leur sort dépend de l'avis du chef. La société ne peut mettre en cause que la responsabilité politique du chef en cas de défaillance de la direction. Le chef de l'exécutif apparaît donc comme le seul à répondre de la gestion de son autorité. Il constitue un fusible qui peut être sauté à tout moment sans que les raisons de sa responsabilité lui soient fournies. Il ne saurait bénéficier d'aucune excuse pour échapper à sa responsabilité politique. A la limite, le respect de son droit à la défense peut lui être assuré pour éviter à la société la responsabilité pour violation du principe du contradictoire²⁴⁷⁸. Ses collaborateurs ne sauraient constituer un souci pour la société, car un nouveau chef est à même de juger de leur maintien ou non, ou de constituer une nouvelle équipe.

²⁴⁷³ En ce sens, N FERRIER, *La délégation de pouvoirs, technique d'organisation de l'entreprise*, op. cit., p. 493 et s., n° 338 et s.

²⁴⁷⁴ V. *supra* n° 563-564, 985.

²⁴⁷⁵ En ce sens, M. EMIEN, *L'administration et la direction de la société de type nouveau issu de la réforme du droit des sociétés commerciale applicable dans la zone OHADA*, *Penant* n°864 juillet-septembre 2008, p. 280.

²⁴⁷⁶ V. *supra* n° 613 s.

²⁴⁷⁷ En ce sens, Ph. PETEL, *Les obligations du mandataires*, op.cit., p. 215 et s., n° 367 et s.

²⁴⁷⁸ V. *supra* n° 685 s.

Cette révocabilité *ad nutum* du chef de l'exécutif permet de changer facilement d'équipe dirigeante lorsque la société change de majorité. Les nouveaux majoritaires sont libres de maintenir ou non le chef de l'exécutif en fonction après la prise du contrôle. Le plus souvent, ils installent une nouvelle équipe en renvoyant par la même occasion l'ancien chef avec ses collaborateurs²⁴⁷⁹. Une telle mesure est condamnable. Il suffit de remplacer le chef de l'exécutif et de laisser toute la latitude au chef remplaçant pour décider du sort des collaborateurs de son prédécesseur lors de la constitution de son équipe. L'intervention de la société pour révoquer les collaborateurs du chef de l'exécutif doit nécessairement être motivée par les reproches du chef à l'égard de leur fonction.

b. L'exigence d'un juste motif de révocation pour les dirigeants subordonnés, une distinction à l'égard de la responsabilité politique du chef

990. Certains dirigeants sont dans une situation de subordination par rapport au chef de l'exécutif. Il s'agit des dirigeants adjoints – directeur délégués en droit français – du directeur général²⁴⁸⁰ et de l'administrateur général adjoint. Leur subordination est caractérisée par l'exercice de leur fonction sous l'autorité du chef de l'exécutif et la maîtrise de l'étendue de leur fonction par ce chef. Dans l'ordre interne leur situation est assimilable à celle des salariés eu égard au lien de subordination de ceux-ci à l'égard du chef d'entreprise.

991. En dépendant hiérarchiquement du chef de l'exécutif, les dirigeants subordonnés répondent de leurs actes devant lui à l'image des salariés devant leur employeur. Grâce à la révision de l'AUSCGIE, la responsabilité politique des dirigeants subordonnés devant le chef de l'exécutif est connectée à leur autorité au sein de la direction. Contrairement à la version ancienne de l'AUSCGIE qui soumettait ces dirigeants subordonnés à la révocabilité *ad nutum* comme leur chef, l'AUSCGIE révisé modifie leur situation en les soumettant à la révocabilité pour juste motif. De même, contrairement à la première version de l'AUSCGIE qui soumettait leur révocation et celle de leur chef au même organe, la version nouvelle de l'AUSCGIE a réformé leur situation en soumet leur révocation aux mêmes procédures que celle de leur nomination. Par exemple, selon l'article 475 alinéa 1^{er} de l'AUSCGIE révisé, « *Sur proposition du président-directeur général, le conseil d'administration peut révoquer à tout moment le directeur général adjoint. Toute révocation du directeur général adjoint intervenue en violation du présent alinéa est nulle* ».

Ainsi, les dirigeants subordonnés ne peuvent plus être révoqués sans l'avis de leur chef hiérarchique. Le schéma de leur révocation consistera en une présentation du projet de leur révocation par leur chef hiérarchique devant l'organe des nominations. Un tel projet ne saurait relever d'un pur hasard. Il doit relever les éléments justifiant la révocation du dirigeant subordonné. Il peut s'agir de la perte de confiance²⁴⁸¹, car le chef de l'exécutif ne peut travailler avec des collaborateurs qui sont en disgrâce à son égard. Soit, le dépassement par les dirigeants

²⁴⁷⁹ Y. GUYON, *Droit des affaires, tome 1, Droit commercial général et Sociétés, op. cit.*, n° 591.

²⁴⁸⁰ Pour le cas du directeur général, v. *supra* n° 986.

²⁴⁸¹ A. ALBARIAN, *La révocation des mandataires sociaux pour perte de confiance*, préc., n° 1 et s.

subordonnés de leurs pouvoirs conventionnels, soit leur incapacité à assurer sa fonction sont des éléments pouvant justifier sa révocation. La préservation de l'intérêt social peut justifier la révocation du dirigeant subordonné lorsque la société est confrontée à une procédure collective et qu'il faille diminuer ses charges²⁴⁸². Le cas le plus embarrassant est celui où il existe des divergences de vue entre le chef de l'exécutif et le dirigeant subordonné. Si ces divergences sont telles qu'elles nuisent à la bonne marche de la société, la révocation est possible²⁴⁸³. Saisie de la demande de révoquer le dirigeant subordonné, l'organe chargé des nominations ne peut que suivre le chef de l'exécutif pour une direction harmonieuse de la société.

992. Il apparaît dès lors qu'avec cette réforme du régime de la révocation des dirigeants subordonnés, leur responsabilité politique est connectée parfaitement avec leur position hiérarchique. Désormais, le dirigeant subordonné ne répondra plus de la responsabilité politique de son supérieur hiérarchique. Sa responsabilité politique est personnelle. Cette réforme vient mettre un terme à la responsabilité politique du fait d'autrui que favorisait la première version de l'AUSCGIE. La détection claire de la responsabilité politique personnelle des dirigeants subordonnés permet de légitimer leur révocation dans les nouvelles conditions. Cette responsabilité étant encoure devant leur chef hiérarchique, il relève de la compétence de celui-ci d'initier préalablement le projet de révocation de son collaborateur avec qui il ne peut plus travailler avant de le faire avaliser par l'organe des nominations. Cette mesure était déjà applicable aux membres du directoire²⁴⁸⁴ ainsi qu'au directeur général en droit français²⁴⁸⁵.

Un auteur s'était fondé sur le pouvoir de représentation du directeur général pour juger que le régime de révocation qui lui est appliqué respecte imparfaitement la connexion entre le pouvoir et la responsabilité, car cette responsabilité est trop faible²⁴⁸⁶. Cet avis est contestable, car la responsabilité politique est une question d'ordre interne à l'exécutif social et ne met pas en évidence les pouvoirs externes du dirigeant. C'est les pouvoirs internes du dirigeant qui peuvent déterminer sa responsabilité politique, contrairement aux pouvoirs externes qui déterminent sa responsabilité civile. Ainsi, en soumettant la révocation du directeur général au juste motif de révocation, sa responsabilité politique concorde parfaitement avec ses pouvoirs internes qui font de lui un subordonné au président du conseil d'administration.

Dès lors, la position hiérarchique des dirigeants subordonnés contribue à expliquer qu'ils ne peuvent être révoqués que pour juste motif. Ils sont sous une surveillance accrue : le directoire sous la surveillance du conseil de surveillance et le directeur général sous la surveillance du président du conseil d'administration et du conseil d'administration. Leur défaillance serait en partie mise à la charge des organes chargés de les surveiller. La

²⁴⁸² V. R. BAILLOD, *Le juste motif de révocation des dirigeants sociaux*, préc., p. 395.

²⁴⁸³ Com., 17 juill. 1984, *Rev. sociétés* 1984, p. 791, note GUYENOT ; D. 1985, IR 137, note BOUSQUET. – Com., 24 avril 1990, *Rev. dr. bancaire* 1990, p. 239, note JEANTIN et VIANDIER. V. cependant, Paris, 17 nov. 1992, *Rev. sociétés* 1993, p. 813, P. LE CANNU.

²⁴⁸⁴ Art. L. 225-61 al. 1^{er} du Code de commerce.

²⁴⁸⁵ Art. L. 255-55 al. 1^{er} du Code de commerce.

²⁴⁸⁶ S. SCHILLER, *Les limites de la liberté contractuelle en droit des sociétés (Les connexions radicales)*, op. cit., n° 632.

pression est donc mise sur les organes de surveillance par la révocation *ad nutum* pour qu'ils soient constamment vigilants à l'égard des actes des organes qui émanent d'eux et qui sont chargés de la direction.

993. En définitive, les dirigeants subordonnés doivent être révocables sur proposition concrète de leur chef hiérarchique. Cette proposition emportera certainement l'adhésion de l'organe des nominations, car un dirigeant subordonné ne peut être maintenu contre l'avis de son chef. Dans cette configuration, la connexité est rétablie entre la responsabilité politique du dirigeant subordonné et sa position hiérarchique. Cette indexation de la responsabilité politique sur la position hiérarchique mérite d'être étendue aux démissions des dirigeants.

2. L'extension de l'indexation au contexte de la démission

994. En partant de la nouvelle approche de la responsabilité politique des dirigeants sociaux en fonction de leur position hiérarchique²⁴⁸⁷, les principes gouvernant leur démission doivent s'inscrire dans la même logique.

995. En effet, en application de la théorie de la réciprocité, le dirigeant en tête de l'exécutif peut librement démissionner étant donné qu'ils sont révocables *ad nutum*²⁴⁸⁸. Il présente sa lettre démission à l'organe dont relève sa nomination sans être obligé de motiver sa décision. L'organe chargé des nominations ne peut exiger de lui la fourniture des raisons de sa démission. A la limite, le dirigeant en chef est tenu de respecter un préavis raisonnable, si les statuts n'ont fixé au préalable aucun délai²⁴⁸⁹. En revanche, il est lié par le préavis statutaire au risque de s'exposer à la responsabilité pour démission irrégulière²⁴⁹⁰. La démission est une décision politique que le dirigeant en chef peut prendre librement mais en toute responsabilité eu égard à son autorité. Mis à part les démissions forcées ou d'office en raison du dépassement du cumul légal²⁴⁹¹, de l'atteinte de l'âge limite prévu par les statuts ou de l'accession à une fonction incompatible avec la direction sociale, le dirigeant peut démissionner pour prévenir une révocation imminente à la suite d'un changement de majorité. Cette décision peut également être prise par un dirigeant qui entend créer une nouvelle société qu'il pourra diriger afin de prévenir les conflits d'intérêts²⁴⁹² et d'éviter d'être poursuivi pour violation de son obligation de non-concurrence²⁴⁹³.

996. De toute manière, un dirigeant qui entend éviter une humiliation par sa révocation peut préventivement démissionner. La prise de conscience par le dirigeant de l'utilisation maladroite et infructueuse de son autorité et de l'immobilisme de sa direction eu égard aux résultats catastrophiques de la société, peut le décider à se retirer de ses fonctions. Lorsqu'après plusieurs remaniements de son équipe, le chef de l'exécutif ne parvient pas à impulser une dynamique positive dans la direction de la société, il est incontestable qu'il assume la responsabilité de l'échec de la direction en se retirant de la société pour laquelle il est devenu un danger. Le sens de la

²⁴⁸⁷ V. *supra* n° 986 s.

²⁴⁸⁸ V. *supra* n° 318.

²⁴⁸⁹ V. *supra* n° 764 s.

²⁴⁹⁰ V. *supra* n° 774 s.

²⁴⁹¹ V. *supra* n° 581 s.

²⁴⁹² Au sujet des conflits d'intérêts, v. *supra* n° 232 s.

²⁴⁹³ V. L. GODON, *L'obligation de non-concurrence des dirigeants sociaux*, Bull. Joly Sociétés 1999, n° 1, p. 5 ; v. aussi Y. SERRA, *La non-concurrence en matière commerciale, sociale et civile*, Dalloz, 1991, n° 151 ; Y. PICOD, *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, LGDJ, 1987, p. 143 et s.

responsabilité commande que le dirigeant qui se révèle impuissant à animer convenablement la direction en dépit de son autorité considérable donne sa démission.

997. En revanche, en alignant les conditions de la démission des dirigeants subordonnés sur celles de leur nomination, elles se déclinent comme suit : la démission doit être présentée au dirigeant en chef qui, à son tour, devra la porter à l'organe des nominations qui pourra l'entériner. Il est nécessaire que le dirigeant subordonné soumette au dirigeant en chef les motifs de sa démission. Ces motifs permettent au dirigeant en chef de convaincre l'organe des nominations de l'impossibilité de maintenir le dirigeant subordonné et de la nécessité de le remplacer. Au nombre des motifs de la démission du dirigeant subordonné peuvent figurer son empêchement à assurer la fonction, l'impossibilité de servir deux chefs suite à sa nomination à une fonction identique dans une autre société et des conflits qui l'oppose au dirigeant en chef. Egalement, la démission du dirigeant subordonné peut s'expliquer par le refus du dirigeant en chef de lui octroyer les moyens de remplir sa mission²⁴⁹⁴. Lorsque le dirigeant subordonné passe outre le dirigeant en chef pour présenter sa démission à l'organe des nominations, celui-ci est tenu d'informer le dirigeant en chef qui pourra entendre au préalable le dirigeant subordonné pour s'enquérir de ses raisons et pour proposer son remplaçant.

998. Cette mesure est utile lorsque la démission du dirigeant subordonné est portée devant l'organe des nominations au moment où le dirigeant en chef est éloigné de la société pour des raisons de voyage, de maladie, de congé ou de tout autre événement l'empêchant d'être à son poste²⁴⁹⁵. Elle permet de contraindre le dirigeant subordonné démissionnaire d'assurer les affaires courantes jusqu'au retour du dirigeant en chef. Car, le départ du dirigeant subordonné en l'absence du dirigeant en chef rend la société incapable d'agir dans le domaine de compétence de ce dirigeant si sa démission n'est pas suivie de son remplacement. Si ce dirigeant subordonné démissionnaire est le seul assistant du dirigeant en chef, le fonctionnement de la société serait bloqué. S'il y a d'autres dirigeants subordonnés, ceux-ci ne peuvent intervenir dans le domaine de compétence de leur collègue démissionnaire en l'absence d'une habilitation supplémentaire. Aussi, un autre dirigeant subordonné ne pourrait-il être nommé en remplacement du dirigeant subordonné démissionnaire sans le consentement du dirigeant en chef. Qu'il s'agisse d'une extension du domaine de compétence d'un autre dirigeant subordonné à celui de son collègue démissionnaire ou de la nomination d'un autre dirigeant subordonné pour exercer les compétences du démissionnaire, l'accord du dirigeant en chef est nécessaire²⁴⁹⁶. Le dirigeant subordonné devra convaincre son chef – dès qu'il sera à son poste – de sa démission. Le non-respect de ces exigences par le dirigeant subordonné l'expose à la responsabilité, s'il se retire de la société sans aucun motif²⁴⁹⁷.

999. Ainsi, la liberté de démissionner du dirigeant en chef et l'exigence du jute motif de démission du dirigeant subordonné s'avèrent-elles concordantes avec la position hiérarchique de ces dirigeants. La responsabilité

²⁴⁹⁴ E. SCHOLASTIQUE, *Le devoir de diligence des administrateurs de sociétés. Droit français et anglais, op. cit.*, spéc. n^{os} 627-630.

²⁴⁹⁵ V. *supra* n^o 625, 861, 862, 863.

²⁴⁹⁶ V. *supra* n^o 985.

²⁴⁹⁷ V. *supra* n^o 788-790.

politique de chaque dirigeant correspond au degré de son autorité dans l'organigramme. Cette réorganisation de la coopération des structures de l'exécutif de la société anonyme est transposable dans les sociétés à gérance où l'absence d'hierarchisation de l'organigramme de la direction peut favoriser l'anarchie.

§ 2. La réorganisation intrastructurelle de la direction de sociétés à gérance

1000. L'organigramme de la gérance des SARL et SNC se singularise par une absence de hiérarchisation et parfois par des controverses autour du cumul du statut de dirigeant avec celui de salarié. Certes absence de hiérarchisation peut être palliée par une organisation interne de la gérance par l'attribution d'un domaine de compétence à chaque gérant²⁴⁹⁸. Mais il n'est pas exclu qu'elle favorise l'anarchie au sein de la direction faute de révérence à un chef légal²⁴⁹⁹. Dans ce contexte, la direction peinera à inscrire sa politique autour d'une vision unique : autant de gérants, autant de visions. Or, une seule vision s'imposerait en présence d'un chef.

Sur un autre chapitre, contrairement aux dirigeants des sociétés anonymes, les gérants sont généralement exclus du cumul de leur fonction avec la fonction salariée. Il en est ainsi du gérant majoritaire de SARL²⁵⁰⁰ et du gérant associé de SNC. Si l'exclusion du cumul par le gérant majoritaire de SARL est convaincante en raison de l'impossibilité de prouver son lien de subordination, il n'en est pas de même de l'exclusion à l'égard du gérant associé de SNC dont le fondement sur sa qualité d'associé est purement artificiel.

Dans la perspective d'une réorganisation interstructurelle des gérances, il convient de plaider, pour une institution en leur sein, d'un chef légal qui aura la responsabilité de la présider (A) et l'admission claire du cumul du statut de gérant associé en nom avec le statut de salarié (B).

A. La hiérarchisation de la gérance autour de la vision d'un chef légal

1001. Comme dans les sociétés anonymes, la hiérarchisation de la gérance consistera à la doter légalement d'un chef qui pourra être assisté d'un ou plusieurs assistants (1). Une telle hiérarchisation doit s'accompagner d'une révision de la responsabilité politique des gérants en fonction de leur position hiérarchique dans l'organigramme de la gérance (2).

1. Les contours de la hiérarchisation

1002. Même sans être encore légalement prévue, la hiérarchisation de l'organigramme de la gérance est *de facto* présente dans certaines sociétés. L'hypothèse est évidente lorsque la gérance d'une SARL unipersonnelle est dotée de plusieurs gérants au nombre desquels figure l'associé unique. Il est incertain que l'associé unique gérant admette la politique managériale des autres gérants lorsqu'elle la juge dissidente de la sienne. En créant sa société, l'associé unique a une vision qu'il entend suivre au niveau de sa direction et qu'il userait de ses pouvoirs qu'ils détiennent en sa qualité d'associé pour la faire respecter par les autres gérants. A titer d'emple, il

²⁴⁹⁸ V. B. ALIBERT, *La pluralité de gérants dans les sociétés à responsabilité limitée*, préc., p. 605.

²⁴⁹⁹ En ce sens, M. COZIAN, A. VIANDIER et F. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, op. cit., n° 1094 : « On mesure les difficultés posées par la pluralité de gérants ».

²⁵⁰⁰ V. supra n° 598.

peut révoquer les dirigeants dissidents²⁵⁰¹. La présence de l'associé unique à la gérance enlève tout intérêt à toute délibération au sein de la gérance. Car il n'est pas exclu que l'associé unique gérant s'arroge le pouvoir de présider à la destinée de la direction en imposant ses décisions aux autres gérants et en leur attribuant des domaines de compétence selon sa convenance.

Si la gérance ne comporte pas l'associé unique, les gérants nouvellement nommés et inexpérimentés peuvent accepter de se faire conduire par le gérant en fonction avant eux en raison de son expérience acquise pour les initier à la gérance. Dans la dynamique de se former pour prendre la relève du gérant dont la retraite n'est pas lointaine, les nouveaux gérants sont obligés de se soumettre à leur prédécesseur pour la pérennisation de la politique suivie et pour éviter l'anarchie au sein de la gérance. Dès lors, l'ancienneté du gérant dont la politique est très fructueuse pour la société peut servir à légitimer son statut de chef de fait de la gérance.

1003. Dès lors, une légalisation de la hiérarchisation de la gérance ne s'écarte pas de la réalité. Il appartient au législateur de définir les contours d'une configuration nouvelle de l'organigramme de la gérance. Il s'agira d'enterrer l'organigramme horizontal au profit d'un organigramme vertical. La verticalité de l'organigramme commande une réforme de l'appellation des membres de la gérance. Le chef de la gérance peut se faire attribuer l'appellation de « *gérant général* » et le gérant subordonné l'appellation de « *gérant adjoint* » ou de « *gérant délégué* ».

Cette réforme de l'organigramme de la gérance ne va pas sans influencer les conditions de nomination des membres de la gérance. La nomination du « *gérant général* » relèverait directement de l'accord exclusif de l'assemblée générale. Par contre, la nomination d'un « *gérant adjoint* » est au préalable proposée par le « *gérant général* » en fonction des besoins de la direction avant d'être entérinée par l'assemblée générale. Il n'est pas exclu que des gérants suppléants soient prévus²⁵⁰². Ceux-ci pourront remplacer par la suite un gérant adjoint retiré.

Cette configuration de gérance hiérarchisée permet de clarifier la position de chaque dirigeant au sein de la gérance et de parer à l'anarchie. Toutes les énergies seront fédérées au tour de la vision du « *gérant général* » dans les rapports de la gérance avec les tiers. Cette différence de position hiérarchique des membres de la gérance appelle une responsabilité politique adéquate.

2. L'incidence de la hiérarchisation sur la responsabilité politique des gérants

1004. La hiérarchisation de la gérance ne va pas sans impacter la responsabilité politique des membres de la gérance. En fonction de la position hiérarchique des membres, la responsabilité politique du « *gérant général* » semble plus forte en raison de son autorité à présider la destinée de la direction alors que celle des « *gérants adjoints* » est amoindrie, étant donné qu'ils sont appelés à appliquer la politique du chef.

²⁵⁰¹ Par ex., Com., 9 mars 2010, *Petites affiches* 2010 n° 120, p. 16, note O. ROUMÉLIAN.

²⁵⁰² Comme le suggère le professeur GUYON, « *il est paraît possible de désigner par avance un gérant suppléant, qui ne prendra ses fonctions qu'en cas de cessation des fonctions du titulaire. Il s'agit en somme d'une nomination sous condition suspensive, qui évite un hiatus dans l'exercice du pouvoir* » : Y. GUYON, *Traité des contrats (sous dir. J. GHESTIN) Les sociétés, Aménagements statutaires et conventions entre associés, op.cit.*, n° 153-1.

1005. Cela étant, la révocation du « *gérant général* » mérite d'être intégralement libéralisée. Il peut être révoqué à tout moment sans que la société soit obligée de lui fournir les motifs. Par contre, la révocation des « *gérants adjoints* » mérite d'être motivée étant donné qu'ils ne sont pas les responsables directs de la politique directoriale. La motivation relève de la compétence du gérant en chef comme il en est dans le cadre de la SA²⁵⁰³. Cette répartition de la responsabilité politique des membres de la gérance hiérarchisée permet de l'indexer sur leur position hiérarchique. Ainsi, la perspective d'une réorganisation de l'organigramme de la gérance pour un resserrement la politique managériale autour d'un chef de direction entraîne-t-elle un ébranlement du mode de révocation des gérants. Certes, les « *gérants adjoints* » demeurent toujours révocables pour juste motif. Mais le « *gérant général* » s'expose à une révocation *ad nutum* en raison de l'absolutisme de ses pouvoirs à l'égard de ses adjoints. Cette pression d'une révocation *ad nutum* contraindra le « *gérant général* » à adopter une politique managériale de son chef pour en répondre personnellement en fonction de ses impacts et d'exploiter sa position pour organiser à sa guise son cabinet en collaboration avec l'organe des nominations.

Par réciprocité, la démission des membres de la gérance hiérarchisée est appelée à s'aligner sur les conditions de la révocation. En effet, le « *gérant général* » peut présenter sa démission à l'organe des nominations à tout moment sans être obligé de fournir. Mais le « *gérant adjoint* » est tenu de présenter sa démission au « *gérant général* » en lui fournissant ses motivations sur lesquelles doit se fonder le « *gérant général* » pour convaincre l'organe des nominations de son remplacement. Car d'un part, il ne peut démissionner librement comme son chef. D'autre part, sa qualité de subordonné le contraint à informer et à persuader son chef de sa démission. Par la suite, il appartient au chef de proposer la nomination d'un « *gérant adjoint* » auprès de l'assemblée générale justifiée par la nécessité de lui confier la fonction de son collaborateur retiré. Ces mesures entraînant un ébranlement de la responsabilité politique actuelle des gérants peuvent être rallongées par une admission de l'accès du gérant associé en nom au mandat salarié.

B. L'admission de l'accès du gérant associé en nom au mandat salarié

1006. En principe, le gérant associé minoritaire de SARL peut prétendre à un cumul de sa fonction avec celle de salarié. Il n'en est pas de même pour le gérant associé en nom dont l'accès à une fonction salariée fait exceptionnellement l'objet d'une controverse²⁵⁰⁴ au motif qu'il est un indépendant en raison de sa qualité de commerçant incompatible avec celle de salarié caractérisée par le lien de subordination. Cette négation du cumul mérite d'être relativisée, car le gérant associé en nom supposé commerçant ne remplit pas toujours les critères d'accès au statut de commerçant et que les preuves de l'absorption de la fonction salariée par la fonction sociale²⁵⁰⁵ ne sont pas évoquées pour la justifier. Dès lors, la négation de l'accès du gérant associé en nom au mandat salarié manque de pertinence. Cela étant, dans la perspective d'une admission du cumul des fonctions, il convient de relativiser la thèse défavorable (1) et de relever l'intérêt d'un tel accès (2).

²⁵⁰³ V. *supra* n° 985 s.

²⁵⁰⁴ J. MONNET, *Qualité de commerçant de l'associé en nom : un repère en discussion*, *Dr. sociétés* mars 2005. Repère 3.

²⁵⁰⁵ V. *supra* n° 602 s.

1. La relativisation de la négation de l'accès

1007. L'article 270 de l'AUSCGIE définit la société en nom collectif comme « ...celle dans laquelle tous les associés sont commerçants et répondent indéfiniment et solidairement des dettes sociales ». En raison de cette disposition, tous les associés en nom sont des commerçants d'office. Or, l'article 2 de l'AUDCG définit le commerçant comme « ...celui qui fait de l'accomplissement d'actes de commerce par nature sa profession ». Au nombre des actes de commerce par nature figurent notamment, selon l'article 3 de l'AUDCG, l'achat de biens, meubles ou immeubles, en vue de leur revente, les opérations de banque, de bourse, de change, de courtage, d'assurance et de transit, l'exploitation industrielle des mines, carrières et de tout gisement de ressources naturelles, les opérations de location de meubles, les opérations de manufacture, de transport et de télécommunication, les opérations des intermédiaires de commerce, telles que la commission, le courtage, l'agence, ainsi que les opérations d'intermédiaire pour l'achat, la souscription, la vente ou la location d'immeubles, de fonds de commerce, d'actions ou de parts de société commerciale ou immobilière.

Dès lors, une personne n'effectuant aucune de ces opérations en son nom et à titre de profession habituelle, ne peut être qualifiée de commerçant. L'appartenance à une société en nom collectif apparaît insuffisante pour accéder au statut de commerçant²⁵⁰⁶. Un associé en nom gérant qui n'accomplit aucun acte de commerce par nature en son nom et pour son compte, peut accéder à la fonction salariée étant donné qu'il ne peut lui être opposé un statut d'indépendant incompatible avec le statut de salarié.

1008. En réalité, l'histoire de la SNC nous renseigne que les associés en nom étaient préalablement des commerçants avant de faire accueillir leurs entreprises par une structure sociétaire. La qualité de commerçant précédait celle d'associé²⁵⁰⁷. Ce qui justifiait l'exclusion de l'appartenance de sociétés civiles ou d'association à une SNC²⁵⁰⁸ étant donné que ces groupements ne sont pas des commerçants. Comme l'a relevé RIPERT, « pendant longtemps, il ne s'est agi que de sociétés formées entre deux ou quelques commerçants qui s'unissent parce qu'ils se connaissent, agissent en leur nom collectif, se présentent aux tiers enchaînés par le lien de la solidarité et leur offrent en gage tous leurs biens »²⁵⁰⁹. Déjà HOUPIN et BOSVIEUX avaient souligné que, « en raison de l'obligation solidaire dont ils sont tenus, les membres d'une société en nom collectif dont l'objet est commercial se trouvent dans la même situation que s'ils exerçaient le commerce pour leur compte personnel et on doit alors leur reconnaître la qualité de commerçant »²⁵¹⁰. Le fait que les commerçants assuraient personnellement la direction de leurs affaires, rendait infime le recours à un tiers pour la direction de la société qu'ils créent. Après la constitution de la société, la gérance était assurée par tous les commerçants eu égard à la responsabilité solidaire à laquelle ils sont exposés. Dans cette configuration historique où les gérants associés en nom étaient de véritables commerçants, il était

²⁵⁰⁶ V. F. X. LUCAS, *Interrogations sur la qualité de commerçant de l'associé en nom*, préc., p. 281.

²⁵⁰⁷ Y. GUYON, *Droit des affaires, t. 1, Droit commercial général et sociétés*, op. cit., n° 244 ; G. PIPERT et R. ROBLLOT, *Traité de droit des affaires*, par M. GERMAIN et V. MAGNIER, *Les sociétés commerciales*, op. cit., n° 1172.

²⁵⁰⁸ F. PASQUALINI, *Le choix de la forme sociale*, *Mélanges Paul DIDIER*, Economica, 2008, p. 367 et s.

²⁵⁰⁹ G. RIPERT, *Les aspects juridiques du capitalisme moderne*, op. cit., p. 52.

²⁵¹⁰ C. HOUPIN et H. BOSVIEUX, *Traité général des sociétés commerciales*, Sirey, 1921, n° 212, p. 246.

impossible que le gérant soit subordonné à la société en accédant au statut de salarié alors qu'il est indépendant en raison de son statut de commerçant. L'interdiction du cumul était légitime.

1009. Aujourd'hui, les SNC sont créées alors que leurs membres ne sont pas forcément au préalable des commerçants. Hormis le cas des associés en nom qui sont elles-mêmes au préalable des sociétés commerciales²⁵¹¹, la qualité de commerçant n'est attribuée à certains associés en nom qu'après l'immatriculation de la société²⁵¹². On aperçoit que la qualité de commerçant est postérieure à la qualité d'associé alors que c'est l'inverse qui devait légitimer la qualité de commerçant à l'image de la pratique ayant prévalu à la naissance historique de la SNC. Il importe de relativiser les termes de loi qui attribuent d'office la qualité de commerçant aux associés en nom alors que ceux-ci n'accomplissent aucun acte de commerce par nature. Le refus de l'accès d'un gérant associé au statut de salarié doit se fonder non sur la commercialité d'office mais sur la commercialité réelle à travers la preuve de l'accomplissement par le gérant associé des actes de commerce par nature à titre personnel. Cela donnera lieu à une définition cohérente du statut de commerçant. Il faut exclure les actes de commerce par nature que le gérant accomplit au nom et pour le compte de la société en vertu de sa qualité de dirigeant, car ils ne sauraient servir à lui faire attribuer la qualité de commerçant²⁵¹³.

1010. En outre, le cumul de la fonction sociale avec la fonction salariée n'est en général condamnée que si la fonction sociale absorbe la fonction sociale ou si le lien de subordination fait défaut. Cette absorption se traduit par une impossibilité de dissocier la fonction sociale de la fonction salariée²⁵¹⁴. Aussi, l'impossibilité de preuve du lien de subordination permet-elle d'exclure le cumul²⁵¹⁵. Lorsque ces preuves ne sont pas apportées contre le gérant associé en nom, le cumul de sa fonction avec une fonction salariée ne peut lui être refusé.

Par ailleurs, indépendamment des formes sociales, le cumul de la qualité de dirigeant avec celle d'associé est généralement exclue lorsque la société a pour objet l'exploitation de la force de travail de ses membres²⁵¹⁶. Si donc, la SNC a pour objet social l'exploitation de l'activité professionnelle de ses membres, le gérant associé ne peut cumuler sa fonction avec celle de salarié.

1011. En définitive, l'attribution de la qualité d'office de commerçant aux associés en nom ne peut suffire pour condamner l'accès d'un associé gérant au statut de salarié. En l'absence, d'une part, de preuve, soit de l'accomplissement des actes de commerce par nature par le gérant associé en son nom et à titre de profession habituelle, soit du défaut de lien de subordination, et, d'autre part, de l'exploitation de l'activité professionnelle de

²⁵¹¹ DIÉNER, *La société en nom collectif dont tous les associés sont des EURL*, JCP éd. E 1992, I, p. 153.

²⁵¹² P. LE CANNU et B. DONDERO, *Droit des sociétés*, op. cit., n° 1396.

²⁵¹³ Com., 26 nov. 1990, *Bull. civ. IV*, n° 301, p. 207.

²⁵¹⁴ V. *supra* n° 602 s.

²⁵¹⁵ V. not., F. MANSY, *La notion d'emploi effectif et ses conséquences sur le maintien du contrat de travail des dirigeants sociaux*, préc., p. 1 ; C. PUIGELIER, *Indépendance et dépendance des statuts de salarié et de mandataire social (un exemple de paradoxe)*, préc., p. 837 ; *Les incidences du cumul d'un contrat de travail et d'un mandat social : de trop nombreuses incertitudes*, préc., p. 188 ; F. COLLIN, *Aspects pratiques de la suspension du contrat de travail lorsque le salarié devient dirigeant social*, préc., p. 13.

²⁵¹⁶ M. COZAIN, A. VIANDIER et FI. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, op. cit., p. 601, n° 1200.

ses membres par la société, l'associé gérant peut cumuler sa fonction avec la fonction salariée. D'ailleurs, respectivement des arrêts du 4 novembre 2003²⁵¹⁷ et du 29 septembre 2009²⁵¹⁸, la Cour d'appel de Paris et la Cour de cassation française ont affirmé plus nettement la validité du cumul de la qualité d'associé en nom avec la qualité de salarié. En fin de compte, nous pouvons affirmer que le cumul de la qualité de gérant associé en nom avec la qualité de salarié semble s'ériger en un principe et sa condamnation ne peut qu'être exceptionnelle.

2. L'intérêt de l'accès

1012. L'appréciation de l'intérêt du cumul de la fonction sociale avec la fonction salariée est souvent limitée au bénéficiaire que tirent le dirigeant ou la société surtout dans les groupes de sociétés. Mais ce cumul compte un intérêt particulier dans le cadre de la gérance des sociétés à responsabilité illimitée.

1013. En effet, le dirigeant salarié bénéficie de la protection du droit du travail²⁵¹⁹. Certes, il demeure exposé à la révocation mais son statut de salarié interdit que son contrat de travail soit rompu abusivement. Lorsqu'il est uni à la société par un contrat de travail à durée déterminée, son licenciement abusif avant le terme du contrat oblige la société à lui verser des dommages-intérêts correspondant aux salaires et avantages de toute nature restant dont le salarié aurait bénéficié pendant la période restant à courir jusqu'au terme du contrat²⁵²⁰. Lorsqu'il s'agit d'un contrat à durée indéterminée, son indemnité de licenciement est déterminée souverainement par le juge en fonction des usages, de la nature des services, de l'ancienneté du salarié, de son âge et de ses droits acquis à quelque titre que ce soit²⁵²¹. A ces sanctions peuvent s'ajouter d'autres indemnités si le contrat est rompu sans préavis²⁵²². Ces contraintes pécuniaires peuvent dissuader la société à licencier une personne en sa qualité de salarié²⁵²³ même si cette personne est révoquée en sa qualité de dirigeant. Elles favorisent donc une pérennité du dirigeant salarié dans la société. La société n'est à l'abri de sanction économique que si elle peut reprocher des fautes au dirigeant salarié pouvant justifier à la fois son licenciement et sa révocation²⁵²⁴.

1014. Dans le cadre d'un groupe de sociétés, le cumul permet à la société mère de préserver une politique uniforme au sein du groupe. La technique généralement utilisée consiste en un contrat de travail ayant pour objet l'exercice d'une fonction sociale²⁵²⁵. Une telle technique donne lieu à un cumul multilatéral dans la mesure où elle

²⁵¹⁷ CA Paris, 4 nov. 2003, *Dr. sociétés* 2004, n° 217, obs. J. MONNET ; *JCP éd. E*, 2004, 1510, n° 5, obs. J.-J. CAUSSAIN, Fl. DEBOISSY et G. WICKER.

²⁵¹⁸ Cass. com., 29 sept. 2009, n° 08-19.777, *Rev. sociétés* 2010, p. 314, A. LECOURT.

²⁵¹⁹ V. L. DAUXERRE, *Le cumul d'un contrat de travail et d'un mandat social : un mariage d'intérêts ?*, préc., p. 1049 ; S. SCHILLER, *Les limites de la liberté contractuelle en droit des sociétés (Les connexions radicales, op. cit.)*, n° 863.

²⁵²⁰ Art. 63 du Code togolais du travail.

²⁵²¹ Art. 67 al. 4-2 du Code togolais du travail.

²⁵²² Art. 67 al. 1 du Code togolais du travail.

²⁵²³ En ce sens, C. LE GALLOU, *La notion d'indemnité en droit privé, op. cit.*, p. 502, n° 658

²⁵²⁴ V. E. BIGET et L.-A. JULIEN, *L'interaction entre les motifs de licenciement et de révocation des dirigeants dans la pratique*, préc., p. 10 ; F. COLLIN, *Le droit social du dirigeant d'entreprise - (La problématique du contrat de travail du dirigeant social)*, préc., n° 8 et s.

²⁵²⁵ V. A.-L. FAROUX et N. THOMAS, *L'exercice d'un mandat social en exécution d'un contrat de travail : un choix de politique de groupe*, préc., p. 15 ; N. de SAINT-SEVIN, *Exercice d'un mandat social dans une filiale en exécution d'un contrat de travail avec la société mère*, préc., n° 391 ; D. MIELLET, *Une société peut-elle embaucher par contrat de travail le futur directeur général d'une filiale ?*, préc., p. 110 ; A. THEIMER, *Contrat de travail et mandat social dans les*

lie trois personnes à savoir le salarié, la société où le salarié exerce sa fonction salariée et la société où la fonction sociale sera exercée²⁵²⁶. Souvent l'importance de la surface financière du groupe exclut toute crainte de la société mère à remercier le dirigeant salarié même abusivement quitte à lui verser des indemnités par la suite. Le rapport de force dans ce contexte est favorable à la société mère qui peut remercier un dirigeant rebelle à la politique du groupe²⁵²⁷. Ainsi, le cumul est-il un moyen pour asseoir la gouvernementalité du groupe²⁵²⁸ pour soutenir son unité économique en dépit de l'indépendance des sociétés liées.

1015. En dehors de ces intérêts liés au cumul de la fonction sociale avec la fonction salariée, un tel cumul peut particulièrement permettre à une société en nom collectif de faire des économies et de préserver le risque d'aggravation du risque de ses associés. En effet, apparaissant comme une société indigente²⁵²⁹, la société en nom collectif peut facilement aggraver ses charges en réservant les fonctions salariées à des personnes différentes des membres de sa gérance. Déjà, la gérance est souvent plurielle si les statuts n'ont désigné nommément un gérant. La rémunération de cette pluralité de gérants constitue des charges importantes pour la société. Or, la prise en compte de l'indigence de cette société par le législateur a permis de l'affranchir de la contrainte de désigner un commissaire aux comptes²⁵³⁰. Si une telle société doit s'offrir le service de salariés en dehors des membres de sa gérance, sa survie financière peut être menacée. Pour cette raison, il est judicieux que les gérants assurent eux-mêmes les fonctions techniques. Dans la mesure où ils ne disposeraient pas des compétences techniques²⁵³¹, ils peuvent recourir à des formations adéquates²⁵³². En outre, la tenue des fonctions techniques par les gérants associés leur donne l'opportunité de mesurer les conséquences de tout acte avant d'y engager la société. Il n'est pas exclu qu'un salarié non gérant associé induise le gérant associé dans des erreurs d'appréciation des risques liés à un acte alors qu'il ne répondra pas de ces conséquences sur son patrimoine. Il est donc judicieux de resserrer l'organigramme de sa gérance.

1016. Ainsi, l'indigence de la SNC et la nécessité de ne pas aggraver la responsabilité des associés eu égard aux actes susceptibles d'être accomplis par la direction, sont-elles autant de raisons majeures qui peuvent expliquer la fermeture la direction aux tiers. Certes, l'organigramme de la gérance peut avoir des ramifications déclinées en des directions techniques. Mais il n'est pas nécessaire que ces directions techniques soient confiées à des tiers. La gérance peut être resserrée autour de ses membres associés dont le statut peut être étendu à celui de salarié en fonction des besoins. La société peut réaliser des économies en ne versant des rémunérations

groupes de sociétés, préc., p. 19 ; *Une société peut-elle embaucher par contrat de travail le futur directeur général d'une filiale ?*, préc., p. 110.

²⁵²⁶ Th. GAUTHIER, *Les dirigeants et les groupes de sociétés*, op. cit., n° 313.

²⁵²⁷ C. MALECKI, *Les dirigeants des filiales*, préc., n° 34.

²⁵²⁸ V. C. HANNOUN, *Le droit et les groupes de sociétés*, op.cit., p. 21 et s., n° 32 et s.

²⁵²⁹ V. *supra* n° 954 et s.

²⁵³⁰ V. *supra* n° 163, 954 s.

²⁵³¹ V. *supra* n° 621.

²⁵³² V. *supra* 769 s., 778 s.

aux gérants salariés qu'en raison de leur contrat de travail²⁵³³, la fonction sociale restant gratuite. Ces mesures permettent à la société de concilier la nécessité de doter sa gérance d'un organigramme impressionnant avec le besoin de réduire les charges y relatives.

Conclusion du chapitre 2

1017. Un perfectionnement judicieux de l'organisation des structures directoriales aboutira nécessairement à un assouplissement du statut. En effet, l'extension des modèles de direction permet d'accroître la liberté dans le choix d'un mode. Cette liberté peut s'étendre davantage si les directions réservées sont libéralisées. En revanche, l'assouplissement prend un tournant politique dans le cadre de la consolidation des structures intervenant dans la direction. Car il aboutit à un infléchissement de la souveraineté des dirigeants au bénéfice de l'intérêt social. Dans le même sens, la réorganisation de la coopération des structures entraîne une diminution ou un accroissement légitime de la compétence de certaines structures pour un fonctionnement harmonieux des directions.

Conclusion du titre II

1018. L'organisation structurelle de la direction sociale est restreinte par des limites dont certaines sont légitimées par la nécessité de respecter l'ordre public sociétairer alors que d'autres sont devenues illégitimes en raison de leur inadaptation aux besoins actuels et de leur lisibilité incohérente. La différence de ces limites attire des traitements spécifiques à chacune d'elles. Les limites légitimes peuvent être aménagées dans le respect de l'ordre public sociétairer pour adapter le statut des dirigeants aux besoins cruciaux des acteurs sociaux. Par contre, les limites obsolètes nécessitent une suppression pour éviter une déconnection de certains aspects du statut avec la pratique. Si par le passé, la pratique a contribué à l'édification du statut des dirigeants, elle ne saurait être exclue aujourd'hui dans les réformes du statut qu'elle suscite. De plus, l'unité du statut des dirigeants commande une redéfinition cohérente de la coopération des structures directoriales indépendamment des modes de direction. Cette redéfinition favorise un fonctionnement simplifié et harmonieux des structures directoriales.

Conclusion de la deuxième partie

1019. L'organisation de la direction sociale est un domaine de flexibilité du droit des sociétés en général²⁵³⁴ et du statut des dirigeants sociaux en particulier. Elle ne s'inscrit dans la légalité que dans le respect de l'ordre public sociétairer. Les pratiques représentent le laboratoire balisant souvent la voie aux réformes du statut. La décroissance de l'ordre public dans le cadre des réformes favorise une extension de la souplesse du statut.

²⁵³³ Si la fonction sociale peut être gratuite, il n'en est pas de même pour le contrat de travail dont l'un des caractéristiques est le salaire (L. DAUXERRE, *Le cumul d'un contrat de travail et d'un mandat social : un mariage d'intérêts ?*, préc., n° 19). L'auteur affirme à juste titre que « *l'intéressé doit percevoir une rémunération distincte pour ses activités salariées et sa fonction de direction. La rémunération des premières est, à la vérité, l'élément important. Peu importe, en revanche, que l'intéressé ne perçoive aucune rémunération comme mandataire* ». L'absence de salaire ou l'attribution d'un salaire dérisoire en dessous du SMIG constituent une violation de la loi (V. Y. SAINT-JOURS, *Du salaire au revenu salarial*, préc., p. 319 et s.). Le salarié peut toujours faire contraindre la société en justice au respect de ses droits financiers.

²⁵³⁴ V. B. SAINTOURENS, *La flexibilité du droit des sociétés*, RTD com. 1987, p. 457.

CONCLUSION GÉNÉRALE

1020. Le statut des dirigeants sociaux en droit de l'OHADA est homogène et indivisible. Il se caractérise par sa rigidité dans l'exercice de la direction et sa souplesse dans l'organisation de la direction. Cette unification du statut ne signifie pas uniformisation, mais regroupement des règles semblables et suppression des différences lorsque celles-ci ne sont pas dictées par une nécessité impérieuse. Elle ne saurait pour autant éclipser sa diversité étant donné qu'il est commun à des dirigeants avec des appellations différentes. Loin de s'assimiler à une balkanisation du statut, la diversité contribue à renforcer l'unité du statut et à favoriser sa souplesse.

1021. En dépit de la pluralité de leurs appellations, les dirigeants sociaux se singularisent par l'origine légale de leurs pouvoirs de représentation. Les pouvoirs de représentation des dirigeants répondent au souci de cohérence et de spécificité du statut pour éviter de le confondre à celui des autres organes sociaux. L'étendue inflexible de ces pouvoirs n'est pas fondée sur l'intérêt des tiers comme l'a prétendu une doctrine majoritaire eu égard aux pouvoirs des dirigeants de sociétés à risques limités. En réalité, cette inflexibilité se fonde sur l'intérêt et le comportement des associés. Car dans les formes de sociétés où les assemblées générales extraordinaires peuvent être facilement organisées dans le but de modifier les statuts dont l'objet social, et où la responsabilité des associés est étendue au-delà de l'objet social, les pouvoirs des dirigeants sont limités à l'objet social. En revanche, dans les formes de sociétés où les assemblées générales extraordinaires sont difficilement organisables limitant, par conséquent, la possibilité de modifier les statuts dont l'objet social et où la responsabilité des associés est limitée aux apports, les pouvoirs des dirigeants sont étendus au-delà de l'objet social. Mais l'intérêt des tiers résultant de son indifférence aux conventions limitatives des pouvoirs des dirigeants dépend de la bonne foi du tiers qui veut s'en prévaloir. De plus, la conformité des dirigeants aux limites conventionnelles imposées à leurs pouvoirs en dépit de la liberté que leur confère la loi enlève tout intérêt à l'inopposabilité des clauses liberticides aux tiers. Au final, l'inflexibilité des pouvoirs des dirigeants se fonde exclusivement sur le comportement et l'intérêt des associés indépendamment des formes sociales.

1022. Les pouvoirs légaux des dirigeants connaissent un accroissement inquiétant à cause du déclin des contre-pouvoirs classiques destinés, en principe, à les modérer dans le cadre des actes graves pour la société, notamment l'octroi du crédit de la société et les actes présentant un conflit d'intérêts. Non seulement les pouvoirs des dirigeants dans les actes courants sont sauvegardés, mais aussi les dirigeants peuvent parfois engager valablement les sociétés au mépris de leurs contre-pouvoirs classiques. Cet accroissement des pouvoirs des dirigeants est porteur de risques contre les intérêts noués autour de l'activité sociale.

1023. Face à ce déclin des contre-pouvoirs classiques des dirigeants, les sanctions sont apparues comme le véritable contre-pouvoir pouvant significativement contrer l'omnipotence accrue des dirigeants. La fonction des sanctions consiste à imposer des attitudes exemplaires aux dirigeants. Dans cette dimension, les sanctions agissent sur la conscience des dirigeants en les dissuadant, par son aspect coercitif, de commettre un acte répréhensible ou

de s'abstenir d'accomplir un acte que la fonction directoriale commande. Ce faisant, les sanctions soumettent les dirigeants à une déontologie contraignante.

Les contre-pouvoirs classiques ont des faiblesses inconnues des sanctions. Les lacunes des contre-pouvoirs classiques sont multiples. En effet, leur exercice n'est dirigé seulement que contre certains dirigeants. Ces contre-pouvoirs ne sont limités qu'aux actes graves et au contexte d'une société *in bonis*. Ils ne peuvent être activés ni par des tiers ni par les associés pour défendre leurs intérêts personnels. En revanche, les sanctions vont au-delà de la fonction affectée aux contre-pouvoirs classiques. Elles protègent non seulement l'intérêt de la société mais aussi celui des associés, des tiers et des créanciers. Elles sont prévues tant dans le cadre d'une société *in bonis* que dans le cadre d'une société en difficulté. En plus, elles défendent non seulement l'accomplissement d'actes graves préjudiciables mais aussi l'accomplissement d'actes courants préjudiciables. Elles exercent leur fonction tant sur les dirigeants de droit en fonction ou retirés que sur les dirigeants de fait. En fin de compte, les sanctions exercent un contre-pouvoir puissant et impartial.

1024. Mais l'autorité des sanctions mérite d'être préservée à travers la levée de certains obstacles qui sont susceptibles de l'entamer. Au niveau des sanctions civiles, l'abstention des membres d'une direction d'engager l'action sociale contre l'un de leurs collègues fautifs mérite d'être érigée en infraction pénale comme étant la non-assistance à la société en danger. De plus l'exigence d'une portion de capital pour exercer l'action sociale *ut siguli* est nuisible à la société. Elle mérite d'être supprimée pour libéraliser l'action. A cela doit s'ajouter la mise des coûts de la procédure de l'action sociale aux frais de la société étant donné qu'elle sert à sa protection. Au niveau des sanctions pénales, nous estimons que les contraintes pénales – peines et amendes – doivent être directement uniformisées à travers leur détermination par le législateur de l'OHADA à l'instar du législateur de la CIMA pour supprimer les paradis pénaux.

1025. En outre, il est nécessaire que le législateur de l'OHADA étende le périmètre des structures pouvant attirer l'attention des dirigeants sur le risque de sanction. D'abord, il s'agit d'impliquer les salariés dans le contrôle des actes des dirigeants en leur octroyant le droit d'alerte et de demander une expertise de gestion. Ensuite, le juge peut être autorisé par la loi à convoquer le dirigeant lorsqu'il suspecte des doutes sur la gestion à la vue des rapports de gestion déposés par le dirigeant afin d'exiger un redressement rapide de la situation. Il peut en outre être autorisé à désigner d'office aux frais de l'Etat un commissaire aux comptes dans les sociétés indigentes pour contrer l'omnipotence des dirigeants. Ces nouveaux contrôleurs peuvent, en dépit du défaut de coassocié ou d'inaction des associés, se fonder sur les fautes du dirigeant découvertes au cours de leur contrôle pour exposer le dirigeant à la responsabilité. En plus des anomalies de gestion qui lui sont communiquées par les salariés, le commissaire aux comptes peut dénoncer les délits du dirigeant au ministère public qui pourra engager la responsabilité du dirigeant. Dans cette même perspective d'un accroissement nécessaire des contrôleurs, il importe d'intensifier les techniques de prévention des abus des dirigeants par l'implantation d'organes *ad hoc*

auprès des dirigeants indépendamment de la forme sociale avec des missions de dénonciation de dérives pour limiter leur commission.

1026. Contrairement aux sanctions judiciaires qui sont la mesure des fautes des dirigeants, les sanctions politiques sont la mesure de la confiance réciproque entre la société et le dirigeant. La perte de la confiance au dirigeant se traduit par sa révocation alors que la perte de la confiance à la société résulte de la démission du dirigeant. Mais en cas de pluralité de dirigeants, le rapport de confiance devient complexe. Dans les sociétés dotées de direction hiérarchisée, le rapport de confiance impliquant la société se limite à sa relation avec le chef de direction. En revanche, le rapport de confiance impliquant les dirigeants subordonnés se limite à leur relation avec le chef de direction. Cette redistribution des confiances tient au degré de pouvoir dévolu, car tandis que le chef a la plénitude des pouvoirs, les subordonnés ont des pouvoirs reçus du chef, à l'instar des délégataires de pouvoirs. Cela étant les conditions de révocation et de démission des dirigeants doivent être indexées sur le degré d'autorité des dirigeants au sein de la direction pour permettre une lisibilité cohérente dans la responsabilité politique des dirigeants. Dans cette perspective, l'importation de cette indexation dans la direction des sociétés à gérance permettra de résoudre le problème du risque d'anarchie en son sein dû à l'absence de chef. L'acclimatation de l'indexation passera par la hiérarchisation des gérances par l'institution d'un « *gérant général* » pouvant être assisté d'un ou plusieurs « *gérants adjoints* ».

1027. Cette superposition de responsabilités politiques peut être allégée. L'allègement consiste pour la société de se limiter à une direction unique, quitte à son animateur d'organiser librement son cabinet à travers les techniques de la délégation de pouvoirs et de convention de direction. Ces mesures feraient mieux correspondre à la réalité la gestion du pouvoir. Le dirigeant unique conserve l'unité du pouvoir ; les délégataires de pouvoirs seront amenés à exercer les pouvoirs dans la même position hiérarchique que les dirigeants subordonnés sans pour autant que la société intervienne dans leur désignation. L'avantage est de limiter les charges de la société sans pour autant que son fonctionnement soit affecté. Toutes les formes de sociétés peuvent y prétendre surtout les sociétés indigentes, à l'exception de la SNC où la gérance étant par principe plurale, la nécessité de réduire considérablement les charges peut commander que les gérants associés en nom assument eux-mêmes les fonctions salariées.

1028. L'instabilité de la fonction directoriale que provoque la mise en œuvre récurrente de la responsabilité politique éveille parfois la nécessité de la maîtriser dans l'intérêt partagé de la société et du dirigeant. La recherche de la stabilisation de la fonction passe d'abord par la procéduralisation de la démission à travers la prévision d'un préavis statutaire et la nécessité pour le dirigeant bénéficiaire d'un dédit-formation de mettre sa compétence au service de la société. De surcroît, la société peut dissuader les départs anticipés des dirigeants par l'octroi en leur faveur des garanties financières à travers la facilitation de l'octroi du crédit de la société et la revalorisation de leurs rémunérations. Enfin, l'ouverture du capital social au dirigeant peut lui permettre, en fonction de son pouvoir politique, d'influencer voire d'empêcher tout projet de révocation initié contre lui.

1029. Le statut des dirigeants sociaux gagnerait davantage en flexibilité si d'autres formes de sociétés sont instituées. Le nombre des modèles de direction peut être accru permettant aux acteurs sociaux d'avoir plus de liberté dans le choix des modes de direction à la création comme en cours de vie sociale. Certes, la discrétion du législateur sur les conditions subjectives de nomination des dirigeants concourt à rendre le statut plus souple. Mais il est nécessaire que les personnes protégées désirant assurer la direction d'une société d'obtenir l'autorisation du juge. De plus, la purge des vices de nomination par la publicité de la nomination en vue de faire perdre aux tiers le droit de se prévaloir des vices affectant une nomination, constitue une mesure bénéfique pour la société. Mais cette purge ne joue que si la nomination viciée émane de l'organe compétent. Si une nomination est réalisée par un organe incompetent, sa publication est sans effet. Le dirigeant issu d'une telle nomination sera considéré comme un dirigeant de fait au regard de tous les actes qu'il pourra accomplir pour le compte de la société. Enfin, l'exclusion de la nomination des personnes morales à certaines directions réservées exclusivement aux personnes physiques a perdu toute sa légitimité. L'ouverture de toutes les directions aux personnes morales présente plusieurs avantages plus que sa négation. La libéralisation de la personnalité des dirigeants présente trois avantages majeurs : l'enrayement des directions de fait entreprises par les sociétés mères, une meilleure clarification des responsabilités et la création des filiales communes indépendamment des formes sociales.

1030. Par ailleurs, en vertu de la fonction qu'ils exercent, les dirigeants sont des professionnels entièrement à part. Les dirigeants exercent une troisième catégorie d'activité professionnelle qui n'est ni indépendante ni subordonnée, même si, pour la détermination de ses cotisations sociales et de ses impôts à payer, certains dirigeants sont assimilés à des professionnels indépendants. Les dirigeants exercent une activité professionnelle autonome. L'impossibilité de classer sans réserve la fonction des dirigeants au sein des activités professionnelles indépendantes permet d'exclure l'ouverture d'une procédure collective à leur encontre en raison de leur activité. Les dirigeants ne sont pas non plus des professionnels subordonnés, car ils sont le chef de l'entreprise et disposent du pouvoir de direction patronale contrairement aux salariés. L'assimilation de certains dirigeants à des salariés par l'administration fiscale ou de la sécurité sociale relève d'une pure fiction et ne poursuit qu'un but purement économique. La réglementation de la profession des dirigeants est continue. La déontologie des dirigeants s'affirme davantage à travers une meilleure précision des devoirs des dirigeants. La profession de dirigeant bénéficie d'une libéralisation plus prononcée que les autres professions libérales. Car son exercice n'est pas enfermé dans une formation figée. L'inadéquation de la formation avec l'activité n'exclut le candidat que dans les sociétés bancaires, assurantielles ou de pharmacie qui exigent non seulement une formation concordante aux activités mais aussi un certain niveau d'étude et d'expérience professionnelle.

1031. Du reste, l'unité du statut est intemporelle. Par contre, la rénovation du statut nécessite son adaptation au cours du temps. En dépit de la légitimité des besoins des acteurs sociaux, leur encrage légal dans une perspective continue de rénovation du statut, nécessite des interventions judicieuses du législateur.

BIBLIOGRAPHIE

I. OUVRAGES GÉNÉRAUX, TRAITÉS ET MANUELS

- ANOUKAHA (F.) et *alii*, *OHADA, Sociétés commerciales et GIE*, Bruylant, Bruxelles, 2002.
- APRILE (Th.), *La 1^{ère} république 1792-1804 De la chute de la monarchie au consulat*, Coll. Histoire politique de la France, Pygmalion, 1999.
- ASSI-ESSO (A.-M. H.), ISSA-SAYEG (J.) et LOHOUES-OBLES (J.), *CIMA Droit des assurances*, Coll. Droit uniforme africain, Bruylant, Bruxelles 2002.
- BAUDRY-LACANTINERIE (G.) et BARDE (L.), *Traité Théorique et Pratique de Droit Civil, Des obligations*, (sous dir. L. Larose & L. Tenin), 3^e éd., t. 1, 1906.
- BENABENT (A.), *Droit civil, Les obligations*, 11^e éd., Dalloz, 2013.
- BONNEAU (Th.), *Droit bancaire*, 3^e éd., Montchrestien 1999.
- BULLE (J.-F.), GERMAIN (M.), *Pratique de la société anonyme*, Dalloz, 1991.
- COLLART DUTILLEUL (F.) et DELEBECQUE (Ph.), *Contrats civils et commerciaux*, 9^e éd., Dalloz, 2011.
- DERRIDA (F.), GODE (P.) et SORTAIS (J.-P.), *Redressement et liquidation judiciaires des entreprises : cinq années d'application de la loi du 25 janvier 1985*, Dalloz, 1991.
- Du PONTAVICE (E.) et DUPICHOT (J.), (sous la dir. de M. de JUGLARD et B. IPPOLITO), *Traité de droit commercial*, t. 1, 4^e éd., Montchrestien, 1988.
- DUBY (G.), *Histoire de la France, des origines à nos jours*, Larousse, 2006.
- DUTILLEUL (F. C.) et DELEBECQUE (Ph.), *Contrats civil et commerciaux*, 9^e éd., Dalloz, 2011.
- FLOUR (J.), AUBERT (J.-L.) et SAVAUX (E.), *Les obligations*, t. 1, 9^e éd., Armand Colin, 2000.
- FLOUR (J.), AUBERT (J.-L.) et SAVAUX (E.), *Droit civil, Les obligations, 1. L'acte juridique*, 14^e éd., Sirey, 2010.
- FURET (F.) et RICHET (D.), *La révolution française*, Fayard 1973 ; R. ESCANDE, *Le livre noir de la révolution française*, Cerf, 2008.
- GHESTIN (J.),
- *Traité de droit civil, Les obligations*, 2^e éd., L.G.D.J., 1988.
 - *Traité de droit civil, Les obligations, Les effets du contrat*, LGDJ, 1992.
- GHESTIN (J.), JAMIN (Chr.) et BILLIAU (M.), *Traité de droit civil (sous dir. J. GHESTIN), Introduction générale*, 4^e éd., LGDJ, 1994.
- GRANCHET (G.), *La notion de cessation de paiements dans la faillite et le règlement judiciaire*, Bibl. dr. pr., t. 35, LGDJ, 1962.
- GUYON (Y.),
- Y. GUYON, *Traité des contrats, Les sociétés, Aménagements statutaires et conventions entre associés*, 5^e éd., LGDJ, 2002.
 - *Droit des affaires, t. 1, Droit commercial général et sociétés*, 12^e éd., Economica, Paris, 2003.
- HAMEL (J.), LAGARDE (G.), JAUFFRET (A.), *Droit commercial*, t. 1, 2^e vol., *Sociétés, groupement d'intérêt économique, entreprises publiques*, Dalloz, 2^e éd., 1980.
- HEMARD, TERRE et MABILAT, *Sociétés commerciales*, t. I, Dalloz, 1972.
- HUET (J.) et *alii*, *Traité de droit civil (sous dir. J. GHESTIN), Les principaux contrats spéciaux*, 3^e éd., LGDJ, 2012.
- JACQUEMONT (A.), *Droit des entreprises en difficultés*, 5^e, Litec, 2007.
- JEANTIN (M.) et LE CANNU (P.), *Droit commercial, instruments de paiement et de crédit*, Dalloz, 6^e éd., 2003.
- LARGUIER (J.) et CONTE (Ph.), *Dr. pénal des affaires*, 11^e éd., Armand Colin, Paris 2004.
- LE BARS (B.), *Droit des sociétés et de l'arbitrage international (Pratique en droit de l'Ohada)*, préf. M. I. KONATE, Joly éditions, 2011.
- LE CANNU (P.) et DONDERO (B.), *Droit des sociétés*, 3^e éd., Montchrestien, 2009.
- LEPAGE (A.), du CHAMBON (P. M.), SALOMON (R.), *Droit pénal des affaires*, Litec, 2008.
- MALAURIE (Ph.), AYNES (L.) et STOFFEL-MUNCK (Ph.), *Droit civil, Les obligations*, 5^e éd., Defrénois, 2011.
- MARTOR (B.) et *alii*, *Le droit uniforme africain des affaires issu de l'OHADA*, Litec, Paris, 2004.
- MEISSONNIER (G.), *Droit des sociétés en Afrique (Afrique noire francophone, Maroc et Madagascar)*, préf. P. F. GONIDEC, L.G.D.J., 1978.
- MERCADAL (B.) et *alii*, *Mémento Pratique Francis Lefebvre Sociétés commerciales*, 2004.
- MERLE (Ph.), *Droit commercial (Sociétés commerciales)*, 17^e éd., Dalloz, 2014.
- MERLE (R.) et VITU (A.), *Traité de droit criminel, t. 1, Problèmes généraux de la science criminelle. Droit pénal général*, 7^e éd., Cujas, 1997.

- MESTRE (J.) et VELARDOCCHIO (D.), *Lamy sociétés commerciales*, éd. Lamy, 2006.
- PEROCHON (F.) et BONHOMME (R.), *Entreprises en difficultés, instruments de paiement et de crédit*, LGDJ, 6e éd., 2003.
- PÉTEL (Ph.), *Procédures collectives*, 2^e éd., Dalloz 1998.
- PETIT (B.), *Droit des sociétés*, 5^e éd., Litec, 2010.
- POTHIER (R.-J.), *Traité du contrat de société*, éd. 1807.
- RASSAT (M.-L.), *Droit pénal spécial, Infractions des et contre les particuliers*, 5^e éd., Précis Dalloz, 2006.
- RIPERT (G.) et ROBLOT (R.),
- *Traité de droit commercial*, par Ph. DELEBECQUE et M. GERMAIN, *Effets de commerce Banque et Bourse Contrats commerciaux Procédures collectives*, t. 2, 16^e éd. LGDJ, Paris, 2000.
 - *Traité de droit des affaires, t. 2*, par M. GERMAIN et V. MAGNIER, *Les sociétés commerciales*, 20^e éd., L.G.D.J., 2011.
- SAWADOGO (F. M.), *OHADA, Droit des entreprises en difficulté*, éd. Bruylant, 2002.
- TERRE (F.) et FENOUILLET (D.), *Droit civil, La famille*, 8^e éd., Dalloz, 2011.
- TERRE, (F.), SIMLER (Ph.) et LEQUETTE (Y.), *Droit civil, Les obligations*, 10^e éd., Dalloz, 2009.
- TEYSSIE (B.) *Droit civil, Les personnes*, Litec, 2011.
- THERY (I.), *Couple, Filiation et parenté aujourd'hui, Le droit face aux mutations de la famille et de la vie privée*, Edition Odile Jacob, 1998.
- VIDAL (D.), *Droit des sociétés*, 5^e éd., LGDJ, 2006.

II. OUVRAGES SPÉCIAUX, THÈSES ET MONOGRAPHIES

- ADER (H.) et DAMIEN (A.), *Règles de la profession d'avocat*, Dalloz, 2010.
- AGNINA (Y.), *La société unipersonnelle : une solution à la crise de l'entreprise privée en Afrique ? (Une lecture critique de l'Acte uniforme de l'OHADA relatif au Droit des Sociétés Commerciales et GIE)*, th. Lomé, 2001.
- ALLEGAERT (V.), *Le droit des sociétés et les libertés et droits fondamentaux*, th. Paris I, préf. F.-X. LUCAS, PUAM, 2005.
- AMER-YAHIA (A.), *Le régime juridique des dividendes*, th. Paris I, préf. A. COURET, L'harmattan, 2010.
- ANTONA (J.-P.), COLIN (Ph.), LENGART (F.), *La responsabilité pénale des cadres et des dirigeants dans le monde des affaires*, Dalloz, 1996.
- ATIBACK (A.), *L'abus de biens sociaux dans le groupe de sociétés*, L'harmattan, 2007.
- BALLOT-LENA (A.), *La responsabilité civile en droit des affaires. Des régimes spéciaux vers e un droit commun*, th. Paris X, préf. Ph. DUBOIS, Bibl. dr. pr., t. 493, LGDJ, 2008.
- BARBIERI (J. F.), *Perpétuité et perpétuation dans la théorie des droits réels, contribution à l'étude de la notion de perpétuité dans les relations juridiques*, th. Toulouse I, 1977.
- BARUCHEL (N.), *La personne morale en droit privé, Eléments pour une théorie*, th. Grenoble, préf. B. PETIT, Bibl. dr. pr., t. 410, LGDJ, 2004.
- BASTIAN (D.), *Essai d'une théorie générale de l'inopposabilité*, Sirey, 1929.
- BEIGNER (B.) et alii, *Droit et Déontologie de la profession d'avocat*, L.G.D.J., 2008.
- BENOÎT-RENAUDIN (C.), *La responsabilité du préposé*, th. Paris II, préf. Ph. DELEBECQUE, Bibl. dr. pr., t. 520, L.G.D.J., 2010.
- BERAUD (J.-M.), *La suspension du contrat de travail*, Sirey, 1980.
- BERDAH (J.-P.), *Fonctions et responsabilité des dirigeants de sociétés par actions*, th. Nice, préf. P. BONASSIES, Sirey, 1974.
- BERR (C.), *L'exercice du pouvoir dans les sociétés commerciales*, th. Grenoble, préf. F. GIVORD, Sirey, 1961.
- BERT (D.), *Essai sur le droit de l'activité professionnelle indépendante*, th. Paris Sud 11, préf. X. BOUCOBZA, Fondation Varenne, Coll. des thèses, n° 55, LGDJ, 2011.
- BERTRAND (F.), *Essai sur l'opposabilité des contrats aux tiers*, th. Paris II, 1979.
- BILLIAU (M.), *La délégation de créance, Essai d'une théorie juridique de la délégation en droit des obligations*, th. Paris I, Bibl. dr. pr., t. 207, LGDJ, 1989.
- BLANC-JACOB (B.), *Le congé dans le bail immobilier urbain*, th. Paris I, préf. Ph. DELEBECQUE, Bibl. dr. pr., t. 458, L.G.D.J., 2006.
- BODVIN, *Responsabilité des personnes morales en droit privé*, thèse Lille, 1935.

- BONDIL (F.), *Volontés individuelles et genèse des délibérations collectives*, th. Aix-Marseille, préf. J. MESTRE, PUAM, 2003.
- BOUJEKA (A.), *La provision : essai d'une théorie générale en droit français*, préf. A. BENABENT, Bibl. dr. pr., t. 349, L.G.D.J., 2001.
- BOULOGNE-YANG-TING (C.), *Les incapacités et le droit des sociétés*, th. Antilles et Guyanes, préf. G. VIRASSAMY, Bibl. dr. pr., t. 470, LGDJ, 2007.
- BRIGNON (B.), *L'actif social, Plaidoyer pour la reconnaissance de la notion*, th. Aix-Marseille III, préf. J. MESTRE, Coll. de l'institut de droit des affaires, PUAM, 2009.
- BRILL (J.-P.), *La filiale commune*, th. Strasbourg, 1975.
- BULLE (J. F.), *Le statut du dirigeant de société, SARL et SA*, éd. La Villeguérin, 2^e éd., 1996.
- CAILLAUD (B.), *L'exclusion d'un associé*, Sirey, 1966.
- CALASTRENG (S.), *La relativité des conventions*, th. Toulouse, préface G. MARTY, H. C. Harvey, 1939.
- CANTO-SPERBER (M.), *L'éthique morale et la vie humaine*, PUF, 2001.
- CARNAVAL (S.), *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, préf. G. VINEY, LGDJ, 1995.
- CASIMIR (J.-P.) et GERMAIN (M.), *Dirigeants de sociétés, juridique, fiscal, social*, 3^e éd., Groupe Revue Fiduciaire, 2009.
- CASTAGNE (S.), *Le conjoint du chef d'entreprise*, Litec, 2008.
- CATATA (N.), *La nature juridique du paiement*, th. Paris, préf. J. CARBONNIER, LGDJ, 1961.
- CAUSSAIN (J.-J.),
- *Le directoire et le conseil de surveillance de la nouvelle société anonyme*, th. Paris, 1968.
 - *Le gouvernement d'entreprise (Le pouvoir rendu aux actionnaires)*, Litec, 2005.
- CENDRIER (G.), *Le fonds de commerce*, 6^e éd. par R. MARTIN et R. MAUS, Librairie Dalloz, 1934.
- CHAMPAUD (Cl.), *Le pouvoir de concentration de la société par actions*, Sirey, 1962.
- CHAPUT (Y.),
- *De l'objet social des sociétés commerciales*, th. Clermont, 1973.
 - *L'endettement - Mode de financement des entreprises*, Litec, 1997.
- CHOUKROUN (C.), *Les droits des associés non gérants dans les sociétés à responsabilité limitée*, préf. A. AMIAUD, Bibl. dr. pr., t. 3, LGDJ, 1957.
- COMTE-SPONVILLE (A.), *Morale et éthique*, PUF, coll. « Valeur et vérité », 1994.
- COULOMBEL (P.), *Le particularisme de la condition juridique des personnes morales*, th. Nancy, 1950.
- COUTANT (M. F.), *Essai d'une théorie générale des nullités en procédure civile pénal et administrative*, th. Aix, 1996.
- COUTURIER (G.), *La confirmation des actes nuls*, préf. de J. FLOUR, Bibl. dr. pr., t. 121, LGDJ, 1972.
- CONVERT (L.), *L'impératif et le supplétif dans le droit des sociétés*, LGDJ 2003.
- COPPER ROYER (V.), *La société à responsabilité limitée*, th. Paris 1931.
- CUIF (P.-F.), *Le contrat de gestion*, préf. L. AYNES, Economica, 2004.
- DAGORNE-LABBE (Y.), *Contribution à l'étude de la faculté de dédit*, th. Paris II, 1984.
- DANA-DEMARET (S.), *Le capital social*, Litec, 1989.
- DE CALBIAC (J.), *Les avantages sociaux des dirigeants d'entreprise*, th. Paris II, préf. P. MORVAN, PUAM, 2012.
- DE MUNAGORRI (R. E.), *L'acte unilatéral dans les rapports contractuels*, préf. A. LYON-CAEN, Bibl. dr. pr., t. 254, L.G.D.J., 1996.
- DEREU (Y.), *La responsabilité des associés dans les sociétés civiles*, th. dacty. Nancy 1977.
- DIDIER (Ph.), *De la représentation en droit privé*, th. Paris II, préf. Y. LEQUETTE, Bibl. dr. pr., t. 339, L.G.D.J., 2002.
- DIOMANDE (S.), *Regards sur les fonctions attribuées au capital social - Aspects de droit comparé : droit uniforme de l'OHADA et droit français des sociétés*, th. en cotutelle Caen Basse-Normandie et Abidjan, 2012.
- DION (N.), *Les obligations fiduciaires des dirigeants de sociétés commerciales, droit des Etats-Unis d'Amérique et droit français*, th. Orléans, 1994.
- DOURDOU (C. P.), *La règle supplétive*, th. Paris I, préf. G. VINEY, Bibl. dr. pr., t. 421, LGDJ, 2004.
- DUBOIS-de LUEY (A.), *L'interposition de personne*, th. Paris-Sud 11, préf. B. ANCEL, LGDJ, 2010.
- DUPEYRON (Ch.), *La régularisation des actes nuls*, préf. de HEBRAUD, Bibl. dr. pr., t. 127, LGDJ, 1973.
- DUPLESSIS (A.), *Etude sur la novation et la délégation en droit romain et en droit français ancien et moderne*, th. Paris, 1869.
- DURNERIN (P.), *La notion de passif successoral*, préf. de G. CORNU, Bibl. dr. pr., t. 217, LGDJ, 1992.

- EYRIGNAC (L.), *La protection pénale du patrimoine de la société*, th. Paris I, préf. B. BOULOC, Fondation Varenne, LGDJ, 2007.
- FERRIER (N.), *La délégation de pouvoirs, technique d'organisation de l'entreprise*, th. Montpellier I, préf. Ph. PÉTEL, Bibl. dr. entr., Litec, 2005.
- FIPA (N. J.), *Le rôle des juridictions supranationales de la CEMAC et de l'OHADA dans l'intégration des droits communautaires par les États membres*, th. Paris, 2011.
- FRANÇOIS (F.), MAIGRET (I.) et MARLANGE (A.), *Dirigeant de société. Statut juridique, social et fiscal*, 1^{ère} éd., Delamas, 2003.
- FRISON ROCHE (M. A.), *Généralité sur le principe du contradictoire*, th. Paris II, 1988.
- GARAIL (L.), *L'exercice de l'autorité parentale*, th. Paris II, préf. L. LEVENEUR, Bibl. dr. pr., t. 413, LGDJ, 2004.
- GAUTHIER (Th.), *Les dirigeants et les groupes de sociétés*, th. Lyon III, préf. Y. REINHARD, Bibl. dr. entr., t. 47, Litec, 2000.
- GIBIRILA (D.), *Le dirigeant de société, statut juridique, social et fiscal*, th. Toulouse, Litec, 1995.
- GJIDARA (S.), *L'endettement et le droit privé*, th. Paris II, préf. A. GHOZI, Bibl. dr. pr., t. 316, L.G.D.J, 1999.
- GODELEIN (S.), *La capacité dans les contrats*, th. Nantes, préf. M. MABRE-MAGNAN et d'Alain SUPIOT, Coll. Fondation Varenne, 2006.
- GODON (L.), *Les obligations des associés*, th. Paris I, préf. Y. GUYON, Economica, 1999.
- GOMBEAUX (E.), *La notion juridique du fonds de commerce*, th. Caen, 1902.
- GOUGOU (L. M. P.-B.), *Le Traité CIMA : contribution à l'étude des relations entre l'assurance et le développement en droit économique africain*, th. Nice-Sophia Antipolis, 2008.
- GRILLON (C.), *Le cumul d'un mandat social et d'un contrat de travail dans les sociétés à risques limités*, th. Lyon, 1997.
- GUENZOU (Y.), *La notion d'accord en droit privé*, th. Cergy-Pontoise, préf. Ch. HANNOUN, Bibl. dr. pr., t. 502, L.G.D.J, 2009.
- HADJI-ARTINIAN (S.), *La faute de gestion en droit des sociétés (Actualité de la faute de gestion, Mécanisme de prévention, sanction)*, Litec, 2001.
- HANNOUN (Ch.), *Le droit et les groupes de sociétés*, préf. A. LYON-CAEN, Bibl. dr. pr., t. 216, LGDJ, 1991.
- HARTI (M.), *L'engagement personnel des dirigeants à l'égard des dettes de leurs sociétés en droit français et en droit marocain*, th. Montpellier 1, 1983.
- HASCHKE-DOURNAUX (M.), *Réflexion critique sur la répression pénale en droit des sociétés*, th. Paris I, préf. P. LE CANNU, Bibl. dr. pr., t. 439, LGDJ, 2005.
- HUBERT (J.), *Essai d'une théorie juridique de la délégation en droit français*, th. Poitiers, 1899.
- HUGUENEY (L.), *L'idée de peine privée en droit contemporain*, th. Dijon, 1904.
- JOBERT (L.), *L'engagement des associés au-delà de leurs apports*, th. Paris II, 2002.
- JOLY (E.) et JOLY-BAUMGARTNER (C.), *L'abus de biens sociaux à l'épreuve de la pratique*, Economica 2002.
- JOSSERAND (L.), *Essai de téléologie juridique. I. De l'esprit des droits et de leur relativité. Théorie dite de l'abus des droits*, Librairie Dalloz, Paris 1927.
- JOUFFIN (E.), *Le sort des contrats en cours dans les entreprises soumises à une procédure collective*, préf. C. GAVALDA, thèse Paris I, LGDJ 1998.
- KAMENA (M. B.), *La situation de l'associé minoritaire en France et dans l'espace OHADA*, th. Grenoble II, 2005.
- KARM (A.), *L'entreprise conjugale*, th. Paris II, préf. P. CATALA, Defrénois, 2004.
- KENDERIAN (F.), *L'évolution contemporaine du statut des baux immobiliers d'exploitation*, th. Montpellier, 2003.
- KEUFFI (D.), *La régulation des marchés financiers dans l'espace OHADA*, thèse Strasbourg, préf. M. STORCK, L'HARMATTAN, 2010.
- KODO (M. J. V.), *L'application des actes uniformes de l'OHADA*, Coll. « Publication de l'Institut Universitaire André Ryckmans », n° 5, Bruylant, 2010, p. 24.
- LARROUMET (Ch.), *Les opérations juridiques à trois personnes*, th. dactyl. Bordeaux, 1968.
- LAZARUS (C.), *Les actes juridiques extrapatrimoniaux (Une nouvelle catégorie juridique)*, th. Paris II, préf. D. FENOUILLET, PUAM, 2009.
- LE GALLOU (C.), *La notion d'indemnité en droit privé*, th. Perpignan, préf. A. SERIAUX, Bibl. dr. pr., t. 486, LGDJ, 2007.
- LECHNER (H.), *Les droits propres des actionnaires*, th. Nancy, 1933.
- LEDOUX (P.), *Le droit de vote des actionnaires*, th. Paris II, préf. Ph. MERLE, Bibl. dr. pr., t. 379, LGDJ, 2002.
- LEMÉE (J.), *Essai sur la théorie de l'abus de droit*, th. Paris XII, dactyl., 1977.
- LEVENEUR (L.), *Situation de fait et droit privé*, th. Paris II, préf. M. GOBERT, Bibl. dr. pr., t. 212, L.G.D.J, 1999.

- LUXEMBOURG (F.), *La déchéance des droits (Contribution à l'étude des sanctions civiles)*, th. Paris II, préf. A. GHOZI, Edition Panthéon Assas, 2007.
- MANSUY (F.), *Les relations familiales et le droit des sociétés*, th. Nancy, 1985.
- MARMOZ (F.), *La délégation de pouvoirs*, th. Lyon III, Bibl. dr. entr., t. 43, préf. Y. REYNARD, Litec, 2000.
- MARTEAU-PETIT (M.), *La notion d'acte de gestion et le droit des sociétés*, th. Paris II, 1991.
- MARTIN (J.-Y.), *Le détournement d'une chance économique par un dirigeant de société*, th. dacty., Paris I, 1981.
- MARTIN (R.), *Déontologie de l'avocat*, LexisNexis, 2013.
- MARTIN LAPRADE (F.), *Les mécanismes d'intéressement des cadres dirigeants*, Edition Formation Entreprise (EFE), 2012.
- MAURY (J.), *Essai sur le rôle de la notion d'équivalence en droit civil français*, th. Toulouse, 1920.
- MAZEAUD (D.), *La notion de clause pénale*, th. Paris XII, préf. F. CHABAS, LGDJ, 1992.
- MEDINA (A.), *L'abus de biens sociaux. Prévention détection, poursuite*, Dalloz 2001.
- MESSAI-BAHRI (S.), *La responsabilité civile des dirigeants sociaux*, thèse Paris I, préf. P. LE CANNU, Bibl. de l'Institut André Tunc, t. 18, IRJS, 2009.
- MONSALLIER (M.-C.), *L'aménagement contractuel du fonctionnement de la société anonyme*, préf. A. VIANDIER, Bibl. dr. pr., t. 303, LGDJ, 1998.
- MOULOUL (A.), *Comprendre l'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires (O.H.A.D.A.)*. 2^e éd., PUA, 2009.
- MOUSSERON (P.), *Les conventions sociétaires*, LGDJ, 2010.
- MOUTHIEU (M. A.), *L'intérêt social en droit des sociétés*, L'harmattan, 2009.
- MUKA TSHIBENDE (L.-D.), *L'information des actionnaires, source d'un contre-pouvoir dans les sociétés anonymes de droit français et du périmètre OHADA*, préf. J. MESTRE, th. Aix-Marseille III, PUAM, 2009.
- NAFFAH (G.), *La prime d'émission*, préf. F. TERRE et A. VIANDIER, *Économica*, 1987.
- NOTTE (G.), *Les dirigeants de fait des personnes morales de droit privé*, th. Paris, 1978.
- NOURRIT (R.), *De la novation et de la délégation*, th. Aix, 1859.
- NECTOUX (Ph.), *La prise de contrôle dans les sociétés commerciales*, th. Toulouse 1974.
- NGO NDJIGUI (R.-Y.), *Le secret des affaires dans le droit des pays de l'espace OHADA et en droit français*, th. Evry, 2005.
- NOTTE (G.), *Les dirigeants de fait des personnes morales de droit privé*, th. Paris, 1978.
- NZOUABETH (D.), *Le juge et le droit des sociétés OHADA, Contribution pour le traitement judiciaire des litiges entre associés*, th. Dakar, préf. N. DIOUF, Editions universitaires européennes, 2011.
- OGIER (C.), *Le conflit d'intérêts*, th. Saint-Etienne, 2008.
- PAGNUCCO (J.-C.), *L'action sociale ut singuli et ut universi en droit des groupements*, th. Bordeaux IV, préf. de Fl. DEBOISSY, Fondation Varenne, LGDJ, 2006.
- PAILLUSSEAU (J.), *La société anonyme, technique d'organisation de l'entreprise*, th. Rennes, 1967.
- PARIENTE (M.), *Les groupes de sociétés, aspects juridique, social, comptable et fiscal*, préf. Y. GUYON, Litec, 1993.
- PAGNERRE (Y.), *L'extinction unilatérale des engagements*, th. Paris II, préf. J.-M. OLIVIER, Editions Panthéon Assas, 2012.
- PEREIRA (B.), *La responsabilité pénale des entreprises et de leurs dirigeants*, EMS Editions, 2011.
- PÉTEL (Ph.), *Les obligations du mandataire*, th. Montpellier, préf. M. CABRILLAC, Bibl. dr. entr., t. 20, Litec, 1988.
- PETIT (B.) et ROBBEZ-MASSON (Ch.), *Le statut du chef d'entreprise*, *Coll. Droit de l'entreprise*, Editions Liaisons, 1994.
- PICOD (Y.), *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, LGDJ, 1987.
- PIMONT (S.), *L'économie du contrat*, préf. J. BEAUCHARD, th. Poitiers, PUAM, 2004.
- PIROVANO (A.), *Faute civile et faute pénale*, préf. P. BONASSIES, Bibl. dr. pr., t. 70, LGDJ, 1966.
- POULET (L.), *Transaction et protection des parties*, th. Paris II, préf. Y. LEQUETTE, *Biblio. dr. pr.*, t. 452, LGDJ, 2005.
- POULLE (J.-B.), *Réflexion sur le droit souple et le gouvernement d'entreprise (Le principe « se conformer ou expliquer » en droit boursier)*, L'Harmattan, 2011.
- NIBOYET (F.), *L'ordre public matrimonial*, th. Paris X, préf. J. REVEL, Bibl. dr. pr., t. 494, LGDJ, 2008.
- REIGNE (Ph.), *La notion de cause efficiente du contrat en droit privé français*, th. Paris II, 1993.
- REILLE (Fl.), *La notion de confusion des patrimoines, cause d'extension des procédures collectives*, th Montpellier 1, préf. Ph. PÉTEL, Bibl. dr. entr., t. 74, Litec, 2006.
- RIPERT (G.),
- *La règle morale dans les obligations civiles*, 4^e éd., L.G.D.J., 1949, n° 172.
 - *Les aspects juridiques du capitalisme moderne*, 2^e éd., L.G.D.J., 1951.
- RIVIERE (Ch. C.), *La société écran, Essai su sa notion et son régime juridique*, th. Antille-Guilliance, préf. P. DIENER, LGDJ, 1998.
- RIZZI (A.), *La protection des créanciers à travers l'évolution des procédures collectives*, th. Rennes I, préf. Cl. CHAMPAUD, LGDJ, 2007.
- RIZZO (F.), *Le traitement juridique de l'endettement*, th. Aix-Marseilles, préf. J. MESTRE, PUAM, 1996.
- RUPELLAN (C.), *La loi de majorité dans les sociétés commerciales*, th. Paris II, 1997.
- SAUGET (I.), *Le droit de retrait de l'associé*, th. Paris IX, 1991.

- SEFERIADES (P.), *Etude critique sur la théorie de la cause*, th. Paris, 1897.
- SERRA (Y.), *La non-concurrence en matière commerciale, sociale et civile*, Dalloz, 1991.
- SCHILLER (S.), *Les limites de la liberté contractuelle en droit des sociétés, les connexions radicales*, préf. F. TERRE, Biblio. dr. pr., t. 378, LGDJ, 2002.
- SCHMIDT (D.), *Les conflits d'intérêts dans la société anonyme*, Joly éd., Paris, 2004.
- SCHOLASTIQUE (E.), *Le devoir de diligence des administrateurs de sociétés. Droit français et anglais*, préf. A. TUNC, Bibl. dr. pr. t. 302, LGDJ, 1998.
- SIFFREIN-BLANC (C.), *La parenté en droit civil français, Etude critique*, th. Aix-Marseille III, préf. E. PUTMAN, PUAM, 2009.
- SONNET (A.), *Le préavis en droit privé*, th. Versailles Saint-Quentin-en-Yvelines, préf. FI. BUSSY, PUAM, 2003.
- STARCK (B.), *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa fonction de garantie et de peine privée*, th. Paris 1947.
- STOFFEL-MUNCK (Ph.), *L'abus dans le contrat (Essai d'une théorie)*, th. Aix-Marseille, Bibl. dr. pr., t. 337, LGDJ, 2000.
- STOUFFLET (J.), *Sociétés fictives et frauduleuses, J-CI. sociétés*, Fasc. 7 ter, n° 139.
- THERA (F.), *La réforme de l'OHADA et les procédures collectives d'apurement du passif*, L'harmattan, Mali, 2012.
- THULLIER (B.), *L'autorisation (Etude de droit privé)*, th. Nanterre, préf. A. BENABENT, Bibl. dr. pr., t. 252, L.G.D.J., 1996.
- TOMASIN (D.), *Essai sur l'autorité de la chose jugée en matière civile*, préf. de P. HEBRAUD, Bibl. dr. pr., t. 143, LGDJ, 1975.
- TUNC (A.), *Le droit américain des sociétés anonymes*, Economica, Paris 1985.
- URBAIN-PARLEANI (I.), *Les comptes courants d'associés*, th. Paris I, LGDJ, 1986.
- VAQUETTE (T.), *De la novation et de la délégation*, th. Douai, 1879.
- VERDOT (R.), *La notion d'acte d'administration en droit français*, LGDJ, 1963.
- VIANDIER (A.), *La notion d'associé*, th. Rouen, LGDJ, 1978.
- VASSAUX (J.), *Liberté individuelle et rapports personnels entre époux*, th. Lille II, 1989.
- WELL (A.), *Le principe de la relativité des conventions en droit privé français*, th. Strasbourg, préf. M. NAST, 1938.
- ZREIK (S. K.), *Conventions réglementées et intérêt social en droit comparé (Liban-France-USA)*, th. Paris II, 2000.

III. ARTICLES ET CHRONIQUES

- ABI RIZK (G.), *La « gouvernance » des banques islamiques au Liban, RD bancaire et fin.*, n° 1, Janvier 2008, étude 5, n° 1.
- ABRAS (J.), *Responsabilité extra-contractuelle des dirigeants sociaux. - L'exigence d'une faute séparable des fonctions entendue restrictivement : présent offert aux dirigeants ou nécessité ?*, JCP éd. E, 2008, 1912.
- ADAMO (R.), *Plaidoyer pour une responsabilité pénale des personnes morales en droit Ohada*, Rev. ERSUMA 2013, n° 2, p. 43.
- ADIDO (R.), *Les sociétés entre époux : survivance du principe de la prohibition dans la réforme de l'OHADA*, Penant n° 848, p. 380.
- ADOM (K.), *La révocation des dirigeants de sociétés commerciales*, Rev. sociétés 1998, p. 488.
- AHDAB (J. E.), *La prise en charge financière par la société de la responsabilité de ses dirigeants : vers un modèle américain ?*, Rev. sociétés 2008, p. 239.
- ALBARIAN (A.), *La révocation des mandataires sociaux pour perte de confiance*, RTD com. 2012, p. 1.
- ALIBERT (B.), *La pluralité de gérants dans les sociétés à responsabilité limitée*, Rev. sociétés 1975, p. 605.
- ALFANDARI (E.),
- *Fonction de dirigeant et fonctions d'employé au sein d'une société commerciales*, Dr. Social 1964, p. 146.
 - *Le contrôle des clauses pénales par le juge*, JCP 1971, I, n° 2395.
 - *Retrait judiciaire d'un associé*, RTD com. 1990, p. 418.
- ANDREU (L.), *Réflexions sur la nature juridique de la compensation*, RTD com. 2009, p. 655.
- ANSAULT (J.-J.), *Le contrôle de l'intérêt à agir en nullité des délibérations sociales*, Rev. sociétés 2012, p. 7.
- ANTONMATTEI (P.-H.), *Les cadres et les trente-cinq heures, de la règle de trois à la règle de quatre !*, Dr. soc. 2000, 159.
- APS, *Les sociétés entre époux d'après la loi n° 82-596 du 10 juillet 1982*, Gaz. Pal. 1982, 2, doct. p. 635.
- ARLIE (D.), *Pour une juste conception du porte-fort d'exécution*, A propos de Cass. com. 13 déc. 2005, Boissy c/ Sté NV Sanac Belgium, D. 2006, p. 2244.
- ARMAND (Cl.) et VIANDIER (A.), *Réflexions sur l'exercice de l'action sociale dans les groupes de sociétés : transparence des personnalités et opacité des responsabilités ?* Rev. sociétés 1986, 557.
- ASENCIO (S.), *Le dirigeant de société, un mandataire « spécial » d'intérêt commun*, Rev. sociétés 2000, p. 683.
- ATIAS (Ch.),
- *Restaurer le droit du contrat*, D. 1998, chron. p. 139.
 - *L'action en justice du prétendu représentant d'une personne morale*, D. 2003, p. 1582.

- *L'étrange position procédurale de la personne morale en cas de défaut de pouvoir de son représentant*, D. 2008, p. 2241.
 - *La raison d'être des autorisations d'agir en justice au nom d'une personne morale*, D. 2011, p. 701.
- ATTARD (J.), *La révocation des dirigeants sociaux : de la licéité des clauses écartant l'exigence légale du juste motif ?*, JCP éd. G, 2000, I, n° 217, p. 571.
- AUBERT (J.-L.), *La révocation des organes d'administration des sociétés commerciales*, RTD com. 1968, p. 977.
- AUTESSEIRE (J.), *Nature juridique et conditions de révocation des gérants de sociétés et notamment de ceux des SARL*, Rev. sociétés, 1957, p. 256.
- AUZERO (G.), *L'application de la faute personnelle détachable des fonctions en droit privé*, D. aff. 1998, 502.
- AZAVANT (M.), *La sanction civile en droit des sociétés, Ou l'apport du droit commun au droit spécial*, Rev. sociétés 2003, p. 444.
- AYNES (L.), *Lettre de confort et notion de garantie*, D. 1999, Jur. p. 577.
- BADINTER (R.), *Les pouvoirs du président-directeur général de la société anonyme de type classique après la réforme du Droit des sociétés commerciales*, D. 1969, Chron. p. 185.
- BAILLOD (R.),
- *Le juste motif de révocation des dirigeants sociaux*, RTD com., 1983, p. 395.
 - *L'information des administrateurs de sociétés anonymes*, RTD com. 1990, p. 1.
 - *Les lettres d'intention*, RTD com. 1992, p. 547.
- BAILLY-MASSON (C.), *L'intérêt social, une notion fondamentale*, Petites affiches 9 nov. 2000, p. 6.
- BARANGER (G.), *Du bon usage du greffe*, Bull. Joly Sociétés, 01 février 1997 n° 2, § 37, p. 103.
- BARATIN (F.), *Les pouvoirs de la gérance dans les SARL*, Rev. sociétés 1926, p. 158.
- BARDOUL (J.),
- *Les clauses d'agrément et les cessions d'actions entre actionnaires*, D 1973, chron. 137.
 - *Les conjoints associés*, Rev. sociétés 1983, p. 3.
 - *Les conjoints associés : commentaire des articles 12 et suivants de la loi n° 82-596 du 10 juillet 1982 relative aux conjoints d'artisans et de commerçants travaillant dans l'entreprise familiale*, Rev. sociétés 1983, p. 5.
- BARDY (F.), *Les restrictions statutaires à la libre cessibilité des actions*, Gaz. Pal. 1967, II, doc. 64.
- BARON (F.), *La date de naissance des créances contractuelles à l'épreuve du droit des procédures collectives*, RTD com. 2001, p. 1.
- BARRIERE (F.), *Ordre public et impérativité, Observations en droit pénal des sociétés anonymes*, Rev. sociétés 2008, p. 713.
- BARRIERE-BROUSSE (I.), *L'après-mandat social*, Petites Affiches, 13 septembre 1991, p. 13.
- BARBIERI (J.-F.),
- *La révocation des dirigeants sociaux : pour la liberté statutaire !*, JCP éd. E, 2001, Cah. dr. entr., n° 3, p. 5.
 - *La responsabilité de la personne morale ou responsabilité de ses dirigeants ? La responsabilité personnelle à la dérive*, Mélanges Y. GUYON, Dalloz, 2003, p. 44.
- BASTAN (B.), *A propos de la pluralité des gérants dans les SARL*, JCP 1951, I, 928.
- BASTIAN (D.), *La réforme du droit des sociétés par la loi du 4 mars 1943*, JCP 1943, I, 348.
- BÉAL (S.) et ROUSPIDE (M. N.), *Le dédit-formation doit faire l'objet, préalablement, à la formation, d'une clause particulière*, JCP éd. E, n° 30, 22 Juillet 2004, 1096.
- BEAUGENDRE (S.), *Effet suspensif de la force majeure et responsabilité subséquente*, D. 2006, p. 2972.
- BEBE EPALE (A.), *L'administrateur inerte*, Petites affiches 2011, n° 196, p. 6.
- BELOT (F.),
- *Le préjudice économique de l'associé victime de la dépréciation de ses titres*, Petites affiches 2006, 26 avril 2006, n° 83, p. 6.
 - *L'évaluation du préjudice économique*, D. 2007, 1683.
- BENEJAT (M.), *Faut-il sauver la banqueroute ?*, Rev. proc. coll. 2010, étude 27.
- BENNINI (A.), *La procéduralisation du droit des sociétés*, RTD com. 2010, p. 499.
- BERLIN (D.) et CALVET (H.), *L'entreprise commune et le contrôle de la concurrence... ou l'accessoire commande le principal*, JCP éd. E, n° 47, 1995, 506.
- BERMOND de VAUX (J. M.),
- *La mésentente entre associés pourrait-elle devenir un juste motif d'exclusion d'un associé d'une société ?* JCP 1990 éd. E, II, 15921.
 - *Le sort des droits sociaux détenus par le dirigeant d'une société en redressement ou en liquidation judiciaires*, Rev. sociétés 1990 p. 221.
 - *À propos d'une conception exaltée de l'affectio societatis*, Dr. sociétés avr. 1993, p. 1.
 - *Le spectre de l'affectio societatis*, JCP éd. E 1994, I, 346.
 - *L'exclusion d'un associé*, Dr. sociétés oct. 1996, p. 4.

- BERT (D.) et LAKHDARI (T.), *La mise en oeuvre de la règle de l'unanimité en droit des sociétés (à propos de CA Versailles, 12e ch., 24 février 2005)*, D. 2005, p. 1853.
- BERTHELOT (G.), *La cessation des paiements : une notion déterminante et perfectible*, JCP éd. E, 2008, 2232, p. 31.
- BERTREL (J.-P.),
- *La SNC filiale commune*, Dr. et patr. 1994, p. 20.
 - *Liberté contractuelle et sociétés*, *Essai d'une théorie du « juste milieu » en droit des sociétés* RTD com. 1996, 595.
 - *La position de la doctrine sur l'intérêt social*, Dr. et patrimoine, 1997, p. 42.
 - *La cohabitation de la révocabilité ad nutum et du principe du contradictoire*, Dr. et patr., n° 64, octobre 1998, p. 74.
- BESNARD GOUDET (R.),
- *La faute détachable commise par un dirigeant social engage sa responsabilité à l'égard des tiers*, D. 2002. Chron. 1821.
 - *Les cautions, avals et garanties donnés par une société en faveur d'un tiers*, JCP éd. E, 2004, 1149.
- BESSON (A.), *L'aval sans indication du débiteur garanti, Réflexion sur l'arrêt des Chambres réunies du 8 mars 1960*, RTD com. 1960, 493.
- BEUVE (A.), *La coexistence du liquidateur judiciaire et du liquidateur amiable après la loi de sauvegarde des entreprises*, JCP N 2007, 1170.
- BICHERON (N.), *La singularité de l'indemnisation du préjudice personnel des associés*, Rev. Lamy dr. aff., 2010, 51.
- BIENVENU (S.), *Loi relative aux nouvelles régulations économiques et problématique du cumul des mandats sociaux, Présentation du rapport Courtière, adopté le 2 mai 2002 par la Chambre de commerce et d'industrie de Paris*, JCP éd. E 2002, p. 1017.
- BIGET (E.) et JULIEN (L.-A.), *L'interaction entre les motifs de licenciement et de révocation des dirigeants dans la pratique*, Gaz. Pal. 9-12 mai 2012, 10.
- BINCTIN (N.), *La légalité procédurale en droit des sociétés – Contribution à l'étude de la révocation*, Petites affiches 2006, n° 182, p. 3.
- BINET (J.-R.), *De la fausse cause*, RTD civ. 2004 p. 655.
- BISSARA (Ph.),
- *Les véritables enjeux du débat sur « le gouvernement de l'entreprise »*, Rev. sociétés 1998, p. 5.
 - *L'intérêt social*, Rev. sociétés 1999, p. 5.
 - *Interdépendance et coopération des organes sociaux de la société anonyme classique*, Mélanges Y. GUYON, Dalloz, 2003, p. 115.
- BLARY-CLEMENT (E.), *Spécificités et sanctions des manœuvres dilatoires du procès civil*, JCP éd. G 1991, I, 3534.
- BOIZARD (M.), *L'abus de minorité*, Rev. sociétés 1988, p. 365.
- BON-GARCIN (I.), *Les créanciers face aux crises politiques des sociétés*, Rev. sociétés 1995, p. 649.
- BONFILS (Ph.), *L'autonomie du juge pénal*, Mélanges dédiés à Bernard BOULOC, Les droits et le Droit, Dalloz, 2007, p. 52.
- BONNEAU (Th.),
- *Les fonds communs de placement, les fonds communs de créances, et le droit civil*, RTD civ. 1991, p. 1.
 - *Le règlement intérieur de la société*, Dr. sociétés, février 1994, p. 1.
 - *Gouvernement d'entreprise*, RD bancaire et fin., n° 5, 2010, comm. 200.
- BONNIN (V.), *Mise à disposition au sein des pôles de compétitivité : la peur du juge est-elle bonne conseillère ?*, (Article 47 de la loi n° 2006-1170), Rev. trav. 2007, p. 379.
- BORDIER (G.), *Rémunérations des dirigeants*, Petites affiches, 17 nov. 2005, n° 229, p. 55.
- BORÉ (J.), *La fonction d'avocat auprès des cours suprêmes*, D. 1989, chron. 159.
- BORONAD-LESOIN (E.), *La survie de la personne morale dissoute*, RTD com. 2003, p. 1.
- BORNHAUSER-MITRANI (L.), *La violation d'une clause statutaire*, Petites affiches, 08 avril 1998 n° 42, p. 14.
- BOSQUET-DENIS (J.-B.), *La protection de l'associé contre le gérant statutaire et égalitaire d'une société à responsabilité limitée*, Rev. sociétés 1993, p. 750.
- BOUDINEAU (C.), *Quelle protection contre le chômage pour les travailleurs indépendants ?*, Petites affiches 2001, n° 46, p. 8.
- BOUERE (J.-P.),
- *L'information des administrateurs de sociétés anonymes*, JCP éd. E, 1993, I, 190.
 - *P-DG ou président et directeur général ?*, Bull. Joly Sociétés, 01 juillet 2001, n° 7, p. 695, § 164.
- BOUERE (J.-P.) et LE CANNU (P.), *La loi Madelin du 11 février 1994 et le droit des sociétés*, Bull. Joly Sociétés, 01 mars 1994 n° 3, § 61, p. 237.
- BOUILLOUX (A.), *La survie de la personnalité morale pour les besoins de la liquidation*, Rev. sociétés 1994, p. 393.
- BOULAY (J.-C.), *Les créanciers antérieurs dans les procédures de sauvegarde, de redressement et de liquidation judiciaires*, JCP éd. E, n° 39, 2006, 2407.
- BOULOC (B.),
- *Le cautionnement donné par le dirigeant d'une société*, Rev. sociétés 1992, p. 1.

- *L'objectif de sécurité dans la loi du 24 juillet 1966*, *Rev. sociétés* 1996, p. 437.
 - *La place du droit pénal dans le droit des sociétés*, *RSC* 2000, p. 20.
 - *Le droit nouveau des incapacités commerciales*, *Rev. sociétés* 2009, p. 763.
- BOURRIE-QUENILLET (M.), *Faute de gestion du dirigeant de société en cas d'insuffisance d'actif*, *JCP éd. E* 1998, p. 455.
- BOURSIER (M.-E.), *Le fait justificatif du groupe dans l'abus de biens sociaux : entre efficacité et clandestinité. Analyse de vingt ans de jurisprudence criminelle*, *Rev. sociétés* 2005, p. 288.
- BOUTEILLER (P.), *La cautionnement donné par une société*, *JCP éd. E*, n° 51, 2000, p. 2043.
- BOUZAT (P.), *Abus de pouvoir. Acte contraire aux intérêts de la société*, *RTD com.* 1990, p. 145.
- BOYÉ (E.), *Etats des risques juridiques et financiers liés à la signature d'un accusé de réception de commande. Comment les éviter*, *D. Aff. n° 17/1996*, p. 508.
- BRAMA (E.), *Les effets de la dissolution des sociétés unipersonnelles après la modification de l'article 1844-5 du code civil par la loi NRE*, *Bull. Joly* 2002, § 41, p. 181.
- BRILL (J.-P.), *Filiales communes et article 85 CEE, Etude des décisions récentes de la Commission des Communautés européennes*, *RTD com.* 1992, p. 87.
- BRUN (A.), *De l'abus du droit de révocation des administrateurs*, *RTD com.* 1938, p. 761.
- BRUNETTI-PONS (Cl.), *La spécificité du régime des contrats en cours dans les procédures collectives*, *RTD com.* 2000, p. 783.
- BRUZIN, *De l'idée d'autonomie dans la conception juridique de la succursale*, *JCP* 1946, éd. G, I, 567.
- BULLE (J.-F.),
- *Un statut anachronique source de fâcheux errements : la gérance majoritaire*, *JCP éd. E*, n° 45, 1987, 15048.
 - *Les délégations de pouvoirs*, *JCP E* 1999, p. 1136.
- BURGARD (J.), *L'âge des dirigeants*, *Rev. Sociétés* 1971, p. 137.
- CABRILLAC (M.),
- *Les ambiguïtés de l'égalité entre les créanciers*, *Mélanges BRETON-DERRIDA*, Dalloz, 1991, p. 31.
 - *Succursales*, *J. Cl.* 1991, Fasc. 28, n° 35.
- CABRILLAC (R.), *Le projet de réforme du droit des contrats - Premières impressions*, *JCP éd. G*, n° 40, 2008, I, 190.
- CALAIS-AULOY (J.), *Société fictive*, *Rép. Sociétés*.
- CALAIS-AULOY (M.-T.), *Appréciation critique de la loi du 11 juillet 1985 instituant l'EURL*, *D.* 1986, chron. 249.
- CALENDINI (J.-M.), *Les comités de direction*, *Bull. Joly Sociétés*, 01 septembre 1992 n° 9, § 272. p. 851.
- CAMPANA (M. J.) et CALENDINI (J. M.), *La déclaration de créance effectuée par un préposé du créancier*, *JCP* 1993, éd. E, I, 230.
- CANAC (A.), *La protection des minoritaires lors des prises de contrôle*, *Gaz. Pal.* 1974, I, doc. 35.
- CANTIN (H.), *La représentation d'une société en liquidation judiciaire*, *Rev. proc. coll. janv.* 2008, étude 4.
- CARAMALLI (D.), *Le dernier épisode du feuilleton jurisprudentiel de la faute séparable*, *D.* 2004 p. 1961.
- CARCREFF (V.),
- *La notion de pertes sociales et l'obligation pour les associés d'y contribuer*, *Gaz. Pal.* 1973, 2, Doctr. p. 569.
 - *Sur la confusion de la notion d'obligation aux dettes sociales avec celle de contribution aux pertes*, *Gaz. Pal.* 1976, 1, Doctr. p. 145.
- CARTRON (A.-M.) et MARTOR (B.), *L'associé minoritaire dans les sociétés régies par le droit OHADA*, *Cah. dr. entr.* n° 1, Janvier 2010, dossier 2.
- CATALA (P.), *Le sort des parts sociales au décès de l'associé. Etudes de droit commercial à la mémoire de H. CABRILLAC*, 1968, p. 59.
- CAPITANT (H.), *Sur l'abus des droits*, *RTD civ.* 1928, p. 365.
- CAUSSAIN (J.-J.),
- *La société à directoire, bilan et perspectives*, *JCP CI* 1977, I, 1245.
 - *La précarité de la fonction de mandataire social (Révocation et modes de protection)*, *Bull. Joly* 1993.151, p. 523.
 - *L'autre président : le président du conseil de surveillance...*, *Mélanges DIDIER*, Economica, 2008, p. 101.
- CENAC (P.) et CLERMON (M.), *Le « package successoral » du chef d'entreprise*, *Cah. dr. entr.* n° 3, Mai 2008, 30.
- CERF-HOLLENDER (A.), *Banqueroute : autonomie du juge pénal et caractère purement formel de l'exigence de l'ouverture préalable d'une procédure de redressement ou de liquidation judiciaires*, *Act. proc. coll.* 2010, alerte 166.
- CESARO (J.-F.), *Les sanctions pénales de l'insécurité*, *Dr. sociétés* 2007, p. 729.
- CHABERT (P.-Y.),
- *Les augmentations de capital après l'ordonnance n° 2004-604 du 24 juin 2004*, *Bull. Joly Sociétés* 2004, p. 1023.
 - *La figure de la scission partielle en droit français*, *Rev. sociétés* 2006, p. 759.
- CHAMPAUD (Cl.),
- *L'entreprise personnelle à responsabilité limitée, Rapport du groupe d'étude chargé d'étudier la possibilité d'introduire l'E.P.R.L. dans le droit français*, *RTD com.* 1979, p. 579.

- *Le contrat de société existe-t-il encore ?* in *Le droit contemporain des contrats*, Travaux de la Faculté des sciences juridiques de Rennes, Economica, 1987.
- CHAMPAUD (Cl.) et DANET (D.), *Contrôle de la rémunération des dirigeants. Loi pour la confiance et la modernisation de l'économie. Information sur les rémunérations des administrateurs*, RTD com. 2005 p. 749.
- CHAMY (E.), *Transposition du corporate governance anglo-saxon en droit français*, *Petites affiches* 1997 n° 69, p. 4.
- CHANTEPIE (G.), *Sanction par la nullité absolue de la vente consentie sans prix sérieux*, D. 2008, p. 954.
- CHAPUT (Y.),
- *La liberté et les statuts*, *Rev. sociétés* 1989, p. 361.
 - *Objet social*, *J.-Cl. Sociétés Traité*, Fasc. 9, 5, 1987.
 - *Objet social*, in *Rep. Sociétés III*.
 - *Inopposabilité à la société de la vente d'un fonds statutaire par un gérant de SARL*, *Rev. sociétés* 1988, p. 266.
- CHARTIER (Y.),
- *Domicile conjugal et vie familiale*, RTD civ. 1971, p. 510.
 - *L'évolution de l'engagement des associés*, *Rev. sociétés* 1980, p. 1.
 - *Société à directoire ou société à conseil de surveillance ?*, *Etudes offertes à R. ROBLOT*, 1984, p. 335.
- CHARVERIAT (A.), *De quelques difficultés relatives à la nullité d'une décision sociale irrégulière*, *Rev. sociétés* 2010, p. 212.
- CHAUCHARD (J.-P.), *La clause de dédit-formation ou le régime de liberté surveillé appliqué aux salariés*, *Dr. soc.* 1989, p. 388.
- CHAVANNES (A.) et FAYARD (M.-Cl.), *Les délits d'imprudence*, RSC 1975, p. 11.
- CHAZAL (J.-P.), *Théorie de la cause et justice contractuelle : À propos de l'arrêt Chronopost (Cass. com., 22 oct. 1996)*, JCP éd. G, n° 29, 1998, I, 152.
- CHENUT (Ch.-H.),
- *Les garanties ascendantes dans les groupes de sociétés, où les sûretés consenties par les sociétés-filles à leurs sociétés-mères*, *Rev. sociétés* 2003, p. 71.
 - *Les garanties ascendantes dans les groupes de sociétés, où les sûretés consenties par les sociétés-filles à leurs sociétés-mères*, *Rev. sociétés* 2003, p. 71.
- CHEVALIER (J.-Y.), *Fallait-il consacrer la responsabilité pénale des personnes morales ?*, in *Mélanges Jean PAILLUSSEAU, Aspects organisationnels du droit des affaires*, Dalloz, 2003, p. 109.
- CHENDEB (R.), *Les créances alimentaires et les procédures collectives*, *Rev. proc. coll.* n° 4, 2009, étude 21.
- CHOLET (D.), *La distinction des parties et des tiers appliquée aux associés*, D. 2004 p. 1141.
- CLEMENT (J.-F.), *Le banquier, vecteur d'informations*, RTD com. 1997, 203.
- COEURET (A.),
- *La responsabilité en droit pénal du travail : continuité et rupture*, RSC 1992, p. 475.
 - *La délégation de pouvoirs*, in *Le pouvoir du chef d'entreprise (sous dir. Jean PELLISSIER)*, Dalloz, 2002, p. 27.
 - *Le droit pénal du travail depuis la recodification du Code du travail*, *Semaine sociale Lamy 2010*, suppl. n° 1472, p. 75.
- COEURET et DUQUESNE, *La délégation du pouvoir de licencier, dernières avancées jurisprudentielles*, JCP éd. E, 2011, 1397.
- COHEN (D.),
- *La prime d'émission entre liberté et contrôle*, JCP éd. E, n° 1, 2002, p. 35.
 - *Le « gouvernement d'entreprise » : une nécessité en droit français ?*, *Mélanges Philippe MALAURIE*, Defrénois, 2005, p. 159.
- COLLIN (F.),
- *Le droit social du dirigeant d'entreprise - (La problématique du contrat de travail du dirigeant social)*, *Dr. sociétés* n° 7, Juillet 2005, étude 7.
 - *Aspects pratiques de la suspension du contrat de travail lorsque le salarié devient dirigeant social*, *Dr. sociétés* n° 10, Octobre 2009, étude 13.
- CONAC (P.-H.), *Quelques réflexions sur un avant-projet de loi créant une société par actions simplifiée unipersonnelle (SASU)*, *Bull. Joly Sociétés* 1999, n° 6, p. 607.
- CONDE (M. A.) et alii, *Les nouveaux visages de la médecine du travail*, *Rev. trav.* 2012, p. 200.
- CONSTANTIN (A.),
- *La tyrannie des faibles. De l'abus de minorité en droit des sociétés*, *Mélanges Y. GUYON*, Dalloz, 2003, p. 213.
 - *L'utilité de l'assurance des dirigeants sociaux au regard de la jurisprudence de la Cour de cassation*, *Bull. Joly Sociétés* 2010, n° 9, p. 762.
- CONTIN (R.) et DESLANDES (M.), *Interrogations sur la société anonyme avec directoire*, DS 1977, chron. 295.
- COQUELET (M.-L.), *Nullité des délibérations sociales pour violation des statuts : oui mais sous conditions !*, *Dr. sociétés* 2010, n° 156.
- CORDIER-VASSEUR (Ch.) et CASSAVETTI (Ch.), *De la responsabilité civile des dirigeants*, JCP éd. G, n° 22, 2012, p. 656.
- CORDONNIER (P.), *L'objet social*, D. 1952, chron. 172.
- CORIAT (J.-P.), *La reconnaissance d'un compte bancaire : le compte courant*, RTD com. 1989, p. 597.

- CORVEST (H.), *La solidarité légale dans les SA*, *Rev. sociétés* 1985, p. 383.
- COSTE-FLORET (J.-M.) et LE BRAS (V.), *Accidents du travail et maladies professionnelles : l'indemnisation des salariés en cas de faute inexcusable de l'employeur*, *JCP éd. S*, n° 4, 2012, 1022.
- COURET (A.),
- *Les apports de la théorie micro-économique à l'analyse du droit des sociétés*, *Rev. sociétés* 1984, p. 243.
 - *L'actionnariat des salariés et la participation aux résultats de l'entreprise*, *Bull. Joly Sociétés* 1986, p. 1069.
 - *L'intérêt social*, *Cah. dr. entr.* 1996-4, p. 1.
 - *Première traduction législative de la corporate governance : la loi sur les fonds de pension (libres propos autour de la loi n° 97-277 du 25 mars 1997)*, *D.* 1997, p. 241.
 - *Interrogations autour de la réparation du préjudice individuel de l'actionnaire*, *RJDA* 1997, 391.
 - *Le droit des sociétés et le besoin de sécurité à l'aube du troisième millénaire*, *Rev. sociétés*, 2000, p. 89.
- COURET (A.), et alii, *Les contestations portant sur la valeur des droits sociaux*, *Bull. Joly Sociétés* 2001, § 242.
- COURET (A.) et DONDERO (B.), *La violation des statuts ou du règlement intérieur d'une société commerciale n'est pas sanctionnée par la nullité*, *JCP éd. E* 2010, n° 1562.
- COURET (A.) et DUCHATEAU (J.-P.), *Quels pouvoirs pour l'administrateur délégué ?*, *Bull. Joly Sociétés* 2010, p. 206.
- COURSIER (P.), *L'obligation de rapatriement et de reclassement du salarié mis à disposition d'une filiale étrangère*, *Dr. soc.* 1994, p. 19.
- COURSIER (Ph.), *Enjeux et mutations autour des risques professionnels*, *JCP éd. S*, n° 30, 2010, 1320.
- COUTANT (M. F.), *Du contrôle du tribunal de commerce en cas de constitution ou de modification statutaire des sociétés commerciales*, *Dr. sociétés*, oct. 1996, *Chron.*, p. 3.
- CREFF, *Défaut de publicité de la nomination ou de la cessation des fonctions des dirigeants*, *BRDA* 1989, 5.
- CREMIEUX (M.), *Réflexion sur la peine privée moderne*, *Etudes offertes à P. KAYSER*, *PUAM* 1979, t. 1, p. 261.
- CROIZAT (Ph.), *Le « Corporate governance » : est-il adapté au modèle français ?*, *D. aff.* n° 32/1996, p. 1019.
- CROZE (H.), *Pour une motivation pas trop explicite des décisions de la Cour de cassation*, *Mélanges Philippe MALAAURIE, Defrénois*, 2005, p. 170.
- CRUGE (M.-D.), *La dualité des organes de contrôle dans les sociétés anonymes à directoire*, *Rev. sociétés* 1975, p. 295.
- CUIF (P.-F.), *Le conflit d'intérêts, Essai sur la détermination d'un principe juridique en droit privé*, *RTD com.* 2005, p. 1.
- DAGORNE-LABBE (Y.), *La révocation du mandat stipulé irrévocable*, *D.* 2002, p. 2640.
- DAGOT (M.) et MOULY (C.), *L'usage personnel du crédit social et son abus (repenser la fonction de personnes morales)*, *Rev. sociétés*, 1988, p. 1.
- DAIGRE (J. J.),
- *Réflexions sur le statut individuel des dirigeants de sociétés anonymes*, *Rev. sociétés* 1981, p. 497.
 - *De l'inapplicabilité de la responsabilité civile de droit commun aux dirigeants d'une société en redressement ou en liquidation judiciaire*, *Rev. sociétés* 1988, p. 199.
 - *De l'exclusion d'un associé en réponse à une demande de dissolution*, *Bull. Joly* 1996, p. 576.
 - *La perte de la qualité d'actionnaire*, *Rev. sociétés* 1999, p. 535.
 - *Le petit air anglais du devoir de loyauté des dirigeants*, *Mélanges P. BEZARD, Petites Affiches/Montchrestien*, 2002, p. 79.
- DAILLE-DUCLOS (B.), *Le devoir de loyauté du dirigeant*, *JCP éd. E*, n° 39, 1998, p. 1486.
- DALMASSO (T.) et BOURCEREAU (A.), *Mandats de gestion et délégations de pouvoirs, une nécessaire distinction*, *JCP éd. E* 2010, 1590.
- DAMAS (N.), *Loi NRE et cumul de mandats sociaux*, *JCP éd. E*, n° 46, 2001, p. 1803.
- DANET (D.),
- *Comptes courants d'associés : pour en finir avec un apartheid juridique*, *RTD com.* 1993, p. 56.
 - *Le dirigeant et l'omnibus*, *RTD com.* 1994, p. 173.
- DANET (J.), *Relire « la politique criminelle des Etats autoritaires »*, *Mélanges en l'honneur de Reynald OTTENHOF, Le champ pénal*, Dalloz, 2006, p. 67.
- DANIS-FATOME (A.), *La délégation de créance. Essai d'une typologie nouvelle*, *D.* 2012, p. 2469.
- DANNENBERGER (F.), *Régime spécial de conventions réglementées pour les « parachutes dorés »*, *Petites affiches*, 11 décembre 2007 n° 247, p. 6.
- DARAGON (E.), *Etude sur le statut juridique de l'information*, *D.* 1998, p. 63.
- DAUBLON (G.), *La pérennité des procurations consenties par les représentants légaux d'une société*, *Defrénois*, 1981, art. 32695.
- DAUXERRE (L.), *Le cumul d'un contrat de travail et d'un mandat social : un mariage d'intérêts ?*, *JCP S* 2007, 1049.
- DAVID (N.), *La place des directions juridiques dans les entreprises en France*, *D. aff.* n° 26/1996, p. 791.
- D'HAUTEVILLE (A.), *Brèves remarques sur le nouveau principe de la dualité des fautes civile et pénales d'imprudence*, *Mélanges en l'honneur de Reynald OTTENHOF, Le champ pénal*, Dalloz, 2006, 145.

- D'HARCOURT (Ph.), *De la possibilité de déléguer à l'obligation de déléguer, au regard de la faute inexcusable de l'employeur*, JCP éd. E, n° 48, 1994, act. 100257.
- DE BOUBEE (R.), *Le nouveau régime des interdictions professionnelles selon la loi du 29 déc. 1972*, D. 1973, chron. 275.
- DE BROSSE et HAELLING (J.), *L'utilisation des moyens de télécommunication aux conseils et assemblées générales des sociétés anonymes*, Bull. Joly Sociétés 2002, p. 1089.
- DE GIRARD (P.-M.) et PASCAUD (Ch.-A.), *Garanties du passif : « 1134, alinéa 1^{er} » contre « 1134, alinéa 3 » : combat de titans ou subtile alliance ?*, D. 2009, chron. 2233.
- DE LAENDER (M.-H.), *La révocation des dirigeants sociaux*, Dr. sociétés, mai 2000, n° 9.
- DE L'ISLE (G. B.) et HONORAT (J.), *Président du conseil d'administration*, v° Rép. sociétés 1990.
- DE SAINT-SEVIN (N.), *Exercice d'un mandat social dans une filiale en exécution d'un contrat de travail avec la société mère*, RJS 6/1992, n° 391.
- DE VENDEUIL (S.),
- *De la libre révocabilité du PDG à la grande précarité des engagements souscrits à son profit*, JCP éd. E, 1995, n° 37, somm. 1.
 - *La cessation des fonctions d'un dirigeant met-elle fin aux délégations qu'il a données ?*, JCP éd. E, n° 26, 1997, p. 248.
- DECIMA (O.), *Réflexions sur la cessation des paiements en matière pénale*, Dr. pén. 2008, étude 22.
- DECKON (F. K.), *Les pouvoirs du dirigeant de société commerciale en droit uniforme de l'OHADA*, Revue Africaine de Droit, d'Economie et de Développement, 2005, p. 4 ; Rev. sociétés 2013, p. 467.
- DEDESSUS-LE-MOUSTIER (N.), *La responsabilité du dirigeant de fait*, Rev. sociétés 1997, p. 499.
- DEFOSSEZ (M.), *Réflexions sur l'emploi des motifs comme cause des obligations*, RTD civ. 1985, p. 529.
- DEGNI-SEGUI (R.), *Codification et uniformisation du droit*, in Encyclopédie juridique de l'Afrique, t. 1, p. 459.
- DEHARO (G.), *Expertise et estimation du prix de cession par un « expert » : analyse de l'article 1843-4 du code civil*, RTD com. 2007, p. 643.
- DEKEUWER (A.),
- *Les intérêts protégés en cas d'abus de biens sociaux*, JCP éd. E, n° 43, 1995, 500.
 - *Défense et illustration de l'incrimination d'abus de biens sociaux dans un système de corruption*, n° 9, 1998, p. 310.
- DEKEUWER-DEFOSSEZ (F.), *Mariage et sociétés*, dans Aspect actuel du droit commercial français. Études dédiées à R. Roblot, p. 271, LGDJ 1984.
- DELAISI (P.), *Le cumul dans la législation actuelle d'un mandat social et d'un emploi salarié au sein d'une même société anonyme*, Gaz. Pal. 1975, 1, doc. p. 90.
- DELATTRE (C.), *L'inlassable travail de la Cour de cassation quant à la détermination de la notion de direction de fait*, JCP E 2007, 1872.
- DELALAMO (B.) et RAYNAUD (O.), *Le cumul des mandats dans les sociétés anonymes après la loi du 29 octobre 2002*, Petites affiches 2002, n° 259, p. 4.
- DELEBECQUE (Ph.),
- *Le porte-fort n'est pas un mandataire*, D. 1994, p. 211.
 - *L'administrateur de fait par personne interposée : une notion à définir*, JCP éd. E 2005, 238.
- DELGA (J.),
- *Révocation sans indemnités des PDG de SA en France. Mythe ou réalité ?*, D. aff. n° 25/1996, p. 763.
 - *L'administrateur n'existe pas : « Danger », « une référence inappropriée au système anglo-saxon »*, D. 2002, p. 2858.
 - *De l'éthique d'entreprise et de son cynisme*, D. 2004, p. 3126.
- DELMAS-MARTY (M.),
- *Le délit d'initié va-t-il changer la bourse ?*, D. 1977, chron. p. 91.
 - *Le droit pénal, l'individu et l'entreprise : culpabilité « du fait d'autrui » ou du « décideur » ?*, JCP éd. E, n° 39, 1985, 14539.
- DELPECH (X.), *La promesse de porte-fort, une sûreté à part entière*, D. 2006 p. 298.
- DELVOLVE (J.-L.) et MICHAUD (J.-M.), *Le statut du président-directeur général est-il soumis à l'article 40 de la loi du 24 juillet 1867 ?*, D. 1964, Chron. 257.
- DEPEYROUX (J.-J.), *Les cotisations de l'affiliation obligatoire au régime général de la Sécurité sociale*, D. 1962, p. 179.
- DEPRET (B.), *Le Clair-obscur du cautionnement des sociétés anonymes (Brèves réflexions à propos de Cass. com., 20 octobre 1998)*, Petites affiches, 17 septembre 1999, n° 186, p. 4.
- DERRIDA (F.),
- *De la solidarité commerciale*, RTD com. 1953, p. 239.
 - *De la nature juridique des sociétés par intérêts depuis la loi du 24 juillet 1966*, Mélanges AUDINET, 1968, p. 43.
 - *A propos de la faillite personnelle*, D. 1975, p. 204.
 - *Le crédit et le droit des procédures collectives*, in Mélange R. RODIERE, Dalloz, 1981, p. 77.

- *A propos de l'extension des procédures de redressement ou de liquidation judiciaires*, Mélanges M. CARILLAC, Litec, 1999, p. 688.
 - *Sur la notion de cessation des paiements*, in Mélanges Jean-Pierre SORTAIS, Bruylant, 2002, p. 73.
- DESCORPS DECLERE (V. F.), *Pour une réhabilitation de la responsabilité civile des dirigeants sociaux*, RTD com. 2003, p. 25.
- DESDEVISES (Y.), *L'abus du droit d'agir en justice avec succès*, D. 1979, chron., p. 21.
- DESGORCES (R.), *Relecture de la théorie du compte courant*, RTD com. 1997, 383.
- DESHAYES (O.), *Le sort de la garantie de passif en cas de revente de passif en cas de revente des titres*, D. 2008, p. 1801.
- DESLANDES (M.), *Réflexions sur le cumul d'un mandat social et d'un contrat de travail*, D. 1982, chron. 19.
- DESPAX (M.), *L'évolution du rapport de subordination*, Droit social 1982, p. 11.
- DESPORTES (F.), *Le nouveau régime de la responsabilité pénale des personnes morales*, JCP éd. E, n° 6, 1993, 219.
- DEZEUZE (E.), *La réparation du préjudice devant la juridiction pénale*, Rev. sociétés 2003 p. 269.
- DIIDIER (Ph.),
- *La théorie contractualiste de la société*, Rev. sociétés 2000, p. 95.
 - *Les fonctions de la responsabilité civile des dirigeants sociaux*, Rev. sociétés 2003, p. 238.
- DIENER (P.), *La société en nom collectif dont tous les associés sont des EURL*, JCP éd. E, 1992, I, p. 270.
- DIESBECQ (A.), *La cession interne : un mode original de transmission de l'entreprise en difficulté*, Gaz. Pal. 2009, p. 3.
- DJOGBENOU (J.), *La cause dans les contrats conclus sur le fondement des actes uniformes de l'OHADA*, Penant n° 867, avril-juin 2009, p. 1.
- DJOUDDJI (J.) et BOUCARD (F.), *La protection de l'emprunteur profane*, D. 2008, p. 500.
- DOM (J.-Ph.),
- *Contrat de travail du directeur général au sein d'un groupe*, Bull. Joly Sociétés 1996, 477.
 - *La protection des minoritaires*, Rev. sociétés 2001, p. 533.
 - *Cumul des mandats : et si le remède s'avérait pire que le mal ?* Bull. Joly Sociétés 2002, p. 1095.
 - *Les dimensions du groupe de sociétés après les réformes de l'année 2001*, Rev. sociétés 2002, p. 1.
 - *La loi Houillon est promulguée : précisions et rectification*, Bull. Joly Sociétés, 2002, p. 1268.
 - *L'attribution gratuite d'actions*, Bull. Joly Sociétés 2005, § 35, p. 187.
 - *Le gouvernement d'entreprise, technique d'anticipation des risques*, Dr. sociétés n° 8, Août 2012, étude 12, n° 13.
- DONDERO (B.),
- *La lettre d'intention génératrice d'une obligation de résultat à nouveau reconnue par la Chambre commerciale*, D. 2003, p. 545.
 - *Définition de la faute séparable des fonctions du dirigeant social*, D. 2003, p. 2623.
 - *Réflexions sur les mécanismes d'autorisation des sûretés et garanties consenties par les sociétés anonymes*, D. 2004, p. 406.
 - *La transformation vue de l'intérieur*, Bull. Joly sociétés 2010, p. 400, n° 81.
 - *La captation des opportunités d'affaires : regards vers l'Étranger*, Gaz. Pal. 2012 n° 42, p. 13.
 - *L'instrumentalisation du droit des sociétés : la franchise participative*, JCP éd. E, n° 46, 2012, 1671.
 - *Le traitement juridique des conflits d'intérêts : entre droit commun et dispositifs spéciaux*, D. 2012, p. 1686.
- DOUCEDE (V.) et ETAIN (P.), *Actualité des avis du Comité de coordination du registre du commerce et des sociétés*, Bull. Joly Sociétés, 01 janvier 2013, n° 1, § 16, p. 84.
- DOUCHEZ (F.), DE LAMY (B.) et SEGONDS (M.), *La délégation de pouvoirs du chef d'entreprise : principes et actualité*, Dr. pén. n° 4, Avril 2010, dossier 6, n° 5.
- DREYER (E.), *La sécurité juridique et le droit pénal économique*, Dr. pén. n° 12, 2006, étude 20.
- DRUEY (J. N.),
- *Pour une protection des mères. A quoi bon un droit sur les groupes de sociétés ?*, Mélanges Y. GUYON, Dalloz, 2003, p. 349.
 - *Les pouvoirs délégués afin d'exonérer pénalement le chef d'entreprise*, D. 2004, p. 937.
- DUCOULOUX-FAVARD (Cl.),
- *Actionnariat et pouvoir*, D. 1995, p. 177.
 - *Les déviances de la gestion dans nos grandes entreprises*, D. 1996, chron. 190.
 - *Notes de leçons sur le contrat social*, D. 1997, chron. 319.
 - *Quand y a-t-il rémunération excessive des dirigeants de sociétés ?*, Gaz. Pal. 2010, p. 11.
- DUFOUR (O.), *Gouvernement d'entreprise, le pouvoir rendu aux actionnaires ?*, Petites affiches 2006, n° 127, p. 4.
- DUPUY (J.), *La démission du salarié*, D. 1980, p. 253.
- DURAND-LEPINE (G.), *L'exclusion des actionnaires dans les sociétés non cotées*, Petites affiches, 1995, n° 88.
- EMIEN (M.), *L'administration et la direction de la société anonyme de type nouveau issue de la réforme du droit des sociétés commerciales dans la zone OHADA*, Penant n° 864, p. 261.
- ESCHYLLE (J.-Fl.), *La capacité commerciale du mineur émancipé*, RTD com. 2013, p. 203.

- ÉTAIN (P.), *Les aménagements contractuels en faveur des cédants à la suite d'une cession de contrôle dans les sociétés anonymes*, *Droit des sociétés* n° 7, Juillet 2001, chron. 14.
- FABRE (R.), *Les clauses d'adaptation dans les contrats*, *RTD civ.* 1983, 1.
- FALAISE (M.), *La sanction de l'acte irrégulier (Distinction entre nullité et inopposabilité)*, *Petites affiches*, 27 août 1997 n° 103, p. 5.
- FAHIM (M. M.), *Le directoire dans les sociétés anonymes*, *Rev. sociétés* 1969, p. 57.
- FAROUX (A.-L.) et THOMAS (N.), *L'exercice d'un mandat social en exécution d'un contrat de travail : un choix de politique de groupe*, *Gaz. Pal.* 2012, n° 133, p. 15.
- FASQUELLE (D.),
- *Le nantissement des valeurs mobilières*, *RTD com.* 1995 p. 1.
 - *Le nantissement conventionnel des actions*, *Bull. Joly Sociétés* 1993 n° 11, p. 1091, § 322.
- FAUGEROLAS (L.) et SABATIER (S.), *Les émissions réservées*, *Rev. sociétés* 2004, p. 515.
- FAVARIO (Th.), *Regards civilistes sur le contrat de société*, *Rev. sociétés* 2008, p. 53.
- FAVENNEC-HERY (F.), *L'extinction de la relation de travail dans les groupes*, *Dr. sociétés.* 2010, p. 762.
- FENEON (A.) et de CHASSEY (S.), *La mise en harmonie des statuts des sociétés anonymes en Côte d'Ivoire*, *Penant* 1999, n° 831, p. 327.
- FERRIER (N.), *Délégation de pouvoir de directeurs des ressources humaines*, *Bull. Joly Sociétés* 2008, n° 10, § 178, p. 834.
- FEVILIYE (I.), *L'OHADA ou le droit au service de l'économie*, in : *Revue congolaise de droit et des affaires*, éd. spéciale n°2, mars 2010, p.11.
- FIESCHI-VIVET (P.), *Des cas de non-cohabitation entre le contrat de travail et le mandat social*, *R.J.S.* 1994, p. 12.
- FIELD (B.) et NEUVILLE (C.), *La position des acteurs de la vie économique sur l'intérêt social*, *Dr. et patr.*, 1997, p. 48.
- FINEL (L.), *Les règles relatives à la détermination du prix et le contrat de prêts bancaire*, *JCP G* 1996, II, 3957.
- FISCEL (J.), *L'absence d'être moral nouveau dans les transformations de sociétés*, *Gaz. Pal.* 1986, 2, doct. p. 724.
- FLECHEUX (G.), *Renaissance de la notion de bonne foi et de loyauté dans le droit des contrats*, *Mélanges GHESTIN*, LGDJ, 2001, p. 340.
- FOKO (A.),
- *Analyse critique de quelques aspects du droit pénal OHADA*, *Penant* n° 859, 2007, p. 198.
 - *L'essor de l'expertise de gestion dans l'espace OHADA*, *Penant* 2009, n° 867, p. 178.
- FONE MDONTSA (M.), *Réflexion sur l'article 10 du traité OHADA*, *Revue Africaine des Sciences juridiques*, Vol. 7, n° 1, 2010, p. 47.
- FOSSEREAU (J.), *Le vote au conseil d'administration des sociétés anonymes*, *RTD com* 1965, pp. 317.
- FOURNIER (G.), *Le droit pénal et le risque de l'instrumentalisation de l'éthique dans la vie des affaires*, *Mélanges Jean PAILLUSSEAU*, *Aspects organisationnels du droit des affaires*, Dalloz, 2003, p. 273.
- FRANCESCHELLI (R.), *La notion juridique d'entreprise en Italie*, *RTD com.* 1972, p. 574.
- FREMEAUX (N.), *L'avenir du régime de révocation des dirigeants sociaux*, *LPA* 2000, n° 253, p. 6.
- FREYRIA (C.),
- *Réflexion sur les garanties conventionnelles dans les actes cession de titres sociaux*, *JCP E* 1992, I, 146.
 - *L'assurance de responsabilité civile du « management »*, *D.* 1995, p. 120.
 - *Le commissaire aux comptes : Mission d'intérêt public ?*, *JCP éd. E.* 1996, I, p. 516.
 - *Le prix de vente symbolique*, *D.* 1997 p. 51.
- FROSSARD (S.), *Les évolutions du droit disciplinaire*, *D.* 2004, p. 2450.
- GAILLET (A.-M.), *Le nouveau droit des sociétés de capitaux en Italie*, *JCP éd. E.* n° 6, 2004, 200.
- GALIA-BEAUCHESNE (A.), *Les clauses de garantie d'actif et de passif dans les cession d'actions et des parts sociales*, *Rev. sociétés* 1980, p. 27.
- GALLOIS (A.), *Entreprise et responsabilité pénale : pour une clarification des règles applicables*, *Dr. sociétés* n° 1, Janvier 2010, alerte 1.
- GANAY d'INDY (C.), ENGEL (L.), *Les comités d'audit*, *Bull. Joly Sociétés*, 01 juillet 2003 n° 7, § 159, p. 723.
- GAROLA GIUGLARIS (A.), *Les risques du paraphe en droit des affaires*, *D. Aff.* n° 10/1995, p. 211.
- GARRON (F.), *La rémunération excessive des dirigeants de sociétés commerciales*, *Rev. sociétés* 2005, p. 795.
- GASTAUD (J.-P.),
- *Le comblement de l'insuffisance d'actif social*, in *Travaux du Colloque Crajefe*, Sophia-Antipolis, 22 et 23 mars 1991 sur l'application de la loi du 25 janv. 1985. Bilan, p. 249.
 - *Le sort de la société à l'occasion des procédures collectives en droit français*, in *Mélanges Jean-Pierre SORTAIS*, Bruylant, 2002, p. 235.
- GAUTIER (P.-Y.), *Le principe de la révocation ad nutum est-il encore pertinent ?*, *RTD civ.* 2010, p. 345.
- GERBAY (N.), *Comment déléguer le pouvoir d'agir en justice ?*, *Rev. Lamy dr. aff.* 2012, p. 72.

GERMAIN (M.),

- *De quelques limites à la nullité des décisions sociales prévue par l'article 360 de la loi de 1966*, Bull. Joly Sociétés 1992, 491.
- *La renonciation aux droits propres des associés : illustrations*, Mélanges TERRE, Dalloz, 1999, p. 401.
- *Les manifestations en droit des sociétés*, Petites affiches 2003, n° 237, p. 10.
- *L'ubiquité des dirigeants et des actionnaires*, Mélanges Linant DE BELLEFONDS, Litec, 2007, p. 205.

GERSCHEL (Ch.),

- *Le principe de non-immixtion en droit des affaires*, Petites Affiches, 1995, n° 104, p. 8.
- *L'obligation de diligence en droit des affaires*, D. aff. n° 10/1996, p. 283.

GHESNE (G.), *L'exercice « Ut Singuli » de l'action sociale dans la société anonyme*, RTD com. , p. 359.

GHESTIN (J.),

- *L'abus dans les contrats*, Gaz. Pal. 1981, 2, doct. 379.
- *L'utile et le juste dans les contrats*, D. 1982, chron. p. 1.

GHOZI (A.), *Nature juridique de la production des créances dans les procédures collectives de règlement du passif*, RTD com. 1978, p. 1.

GIACOPELLI-MORI (M.), *La délégation de pouvoirs en matière de responsabilité pénale du chef d'entreprise*, RSC 2000, p. 525.

GIANNO (R.) et COMBES (A.-É.), *La dénaturation du mandat social par la pratique dans les sociétés anonymes*, Gaz. Pal. 2002, n° 155, p. 4.

GIBIRILA (D.),

- *Rép. sociétés, v° Sociétés en nom collectif*.
- *Circonstances de la révocation du président du conseil d'administration et principe de la contradiction*, D. 1997, p. 493.
- *La faute personnelle détachable des fonctions de gérant*, D. 1998, p. 605.
- *Recevabilité et bien-fondé de la demande d'administration provisoire*, D. 1999, p. 294.
- *La société caution*, Rev. sociétés 2011, p. 663.

GIMALAC (L.), *Le contrat d'intégration révélé par les actions en comblement et en extension du passif (art. 180 et 182 de la loi du 25 janvier 1985 sur les entreprises en difficulté)*, RTD com. 1999, p. 601.

GIOANNI (P.), *La cessation des paiements dans l'infraction de banqueroute*, D. 1994, p. 53.

GLOTIN (M. C.), *Les délibérations sociales par télétransmission : une innovation de la loi NRE*, JCP éd. E, 2002, p. 747.

GNAHOUI DAVID (R.), *Conflit de lois et sort des salariés face à la liquidation de la compagnie air afrique*, RBSJA n° 15, 2005, p. 21.

GODON (L.),

- *Abus de confiance et abus de biens sociaux*, Rev. sociétés 1997 p. 290.
- *L'obligation de non-concurrence des dirigeants sociaux*, Bull. Joly Sociétés 1999, n° 1, p. 5.
- *Des actionnaires, des dirigeants et des salariés de sociétés anonymes*, Mélanges Y. GUYON, Dalloz, 2003, p. 441.

GOFFAUX- CALLEBAUT (G.), *La définition de l'intérêt social. Retour sur la notion après les évolutions législatives récentes*, RTD com. 2004, p. 36.

GOYET (Ch.),

- *Les limites au pouvoir majoritaire dans les sociétés*, RJ com., n° spéc., nov. 1991, p. 58.
- *Les conflits d'intérêts dans la société anonyme, version nouvelle*, par D. Schmidt, Joly éditions, coll. Pratique des affaires, mars 2004, 504 p, RTD com. 2004, p. 348.

GRATTON (L.), *Le dommage déduit de la faute*, RTD civ. 2013, p. 275.

GREFF (G.), *La responsabilité des dirigeants sociaux retirés*, RTD com., 1978, p. 479.

GRELON (B.) et DESSUS-LARRIVE (C.), *La confusion de patrimoines au sein d'un groupe*, Rev. sociétés 2006, p. 281.

GREVAIN-LEMERCIER (K.), *Le devoir de loyauté des dirigeants : le retour*, Gaz. Pal. 2012, février 2012, n° 42, p. 7.

GRIMONPREZ (B.), *Pour une responsabilité des sociétés mères du fait de leurs filiales*, Rev. sociétés 2009, p. 719.

GROSSI (I.),

- *La situation des dirigeants sociaux au lendemain de la loi sur les nouvelles régulations économiques*, Dr. et patr. novembre 2001, p. 98.
- *La responsabilité des dirigeants*, Dr. et patr. septembre 2003, 118.

GRUA (F.), *L'obligation et son paiement*, Mélanges Y. GUYON, Dalloz, 2003, p. 479.

GUEGUEN (J.-M.), *Le renouveau de la cause en tant qu'instrument de justice contractuelle*, 1999, p. 352.

GUYENOT (J.), *La franchise commerciale*, RTD com. 1973, p. 161.

GUYON (Y.),

- *De la distinction des sociétés et des associations depuis la loi du 4 janvier 1978*, in Etudes offertes à Pierre KAYSER, t. 1, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1979, p. 484
- *Les nouveaux aspects de l'expertise de gestion*, JCP éd. E, 1985, 14593.

- *La société anonyme, une démocratie parfaite !*, Mélanges GAVALDA, Dalloz 2001, p. 133.
- *Eloge funèbre de la société à directeur en droit français*, Mélanges Lucien SIMONT, Bruylant, 2002, p. 733.
- *Administrateurs et dirigeants de sociétés*, J.-Cl. Resp. civ., Fasc. IX bis.

HABIRE-VERGNIERES (L.), *Les clauses de remboursement anticipé*, *RD. bancaire et bourse* n° 57, septembre/octobre 1996, 184.

HAEHL (J.-Ph.), *Diversité des moyens utilisés par les dirigeants de fait pour masquer l'exercice de leurs pouvoirs de direction*, *RTD com.* 1996, p. 539.

HAMEL (J.), *Les pouvoirs du président et du directeur général des sociétés anonymes d'après la loi du 4 mars 1943*, *GP.* 1943, 2, Doct. 59.

HANNOUN (C.),

- *Remarques sur la prescription de l'action en nullité en droit des sociétés*, *Rev. sociétés* 1991, p. 45.
- *L'action en nullité et le droit des sociétés (Réflexion sur les sources procédurales du droit de critique et leurs fonctions)*, *RTD com.* 1993.

HEINIS (M.), *La délégation de signature devant le juge administratif*, *Gaz. Pal.* 1999, Doctr. p. 526.

HELLERINGER (G.), *Le dirigeant à l'épreuve des opportunités d'affaires*, *D.* 2012, p. 1560.

HELOT (S.), *La place de l'intuitus personae dans la société de capitaux*, *D.* 1991, Chron. 143.

HENAFF (V.-G.), *La communauté de vie du couple légitime*, *RTD civ.* 1996, p. 551.

HENRY (L.-C.), *La notion de privilège de procédure dans la loi de sauvegarde*, *Rev. proc. coll.* n° 2, 2008, étude 15.

HERZOG, *Les responsabilités pénales encourues par les administrateurs de sociétés anonymes pour abus de biens sociaux et du crédit de la société*, *JCP* 1966, I, 2032.

HIEZ (D.), *Le statut juridique des entreprises non capitalistes à l'heure des choix*, *Rev. sociétés* 2012, p. 671.

HONORAT (A.), *L'action en comblement du passif social ne peut concerner les frais de réalisation de l'actif*, *D.* 1993, p. 319.

HOONAKKER (P.), *L'ouverture d'une procédure collective à l'encontre d'une société unipersonnelle oblige-t-elle l'associé unique au passif social ?*, *JCP éd. E* 2000, p. 933.

HOVASSE (H.),

- *La diversification des valeurs mobilières émises par les sociétés*, *Dr. sociétés* n° 12, Décembre 2000, comm. 181.
- *Les cautionnements donnés par les sociétés et l'objet social*, *Dr. et patr.*, 2001, p. 76.

HUBERT (D.), *De la nécessité d'un ordre du jour préalable dans les réunions du conseil d'administration de la société anonyme*, *Bull. Joly Sociétés* 1994 n° 12, § 358, p. 1286.

HUET (J.), *Un bienfait de l'histoire : la subrogation opérée par le débiteur pour le remboursement anticipé d'un prêt d'argent en cas de baisse des taux d'intérêt (art. 1250, 2°, C. civ.)*, *D.* 1999, chron. 303.

HUSSON (H.) et LESTIENNE (M.), *Le périmètre de la garantie : les personnes couvertes, les risques couverts*, *Bull. Joly Sociétés* 2010 n° 9, § 163, p. 775.

ICARD (Ph.), *Protection minimale pour cause de maladie liée à la grossesse*, *D.* 2006, p. 283.

IDOT (L.), *La notion d'entreprise*, *Rev. sociétés* 2001, p. 196.

INFOREG,

- *Conserver un savoir-faire dans l'entreprise grâce à la clause de dédit-formation*, *Cah. dr. entr.* n° 3, Mai 2007, prat. 14.
- *La prime d'émission lors des augmentations de capital dans les SA*, *Cah. dr. entr.* n° 6, Novembre 2008, prat. 23.
- *L'interdiction de gérer une entreprise commerciale depuis la LME*, *Cah. dr. entr.* 2010, prat. 18.
- *L'augmentation du capital dans les SARL au bénéfice exclusif de nouveaux investisseurs*, *Cah. dr. entr.* n° 2, Mars 2010, prat. 6.

IONASCO (T.-R.), *Les récentes destinées de la théorie de la cause dans les obligations*, *RTD civ.* 1931, p. 29.

ISSA-SAYEG (J.), *Réflexions et suggestions sur la mise en conformité du droit interne des Etats Parties avec les Actes uniformes de l'OHADA et réciproquement*, *Penant* 2005, n° 850, p. 6.

JAMIN (Ch.), *Une restauration de l'effet relatif du contrat*, *D.* 1991, chron. 257.

JEANTIN (M.),

- *Le nouveau régime des fusions et scissions de sociétés*, *JCP éd. E*, n° 17, 1988, 15169.
- *Le rôle du juge en droit des sociétés*, Mélanges PERROT, Dalloz 1996, p. 149.

JEULAND (E.), *L'expertise commerciale*, *D.* 2000, p. 209.

JOBERT (L.),

- *La notion d'augmentation des engagements des associés*, *Bulletin Joly Sociétés* 2004 n° 5, § 124, p. 627.
- *Le principe de responsabilité limitée*, *Bull. Joly Sociétés* 2007 n° 2, § 45, p. 225.

JOFFREDO (T.), THIBAUT (O.) et THOUATI (K.), *La réponse des praticiens, Pratique de la délégation de pouvoirs*, Nouvelles Editions Fiduciaires, 1996.

JOLIVET (G.), *Les délégations de pouvoirs au sein des SAS*, *JCP éd. E*, n° 13, 2010, 367.

JORDEAU-GRYMBERG (M.), *La notion de dirigeant d'entreprise*, Les Cahiers du Barreau de Paris, Janvier - Mars 1988, p. 5.

JOSSERAND (L.), *Force majeure et cas fortuit*, *DH* 1934, chron. 25.

- JULIENNE (M.), *Obligation naturelle et obligation civile*, D. 2009, p. 1709.
- KANTE (P. N.), *Le caractère d'ordre public du droit uniforme des sociétés commerciales en Afrique*, RTD com. 2010 p. 1.
- KASSIA (B. O.), *Le recul de la nullité dans l'acte uniforme sur les sociétés commerciales et le groupement d'intérêt économique*, Penant n° 848, p. 370.
- KAYSER (M. P.), *Les nullités d'ordre public*, RTD civ. 1933, p. 1130.
- KENDERIAN (F.), *La contribution aux pertes sociales*, Rev. sociétés 2003 p. 617.
- KENFACK (H.), *Effets du jugement prononçant la liquidation judiciaire d'une société*, D. 1998, p. 348.
- KENFACK DOUAJINI (G.),
- *La modification du Traité relatif à l'harmonisation du droit des affaires en Afrique, dit Traité OHADA, Revue camerounaise de l'arbitrage n°43 oct-nov-déc 2008*, p. 3.
 - *Le Traité OHADA révisé*, Penant n°872, 2010, p. 305.
- KIRRY (A.) et M.-C., *Dirigeant de société et prise de risque*, JCP éd. E, 2009, 1225.
- KIRSCH (M.), *Historique de l'Organisation pour l'Harmonisation du Droit des Affaires en Afrique (OHADA)*, Penant n°827 mai-août 1998, p. 129.
- KOM KAMUSU (M.), *Les Etats parties à l'OHADA et la sécurisation des entreprises commerciales*, Revue de droit uniforme, Vol. XV, 2010-1, p. 73.
- KONE (M.), *La notion de groupe de sociétés en droit OHADA*, Penant n° 856, juillet-septembre 2006, p. 285.
- KULLMANN (J.),
- *Amendes pénales et amendes administratives infligées au dirigeant : pour une assurance raisonnée*, JCP E 2009. 1226.
 - *Le périmètre de la garantie : les risques non couverts*, Bull. Joly Sociétés 2010, n° 9, p. 783, § 164.
- KRIEF-VERBAERE (C.), *Les obligations d'information dans le droit pénal des affaires. L'information, vecteur d'égalité et principe actif de fraternité*, RTD com. 1999 p. 586.
- KRIMMER (I.), *La clause de rachat*, JCP 1993 éd. E, I, 2223.
- KUATE TAMEGHE (S. S.), *Quelques ambiguïtés de l'expertise de gestion dans l'Acte uniforme OHADA relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique*, in Recueil d'Études sur l'OHADA et l'UEMOA, Vol. 1, Coll. Horizons Juridiques Africains, PUAM, 2010, p. 154.
- LACOMBE (J.), *Rép. Sociétés, v° Dividendes*.
- LAGARDE (X.),
- *Sur l'utilité de la théorie de la cause*, D. 2007, chron. p. 740.
 - *Retour sur les restitutions consécutives à l'annulation d'un contrat*, JCP éd. G, n° 16, 2012, 504.
- LAMARCHE (T.), *La notion d'entreprise*, RTD com. 2006, p. 720.
- LAMBERT (Th.), *L'exigence d'un prix sérieux dans les cessions de droits sociaux*, Rev. sociétés 1993, p. 11.
- LAMBERT-FAIVRE (Y.), *Réflexion sur la nature juridique des assurances de responsabilité*, Mélanges Jean VINCENT, Dalloz, 1981, p. 193.
- LAMETHE (D.), *Les paradoxes des administrateurs indépendants*, D. 2010, p. 508.
- LAMOUR (M.-P.), *La responsabilité personnelle des associés*, D. 2003, p. 51.
- LANGLADE (J.-P.), *Le pouvoir de fournir des sûretés dans les sociétés anonymes*, RTD com. 1972, p. 358.
- LAOUEANAN (O.), *Les golden parachutes dans les sociétés anonymes*, Petites affiches 2004, n° 150, p. 12.
- LAPLANE (B.) et URBAIN (Q.), *Les juges et la décision de gestion : un sujet à controverse*, in *Le juge et la décision de gestion*, sous la direction de A. LYON-CAEN et Q. URBAIN, Dalloz, 2006, p. 7.
- LAPOYADE-DESCHAMPS (C.), *La liberté de se retirer d'une société*, D. 1978. Chron. 123.
- LAPRADE (F. M.), *La rémunération des dirigeants sociaux au travers d'instruments financiers*, Bull. Joly Sociétés 2008, n° 6, p. 542, § 117.
- LARCENA (A.) et ELINEAU (A.), *Pratique des délégations de pouvoirs : règles et évolutions récentes de cet outil de répartition des pouvoirs et responsabilités*, Dr. sociétés n° 2, Février 2012, étude 4.
- LARROUMET (Ch.), *Le vendeur bénéficiaire d'une clause de réserve de propriété peut-il revendiquer sans avoir déclaré sa créance à la procédure collective de l'acheteur ?*, D. aff. n° 20/1996, p. 603.
- LASSERRE CAPDEVILLE (J.),
- *Le risque pénal du compte courant d'associé*, Bull. Joly Sociétés 2010, p. 610, § 126.
 - *Nouvelles précisions sur le délit d'abus de confiance*, D. 2010, p. 2820.
 - *Un an de droit pénal des affaires (décembre 2009-décembre 2010)*, Rev. Lamy dr. aff. 2011, 59.
- LAURENT (J.),
- *La notion d'augmentation des engagements des associés*, Bull. Joly Sociétés 2004 n° 5, § 124, p. 627.
 - *Le principe de responsabilité limitée*, Bull. Joly Sociétés 2007 n° 2, § 46, p. 225.
- LAURENT (Ph.), *Le salaire des dirigeants sociaux titulaires d'un contrat de travail*, Gaz. Pal. 1978, 1, Doctr., 146.
- LAURENT-MERLE (I.), *Le secret des données médicales et la protection de la vie privée : un secret de polichinelle ?*, D. 2000 p. 521.

LAURIN (B.), *La GmbH, un modèle de forme sociale*, JCP éd. E, 2012, 1043.

LE BARS (B.) et MARTOR (B.), *Management et financement de la société anonyme de droit OHADA*, *Petites affiches* 2004, n° 5, p. 12.

LE BATTEUX (P.), *La protection de l'acquéreur immobilier par la pratique du référé-provision*, *Gaz. Pal.* 1976, 2, doc. 584.

LE CANNU (P.),

- « Le décret n° 84-406 du 30 mai 1984 relatif au registre du commerce et des sociétés : un peu plus qu'une remise en ordre », *Petites Affiches*, 11 septembre 1984, n° 104.
- *Le règlement intérieur de société*, *Bull. Joly Sociétés* 1986, p. 723.
- *La protection des administrateurs minoritaires*, *Bull. Joly Sociétés* 1990, n° 6, § 134, p. 511 .
- *Inexistence ou nullité des sociétés fictives*, *Bull. Joly Sociétés* 1992, § 274, p. 875.
- *Le principe de contradiction et la protection des dirigeants*, *Bull. Joly Sociétés* 1996, p. 11, § 2.
- *Rémunérations des dirigeants de sociétés anonymes et contrôle des conventions*, *Bull. Joly Sociétés* 1996, p. 567, 203.
- *Les précisions apportées par le droit des procédures collectives au régime de la délégation de pouvoir dans une société*, *Bull. Joly Sociétés*, 1997, § 243, p. 628.
- *Nullité et participation des associés aux décisions collectives*, *RJDA* 12/98, p. 987.
- *La société et les groupes de sociétés pendant la période d'observation*, *Petites affiches* 2002, n° 7, p. 48.
- *La canalisation des nullités subséquentes en droit des sociétés*, *Mélanges P. BEZARD*, Montchrestien, 2002, p. 113.
- *La loi pour l'initiative économique et le droit des sociétés*, *Rev. sociétés* 2003 p. 409.
- *Nouvel élément dans la définition du contrôle par l'article L. 233-3 du code de commerce (art. 33-I, L. n° 2005-842, 26 juill. 2005 pour la confiance et la modernisation de l'économie)*, *RTD com.* 2005 p. 775.
- *Les lettres d'intention conquises par le code civil (Ord. n° 2006-346 du 23 mars 2006 relative aux sûretés, art. 4 et 7 ; art. 2287-1 et 2322 c. civ.)*, *RTD com.* 2006 p. 421.

LE CORRE (P.-M.),

- *La poursuite des associés de sociétés sous procédures collective par les créanciers*, JCP éd. E, 2008, p. 1326.
- *Variations sur la convocation personnelle du dirigeant recherché en comblement de l'insuffisance d'actif*, *Gaz. Pal.* 2009, n° 118, p. 3.
- *La créance non déclarée et la clôture de la liquidation judiciaire pour extinction du passif exigible*, JCP éd. E, n° 16, 2011, 1318.

LE GAC-PECH (S.), *La figure contractuelle en droit du travail*, *D.* 2005, p. 2250.

LE NABASQUE (H.),

- *La force obligatoire du rapport d'expertise dans la procédure d'agrément*, *Dr. sociétés*, décembre 1992, p. 2.
- *La fusion après acquisition peut constituer un abus de pouvoirs*, *RJDA* 5/96, p. 436.
- *Le développement du devoir de loyauté en droit des sociétés*, *RTD com.* 1999, p. 273.
- *Les augmentations de capital avec maintien du droit préférentiel de souscription des actionnaires*, *Rev. sociétés* 2004, p. 491.
- *Le régime juridique de la répartition des titres entre les actionnaires dans la figure de la scission partielle*, *Rev. sociétés* 2006, p. 779.
- *Nullité des actes et délibérations ne modifiant pas les statuts : cherchez la loi impérative !*, *Bull. Joly Sociétés* 2010, p. 651.

LE NORMAND (S.), *La modification des statuts par le dirigeant*, *Dr. sociétés* Août-septembre 2012, p. 11.

LEBEL (Ch.), *L'obligation aux dettes sociales des associés en cas de défaillance de la société débitrice*, *Mélanges Daniel TRICOT*, Litec, 2011, p. 496.

LEBLOND (J.),

- *Les pouvoirs respectifs de l'Assemblée générale, du Conseil d'administration, du Président-Directeur général, et du Directeur-général adjoint, dans la Doctrine institutionnelle*, *Gaz. Pal.* 1957, doct., 2, p. 29.
- *De la réunion de toutes les parts ou actions d'une société entre les mains d'une seule personne au point de vue juridique et fiscal*, *RTD com.* 1963, p. 417.

LEBRATY (J.), *Décision et organisation*, *Mélanges André Breton et Fernand Derrida*, éd. Dalloz, 1991, p. 220.

LECERF (M.), *Rapide survol de deux siècles d'évolution du droit francophone des sociétés commerciales*, in *Mélanges Jean PAILLUSSEAU*, Aspects organisationnels du droit des affaires, Dalloz, 2003, p. 328.

LECOMPTE (H.),

- *La société anonyme à directoire*, *RTD com.* 1968, p. 243.
- *Etudes de divers problèmes concernant les sociétés à directoire*, *Mélanges BASTIAN*, 1974, p. 145.

LECOURT (A.), *Retour sur la démission des dirigeants de groupements*, *Dr. sociétés* n° 7, 2006, étude 15.

LECOURT (B.),

- *De l'utilité de l'action paulienne en droit des sociétés*, *Mélanges Y. GUYON*, Aspects actuels du droit des affaires, Dalloz, 2003, p. 615.

- *La gratuité et le droit des affaires*, *RTD com.* 2012, p. 455.
- LEGEAIS (D.),
- *Réforme des sûretés (Ordonnance du 23 mars 2006)*, *RTD com.* 2006 p. 636.
 - *La caution dirigeante*, *Mélanges B. BOULOC, Les droits et le Droit*, Dalloz, 2007, p. 599.
- LÉGER (M.), *Comment créer l'audit du XXI^e siècle ? Quelques pistes de réflexion...*, *Petites affiches*, 03 mars 2011 n° 44, p. 27.
- LEGRAND (M.-N.), *Les pouvoirs du débiteur dessaisi*, *Rev. proc. coll.* 1991, p. 11.
- LEGREZ (Ph.), *Une nouvelle ambition : transformer les Directions Juridiques en « centres de profit »*, *JCP éd. E*, n° 42, 2012, 1621.
- LEGROS (B.), *La protection jurisprudentielle du dirigeant social caution*, *Rev. sociétés* 1998, p. 281.
- LEGROS (C.), *Plaidoyer pour l'exclusion des lettres d'intention du champ d'application de l'art. L. 98, al. 4 du 24 juill. 1966*, *Petites Affiches*, 20 déc. 1999, n° 252, p. 9.
- LEGROS (J.-P.),
- *La nullité des décisions de sociétés*, *Rev. sociétés* 1991, p. 27.
 - *Comment éviter la nullité d'une délibération sociale ?*, *Petites affiches*, 02 avril 2002 n° 66, p. 7.
 - *Efficacité de la délégation de pouvoirs consentie par un PDG avant la réforme de 2001*, *Droit des sociétés* n° 10, Octobre 2009, repère 9.
 - *L'auteur de la déclaration de créances d'une société étrangère*, *Dr. sociétés* n° 5, Mai 2010, comm. 101.
- LEOBON (T.), *La partie déclarative des conventions de garantie de passif*, *JCP E* 2010, 1391.
- LETURMY (L.), *La responsabilité délictuelle du contractant*, *RTD civ.* 1998, p. 839.
- LIBCHABER (R.), *La société, contrat spécial*, *Dialogues avec M. JEANTIN*, Dalloz, 1999, p. 281.
- LIENHARD (A.),
- *Les assouplissements du régime de la SARL (ordonnance du 25 mars 2004)*, *D.* 2004 cahier n° 13, p. 930.
 - *Condition de la confusion des patrimoines d'une filiale et de la société holding*, *D.* 2004, p. 2500.
 - *Responsabilité personnelle du dirigeant à l'égard d'un créancier*, *D.* 2006, p. 857.
- LIKILLIMBA (G.-A.), *Le préjudice individuel et/ou collectif en droit des groupements*, *RTD com.* 2009, p. 1.
- LOBE LOBAS (M.), *L'engagement volontaire RSE au service de la preuve pénale*, *Environnement et développement durable*, n° 3, Mars 2014, étude 4.
- LOGEAIS (Y.-E.), *La protection sociale complémentaire des dirigeants*, *Bull. Joly Sociétés* 2010, n° 11, § 205, p. 937.
- LOISEAU (G.), *Co-emploi et groupes de sociétés*, *JCP S* 2011, n° 47, 1528.
- LOKIEC (P.),
- *La modification du contrat de travail*, *Les leçons du droit anglais*, *Rev. trav.* 2006, p. 76.
 - *La décision et le droit privé*, *D.* 2008 p. 2293.
- LAOUENAN (O.), *Les golden parachutes dans les sociétés anonymes*, *Petites affiches* 2004, n° 150, p. 12.
- LOUKAKOU (D.), *Les conventions réglementées dans les sociétés commerciales de l'espace OHADA*, *Rev. Penant* 2004, n° 848, p. 333.
- LOY (M.), *L'augmentation de capital sans droit préférentiel de souscription par placement privé. - (Ordonnance n° 2009-80 du 22 janvier 2009)*, *JCP éd. E*, n° 31, 2009, 1766.
- LUCAS (F.-X.),
- *Interrogations sur la qualité de commerçant de l'associé en nom*, *Mélanges A. HONORAT*, éd. Frison-Roche, 2000, p. 281.
 - *L'avenir de la révocabilité ad nutum des dirigeants sociaux*, *Dr. sociétés* n° 11, Novembre 2001, somm. 100010.
 - *Y a-t-il ou non transmission universelle, à un associé unique, du patrimoine d'une société unipersonnelle dissoute par l'effet d'un jugement de liquidation judiciaire ?*, *Rev. proc. coll.* 2002, p. 73.
 - *Le principe du contradictoire en droit des sociétés*, in *Libertés et droits fondamentaux*, 10^e éd., Dalloz, 2004, p. 663.
 - *Responsabilité du banquier : le banquier, administrateur de fait par personne interposée*, *Dr. société* 2004, chron. n° 14.
 - *La notion de passif exigible*, *D.* 2004, p. 2143.
 - *Pour en finir avec la peine de mort infligée aux sociétés*, *Bull. Joly Sociétés* 2008, p. 371, éditorial.
- LYON-CAEN (G.),
- *Les cadres*, *D.* 1961, chron., p. 111.
 - *Observations sur le licenciement dans les groupes internationaux de sociétés*, *Rev. crit. DIP* 1974, p. 439.
 - *Quand cesse-t-on d'être salarié ? (Le salarié-employeur)*, *D.* 1977, chron. 109.
 - *Le droit et la gestion des compétences*, *Dr. soc.* 1992, p. 573.
 - *Encore la rémunération des P-DG*, *D. Aff.* n° 6/1996, p. 163.
 - *Le pouvoir dans l'entreprise*, in *Le pouvoir de chef d'entreprise*, (sous dir. Jean PELISSIER), Dalloz 2002, p. 3.
- MAGNIER (V.),
- *Qu'est-ce qu'un administrateur « prudent et diligent » ?*, *Bull. Joly Sociétés* 2012, n° 1, p. 75.

- *Mouvements et inerties en matière de conflits d'intérêts dans le cadre du droit des sociétés*, JCP 2012, supp.au n° 52, 34.
- MAHOUE (M.), *Le système pénal OHADA ou l'uniformisation à mi-chemin*, Penant n° 846, 2004, p. 92.
- MAJEROMICZ (S.), *L'exclusion de l'associé en l'absence de clause statutaire*, Petites affiches, 1991, n° 65, p. 1.
- MALECKI (C.),
- *Les dirigeants des filiales*, Rev. sociétés 2000, p. 453.
 - *Cumul des mandats : la réforme de la loi NRE*, D. 2002, chron. p. 3066.
 - *Cumul des mandats sociaux et cumul des dérogations : quel décompte ?*, D. 2002, p. 3194.
 - *Loi NRE : vers une réforme de quelques singularités relatives au cumul de mandats*, Petites affiches, 14 oct. 2002, n° 205, p. 3.
 - *Prévenir ou guérir ?*, Remarques sur les propositions des rapports AFEP/ANSA/MEDEF et CCIP relatives à la prévention des conflits d'intérêts, D. 2004, p. 43.
- MANIN (F.), *Les incertitudes du référé injonction de faire en droit des sociétés*, Rev. sociétés 2004, p. 1.
- MANSY (F.), *La notion d'emploi effectif et ses conséquences sur le maintien du contrat de travail des dirigeants sociaux*, Rev. des sociétés 1987, p. 1.
- MARECHAL (J.-Y.), *Plaidoyer pour une responsabilité pénale directe des personnes morales*, JCP éd. G, n° 38, 2009, 249.
- MARIE (R.), *Mise à disposition par les associations intermédiaires et requalification en CDI*, Rev. dr. travail 2011, p. 497.
- MARMOZ (F.), *Le refus de sanctionner par la nullité la délibération d'un organe social adoptée en violation d'une disposition statutaire*, D. 2010, p. 2405.
- MARSIN-ROSE (R.), *Regards sur l'obligation de non-concurrence en droit des sociétés*, JCP éd. E, n° 48, 29 Novembre 2012, 1713.
- MARTIN (D.) et FAUGEROLAS (L.), *Les pactes d'actionnaires*, JCP éd. E, n° 24, 15 Juin 1989, 15526, n° 22.
- MARTOR (B.), *L'uniformisation du droit des affaires en Afrique par l'OHADA*, JCP – Cah. dr. entr., n°5 2004, p. 5.
- MARTIN (D.),
- *Les pouvoirs des gérants des sociétés de personnes*, RTD com. 1973, p. 190.
 - *La démission des organes de gestion dans les sociétés commerciales*, Rev. sociétés 1973, p. 273.
 - *La coopération conjugale dans l'entreprise familiale (Commentaire de la loi n° 82-596 du 10 juillet 1982)*, D. 1982, chron. p. 293.
 - *L'exclusion d'un actionnaire*, RJ com., n° spécial, 1990, p. 94.
 - *La loyauté dans l'exécution du contrat*, Gaz. Pal. 2012, 24 mai 2012, n° 145, p. 67.
- MARTIN (D.) et BUGE (G.), *L'intérêt social dans le contentieux des ordonnances sur requête, en référé et en la forme des référés*, RTD com. 2010, p. 481.
- MARTIN (D. R.), *L'engagement de codébiteur solidaire adjoint*, RTD civ. 1994, p. 49.
- MARTIN (R.), *Le refoulement de la cause dans les contrats à titre onéreux*, JCP éd. G, I, 1983, 3100.
- MARTIN-SERF (A.), *La responsabilité civile des dirigeants sociaux : un nuancier de plus en plus subtil*, Mélanges Jean-Pierre SORTAIS, Bruylant, 2002, p. 385.
- MARTINEAU-BOURGNINAUD (V.), *Le mythe de la transparence en droit des sociétés. Réflexions sur les stock-options accordées aux mandataires sociaux*, D. 2004, p. 862.
- MARYAM (G.), *Les contours de l'autorisation préalable du conseil d'administration dans le cadre de l'article 101 de la loi du 24 juillet 1966(C. com., art. L. 225-38)*, Bull. Joly Sociétés 2000, n° 11, p. 1017.
- MASAMBA (R.), *L'OHADA et le climat d'investissement en Afrique*, Penant n°855 avril-juin 2006, p. 137.
- MASCALA (C.),
- *La délégation : cause d'exonération de la responsabilité pénale des dirigeants*, Bull. Joly Sociétés 1998, § 38, p. 93.
 - *Nouvelles illustrations de la notion de dirigeant de fait*, RTD com. 2001, p. 241.
- MASSART (Th.),
- *Aspects sociétaires de l'ordonnance du 25 mars 2004 portant simplification du droit des formalités pour les entreprises*, Bull. Joly 2004, p. 743.
 - *La société sans apport*, Mélanges P. DIDIER, Economica, 2008, p. 289.
- MATHEY (N.), *La responsabilité sociale des entreprises en matière de droits de l'homme*, Cah. dr. entr. n° 3, Mai 2010, dossier 13.
- MATHIEU (Ch.), *Le congé parental d'éducation peut être prolongé au-delà du délai légal*, D. 2004, p. 2192.
- MATHIEU (G.), *L'acte contraire à l'intérêt social en matière d'abus de biens sociaux*, Gaz. Pal. 2002, doct. 2002, p. 1045.
- MATSOPOULOU (H.),
- *Le renforcement de l'efficacité des contrôles effectués par le commissaire aux comptes*, Rev. sociétés 2003, p. 807.
 - *Le renforcement de l'indépendance des commissaires aux comptes*, Rev. sociétés, 2003, p. 813.
 - *La généralisation de la responsabilité pénale des personnes morales*, Rev. sociétés 2004, p. 283.
 - *Le retour en grâce de l'intérêt personnel dans l'abus de biens sociaux*, D. 2005, chron. 2075.

- *Réflexions sur la faillite personnelle et l'interdiction de gérer après les ordonnances récentes de 2004 et 2005, et la loi de sauvegarde des entreprises du 26 juillet 2005*, D. 2007, p. 104.
- *Réflexions sur la faillite personnelle et l'interdiction de gérer*, D. 2007, p. 110.
- *La banqueroute (Quelques aspects d'actualisation)*, Petites affiches 2008, n° 122, p. 30.
- *Banqueroute et autres infractions assimilées*, J.-Cl. Lois pénales spéciales, Fasc. 20, Cote : 01, 2008.

MATTOUT (J.-P.), *Information financière et responsabilité des dirigeants*, Dr. sociétés n° 12, déc. 2004, étude 19.

MAUBRU (B.),

- *Entreprises familiales*, Defrénois 1984, p. 65.
- *Les sociétés créées de fait entre époux*, Mélanges offerts à J. DERRUPPE, p. 275, Litec 1991.
- *L'agrément du conjoint de l'associé*, Defrénois 1985, p. 801.

MAYER (D.), *Essai d'analyse de la responsabilité pénale des personnes morales à partir de la conception fonctionnelle des sociétés commerciales adoptée par Michel Jeantin*, Mélanges JEANTIN, p. 291.

MAZUYER (E.), *Dol du créancier : réticence dolosive et manquement à l'obligation d'information*, D. 2004, p. 262.

MEKKI (M.), *Existe-t-il un jus commune applicable aux clauses du contrat de travail ?*, Rev. trav. 2006, p. 293.

MEMAN (F.), *La société unipersonnelle dans le droit des sociétés commerciales OHADA : une législation à parfaire*, Penant n° 868, juillet-septembre 2009, p. 335.

MERCIER (V.), *Responsabilité sociétale des entreprises et droit des sociétés : entre contrainte et démarche volontaire*, Dr. sociétés n° 4, Avril 2011, étude 6.

MERLE (Ph.),

- *Contrat de management et organisation des pouvoirs dans la société anonyme*, D. 1975, p. 245.
- *L'abus de minorité*, RJ com., n° spécial, nov. 1991, p. 81.
- *Les conventions au sein des groupes*, Petites affiches, 04 mai 2001 n° 89, p. 49.

MESTRE (J.),

- *Du contrat conclu apparemment pour soi-même mais effectivement pour autrui*, RTD civ. 1990 p. 268.
- *Du contrat conclu apparemment pour autrui mais effectivement pour personne*, RTD civ. 1990 p. 270.
- *Force majeure et sort du lien contractuel*, RTD civ. 1990, p. 658.
- *L'économie du contrat*, RTD civ. 1996, p. 901.
- *La réalisation des conditions de la confirmation est soumise au contrôle de la Cour de cassation*, RTD civ. 1997 p. 117.
- *La société est bien encore un contrat...*, Mélanges Christian MOULY, Litec, 1998, p. 131.

MEUKE (B. Y.), *De l'intérêt social dans l'AUSC de l'OHADA*, Penant n° 860, 2007, p. 338.

MICHA-GOUDET (R.), *Inopposabilité des cautions, avals et garanties irrégulièrement donnés par le président du conseil d'administration : une sanction critiquable*, JCP éd. E 1998, p. 840.

MICHEL (J.), *La loi du 4 mars 1943 relative aux sociétés par actions*, Gaz. Pal. 1943, 2, doc. p. 39.

MIELLET (D.),

- *Une société peut-elle embaucher par contrat de travail le futur directeur général d'une filiale ?*, JCP E 1998. 110.
- *Liberté statutaire et contrôle de la révocation des mandataires sociaux "protégés"*, JCP éd. E, 1999, I, p. 1278.
- *Les clauses d'indemnisation au profit des mandataires sociaux tendent-elles à être reconnues*, JCP éd. E, n° 5, 2001, p. 212.

MINET (C.), *La protection des travailleurs détachés dans le cadre d'une prestation de services transfrontalière*, D. 2002, p. 3303.

MIRBEAU-GAUVIN (J.-R.), *Le remboursement anticipé du prêt en droit français*, D. 1995, chron. 46.

MODI KOKO BEBEY (H.-D.),

- *La réforme du droit des sociétés commerciales de l'OHADA*, Rev. sociétés 2002, p. 255.
- *Le contrôle de la gestion des filiales par la société mère dans le droit uniforme des sociétés en Afrique*, Mélanges Y. GUYON, Dalloz, 2003, p. 846.

MOLFESSIS (N.), *La nature juridique des recommandations patronales*, RTD civ. 2000, p. 200.

MONNET (J.),

- *Organisation de l'entreprise et interdiction d'augmenter les engagements des associés*, Aspects organisationnels du droit des affaires, Mélanges PAILLUSSEAU, Dalloz, 2003, p. 403.
- *Qualité de commerçant de l'associé en nom : un repère en discussion*, Dr. sociétés mars 2005. Repère 3.
- *Assurance et faute séparable des fonctions de dirigeant de la société*, Dr. sociétés novembre 2007, repère 1.

MONEYANG (S. N.), *Réflexion sur l'égalité des créanciers dans les procédures collectives OHADA*, Rev. proc. coll. n° 4, 2010, étude 22.

MONTERAN (Th.), *Crise financière et défaillances d'entreprises*, Gaz. Pal. 2009, n° 22, p. 15.

MORET-BAILLY (J.),

- *Qu'est-ce la déontologie*, in *Droit et Déontologie de la profession d'avocat*, L.G.D.J, 2008, p. 49
- *Définir les conflits d'intérêts*, D. 2011 p. 1100.

MORTIER (R.),

- *Le rachat d'actions au service de l'actionnariat des salariés*, *Dr. sociétés* n° 5, Mai 2007, étude 6.
- *Actes de dispositions et actes d'administration en droit des sociétés*, *Dr. sociétés* 2009, repère 3.

MORVAN (P.),

- *Délégations de pouvoirs en matière pénale dans la société anonyme à directoire*, *JCP éd. E*, n° 44, 2008, 2337, n° 17.
- *La fin des bonus discrétionnaires ou l'égalité par le bas*, *JCP éd. E* 2009, 1558.
- *Le licenciement des salariés d'une filiale (action Aspocomp) . - Entre employeur et co-employeurs*, *JCP S*, n° 41, 2010, 1407.
- *Co-emploi dans les groupes*, *JCP S* 2012, n° 6, 1052.

MOULIN (J.-M.) et COLLIOT (S.), *La vie des délégations de pouvoirs dans l'entreprise*, *Bull. Joly Sociétés* 2012, n° 10, § 398, p. 747.

MOULOINGUI (Cl.), *L'élément moral dans la responsabilité des personnes morales*, *RTD com.* 1994, p. 443.

MOURY (J.),

- *Des clauses restrictives de la libre négociabilité des actions*, *RTD com.* 1989, p. 206.
- *Des ventes et des cessions de droits sociaux à dire de tiers (étude des articles 1592 et 1843-4 du code civil)*, *Rev. sociétés* 1997, p. 455.
- *Une embarrassante notion : l'économie du contrat*, *D.* 2000, p. 382.

MOUSSERON (J.-M.), *La gestion des risques par le contrat*, *RTD civ.* 1988, 481.

MUKA TSHIBENDE (L.-D.),

- *Le processus d'adhésion de la République Démocratique du Congo à l'OHADA*, *Revue congolaise de droit et des affaires*, ed. spéciale, mars 2010, p. 67.
- *Harmonisation et simplification du droit francophone des affaires*, in *Recueil d'Etudes sur l'OHADA et l'UEMOA*, Coll. Horizons Juridiques Africains, Vol. I, PUAM, p. 13.
- *La sécurité juridique et judiciaire issue du droit O.H.A.D.A.*, in *Recueil d'Etudes sur l'OHADA et l'UEMOA*, Coll. Horizons Juridiques Africains, Vol. I, PUAM, p. 43.

MULLER-LAGARDE (Y.), *Les sanctions pénales de la rémunération excessive du dirigeant social*, *Rev. Lamy dr. aff.* 2009, 34.

NAJJAR (I.),

- *L'autonomie de la lettre de confort*, *D.* 1989, chron. 217.
- *Mandat et irrévocabilité*, *D.* 2003, p. 712.

NAVARRO (J.-L.), *Suggestions pour une amélioration des régimes de responsabilité civile des dirigeants sociaux*, *Petites affiches* 2007, n° 154, p. 39.

NEMEDEU (R.), *Le principe d'égalité des créanciers : vers une double mutation conceptuelle (Etude à la lumière du droit français et Ohada des entreprises en difficulté)*, *RTD com.* 2008, p. 241.

NGAGNE (F.), *La sécurisation des investissements des entreprises en Afrique francophone : le droit O.H.A.D.A. - Compte rendu du colloque organisé par le Centre de droit Economique (C.D.E.) - le 20 mars 2009*, in *Recueil d'Etudes sur l'OHADA et l'UEMOA*, Coll. Horizons Juridiques Africains, Vol. I, PUAM, 2010, p. 35.

NGUIHE KANTE (P.), *Le caractère d'ordre public du droit uniforme des sociétés commerciales en Afrique*, *RTD com.* 2010, p. 1.

NJANDEU (M.-A.) née MOUTHIEU, *Quelques mécanismes juridiques concourant à la protection de la société, entité économique, dans l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique (AUSC)*, *Revue africaine des sciences juridiques* 2008, Vol. 5, n° 1, 129.

NJEUFAK TEMGWA (R.), *L'acte social irrégulier en droit des sociétés commerciales OHADA*, *Recueil d'Etudes sur l'OHADA et l'UEMOA*, Vol. 1, PUAM, p. 197.

NOTTE (G.),

- *La notion de dirigeant de fait au regard du droit des procédures collectives*, *JCP CI* 1980, II, 8560.
- *Les clauses dites de garantie de passif dans les cession de droits sociaux*, *JCP G* 1985, I, 3193.
- *Dirigeants de sociétés anonymes, cumul de mandats*, *Dr. sociétés* n° 12, Décembre 2002, chron. 14.

NURIT-PONTIER (L.),

- *Le statut social des dirigeants de sociétés*, *JCP éd. E*, 2002, p. 222.
- *La détermination statutaire du capital social : enjeux et conséquences*, *D.* 2003, p. 1612.
- *L'obligation aux dettes sociales des associés à risque illimité*, *Bull. Joly Sociétés* 2008, n° 2, p. 152.
- *Pouvoirs et risque du dirigeant*, in *Risques d'entreprise : quelle stratégie juridique ?*, (sous dir. L. NURIT-PONTIER et S. ROUSSEAU), L.G.D.J., 2012, p. 5.

OLIVIER (G.), *Attribution gratuite d'actions : focus sur quelques difficultés d'application*, *Gaz. Pal.* 2008, p. 2.

OLLARD (R.), *Du sens de l'évolution de l'abus de confiance : la propriété, toutes les propriétés mais rien que la propriété*, *Dr. pén.*, n° 4, 2012, étude 9.

OLLIER (P.-D.), *Le directeur général adjoint de la société anonyme*, *RTD com.* 1961, 533.

OPPETIT (B.),

- *La prise de contrôle d'une société au moyen d'une cession d'actions*, JCP 1970. 2361.
- *Les cessions de droits sociaux emportant le transfert du contrôle d'une société : essai de synthèse*, Rev. sociétés 1978, p. 631.
- *L'engagement d'honneur*, D.S. 1979, chron. 107.
- *L'endettement et le droit*, Mélanges A. BRETON et F. DERRIDA, Dalloz, 1991, p. 300.
- *Ethique et vie des affaires*, Mélanges COLOMER, 1993, p. 319.

OUEDRAOGO (H. M. G.), *L'administration provisoire des sociétés commerciales*, Rev. Burkinabè de droit, n° 24, décembre 1993, p. 202.

PACLOT (Y.), *Les rémunérations des dirigeants des sociétés cotées en question*, D. 2007, p. 1670.

PACLOT (Y.) et ROUSSEL GALLE (Ph.), *Quelques remarques sur la réparation du préjudice d'une société dissoute par l'effet d'une liquidation judiciaire*. - (à la suite de l'arrêt rendu par la chambre commerciale de la Cour de cassation le 13 mars 2007), JCP éd. E, n° 37, 11 Septembre 2008, 2101.

PAGNERRE (Y.), *L'extension de la théorie des co-employeurs, source de destruction du droit du travail*, JCP S 2011, n° 39, 1423.

PAGNUCCO (J.-Ch.), *L'obligation à la dette de l'associé indéfiniment responsable*, RTD com. 2012, p. 55.

PAILLET (E.), *L'activité de la société en formation*, Rev. sociétés 1980, p. 419, 421.

PAILLUSSEAU (J.),

- *Les fondements du droit moderne des sociétés*, JCP 1984, 3148.
- *L'E.U.R.L. ou des intérêts pratiques et des conséquences théoriques de la société unipersonnelle*, D. 1986, chron. 324.
- *La cession de contrôle*, JCP 1986, I, 3224, n° 83.
- *Le big bang du droit des affaires à la fin du XX^e siècle (ou les nouveaux fondements et notions du droit des affaires)*, JCP 1988, p. 3330.
- *Quel droit pour les entreprises dans les pays en voie de développement ?*, in *Droit des entreprises en difficulté*, Bruylant, 1991, p. 44.
- *La cession de contrôle et la situation financière de la société cédée (de la nature juridique du contrôle et de la cession de contrôle)*, JCP 1992, I, 3578.
- *Le droit moderne de la personnalité morale*, RTD civ. 1993, p. 705.
- *L'efficacité et la sécurité des opérations de cession de contrôle*, Dr. et patrimoine, févr. 1994, p. 32.
- *La cession de contrôle : une unification de la jurisprudence est-elle possible ?* Mélanges en l'honneur de H. BLAISE, Economica, 1995, p. 363.
- *La modernisation du droit des sociétés commerciales « Une reconception du droit des sociétés commerciales »*, D. 1996, p. 287.
- *Entreprise, société, actionnaires, salariés, quels rapports ?*, D. 1999, Chron. p. 157.
- *La notion de groupe de sociétés et d'entreprises en droit des activités économiques*, D. 2003, p. 2346.
- *La corporate governance, A propos du rapport Bouton*, D. 2002, p. 2722 ; J.-J. Caussain, *Petit glossaire de la Corporate Governance*, Droit des sociétés, n° 12, 2004, étude 20.
- *Le droit de l'OHADA : un droit très important et original*, JCP – Cah. dr. entr., n°5 2004, p. 1.
- *La garantie de conformité dans les cessions de contrôle*, JCP E 2007, 1238, p. 29.

PAISANT (G.),

- *Dix ans d'application de la réforme des articles 1152 et 1231 du code civil relative à la clause pénale (loi du 9 juillet 1975)*, RTD civ. 1985, p. 647.
- *Clauses pénales et clauses abusives après la loi du 1^{er} février 1995*, D. 1995, chron. 223.

PANDJA POLLA (G.), *La perte des capitaux propres*, Penant n° 848, 2004, p. 349.

PANSIER (J.-M.), *Abus de procédure*, JCP éd. G 1983, I, 3105.

PASCUAL (I.), *La prise en considération de la personne physique dans le droit des sociétés*, RTD com. 1998, p. 273.

PASQUALINI (F.),

- *Le choix de la forme sociale*, Mélanges Paul DIDIER, Economica, 2008, p. 367.
- *Les conventions extra-statutaires, outils de modulation de la rémunération des associés*, Rev. sociétés 2010, p. 79.

PASQUALINI (F.) et PASQUALINI-SALERNO (V.), *Les sociétés entre époux*, JCP éd. E 1999, p. 1858.

PATARIN (J.), *Le particularisme de la théorie des preuves en droit pénal*, in *Quelques aspects de l'autonomie du droit pénal*, (sous dir. G. STEFANI), Dalloz, 1956, p. 62.

PATAUT (E.), *Le licenciement dans les groupes internationaux de sociétés*, Aspects de droit international privé et de droit de l'Union européenne, Rev. trav. 2011, p. 14.

PAUL (E.) et TROUSSET (J.-L.), *La présentation des candidatures au conseil d'administration*, JCP éd. E, n° 30, 2000, p. 1219.

PERCEROU (J.), *Commentaire de l'article 11 de la loi du 4 mars 1943*, D. A. 1943, L. 61.

- PERDRIAU, *Sanction du non-accomplissement des diligences demandées par la Cour de cassation*, JCP éd. G, n° 20, 2001, I, 320, p. 991.
- PEREZ (J. M.), *Esquisse sur la responsabilité civile des dirigeants sociaux en droit américain*, Rev. sociétés 2003, p. 197.
- PEREZ (J. M.) et MAZERON (F.), *Dangers de la qualification de dirigeant de fait pour les acteurs du Private Equity*, JCP éd. E, n° 44, 2012, 1653.
- PÉTEL (Ph.),
- *Rép. civil*, VIII, v° Représentation.
 - *Pour une relecture de l'article L.621-32 du Code de commerce (ancien article 40 de la loi du 25 janvier 1985)*, in *Aspects actuels du droit des affaires, Mélanges en l'honneur de Y. GUYON*, Dalloz, 2003, p. 917.
- PETIT (B.),
- *Le sort du contrat de travail des directeurs généraux*, Dr. social 1991, n° 465
 - *Cumul d'un contrat de travail et d'un mandat social*, Rép. Trav., Dalloz.
- PETIT (P.), *La suspension du contrat de travail des dirigeants de société anonyme*, RTD com. 1981, p. 29.
- PETIT (B.) et REINHARD (Y.), *Responsabilité civile des dirigeants*, RTD com. 1997, 282.
- PIC (P.), *Le problème de la gestion collective dans les SARL*, D.H. 1928, Chron. p. 73.
- PICAND-L'AMEREC (A.), *L'autorémunération du président du conseil d'administration*, Bull. Joly Sociétés 1988, p. 319.
- PICOD (Y.),
- *L'obligation de coopération dans l'exécution du contrat*, JCP éd. G, 1988.
 - *Devoir de loyauté des dirigeants de sociétés*, D. 2003, p. 1032.
- PIEDELIEVRE (S.), *Le cautionnement excessif*, Defrénois 1998, article 36836, p. 849.
- PIETTE (G.), *Cautionnement et intérêt social, les implications réciproques*, JCP éd. G 2004, n° 25, I, 142.
- PIGASSOUA (P.), *L'évolution du lien de subordination en droit du travail et de la sécurité sociale*, Droit social 1982, p. 578.
- PILLEBOUT (J.-F.), *Les conflits entre notaires associés, Prévention et remèdes*, JCP éd. N, 1994, p. 41.
- PINOTEAU (Ch.), *Délit d'abus des biens et du crédit de la société*, Gaz. Pal. 1969, 1, doc. 169.
- PIROVANO (A.),
- *La fonction sociale des droits, Réflexion sur la destinée des théories de Josserand*, D. 1972, Chron. p. 67.
 - *La « boussole » de la société. Intérêt commun, intérêt social, intérêt de l'entreprise ?*, D. 1997, Chron. p. 189.
- PIZZIO (J.-P.), *La théorie de la gérance de fait a-t-elle un rôle à jouer en matière de responsabilité fiscale du gérant majoritaire de SARL ?*, Rev. sociétés 1977, p. 411.
- PLANTAMP (D.),
- *Le point de départ de la période de formation des sociétés commerciales*, RTD com. 1994, p. 4.
 - *Le critère de la cession de contrôle, Essai de synthèse jurisprudentielle*, RTD com. 1999 p. 819.
- PLANTIN (S.), *L'attribution d'actions gratuites, une alternative séduisante aux plans de stocks options*, JCP éd. E, n° 13, 2005, 524.
- POHÉ (D.), *La distinction des sociétés à risques limités et des sociétés à risques illimités à l'épreuve des récentes réformes de la SARL*, Petites affiches 2007, n° 110, p. 3.
- POIRIER (M.), *L'accession au travail : insertion ou formation ?*, Dr. soc. 1993, p. 257.
- PONTIF (V.), *Les rythmes de travail*, Rev. trav. 2012, p. 208.
- PORACCHIA (D.),
- *Le rôle de l'intérêt social dans la société par actions simplifiée*, Rev. sociétés 2000, p. 223.
 - *La corporate governance à la française ou la loi du 29 octobre 2002 sur le cumul de mandats dans la société anonyme*, Dr. et patr., janv. 2003, p. 24.
- POTU, *La défense d'immixtion du commanditaire*, DH 1933, chron., p. 21.
- POUSTIS (J.) et MONNOT (J.-L.), *La garantie dans les cessions de droits sociaux*, JCP éd. E 1989, II, 15479.
- PRIEUR (J.), *Droit des contrats et droit des sociétés, Etudes à la mémoire d'A. SAYAG*, Litec, 1997, p. 371.
- PROD'HOMME (N.), *Promotion de lege lata d'un organe de régulation : l'expert de gestion*, RTD com. 2003 p. 642.
- PUIGELIER (C.),
- *Les incidences du cumul d'un contrat de travail et d'un mandat social : de trop nombreuses incertitudes*, JCP éd. E, 1992, I, 188.
 - *Indépendance et dépendance des statuts de salarié et de mandataire social (un exemple de paradoxe)*, Dr. social 1993, p. 837.
 - *La délégation de pouvoirs en matière d'accidents du travail*, JCP éd. E, n° 40, 1993, 283.
 - *Le président du conseil d'administration devenant salarié et vice-versa*, JCP éd. E, 1994, I, 358, n° 2.
- QUETANT (G.-P.), *Comment garantir l'efficacité d'une clause de dédit-formation ?*, Les Cahiers du DRH 2001, 41.
- RABREAU (A.), *La disparition du chef d'entreprise : les aménagements sociétaires*, in *La disparition du chef d'entreprise : Anticiper – Gérer – Transmettre*, Actualités de droit de l'entreprise, t. 29, Litec, 2012, p. 27.
- RAOUL-CORMAIL (G.), *Le mensonge du concubin sur ses dernières volontés*, Defrénois 2005, p. 761.

- REBÉRIOUX (A.), *Gouvernance d'entreprise et contrôle des dirigeants : 1932-2008, d'une crise à l'autre, in La gouvernance des sociétés cotées face à la finance, Pour une meilleure protection de l'intérêt social*, sous dir. V. MAGNIER, préf. Ph. MARINI, L.G.D.J., 2010, p. 4, n° 4.
- REBUT (D.), *L'attribution d'un prêt au dirigeant d'un établissement de crédit et le délit d'abus des pouvoirs, des biens ou du crédit de la société*, *Gaz. Pal.* 2001, p. 3.
- REIFEGERSTE (S.), *L'obligation de loyauté et d'information du dirigeant en cas de cession d'actions*, *LPA* 16 juill. 2004, p. 18.
- REIGNE (Ph.), *Révocabilité ad nutum des mandataires sociaux et faute de la société*, *Rev. sociétés* 1991, p. 499.
- REINHARD (Y.),
- *La loi du 6 décembre 1976 et la responsabilité des infractions aux règles relatives à l'hygiène et à la sécurité du travail*, *RSC* 1978, p. 257.
 - *La responsabilité civile des dirigeants*, *RTD com.* 1997, p. 282.
- RÉMERY (J.-P.), *La déclaration des créances - Délégation de pouvoirs et mandat*, *JCP éd. E*, n° 9, 1999, p. 406.
- RENAUT (M.-H.), *La déconfiture du commerçant, Du débiteur sanctionné au créancier victime*, *RTD com.* 2000, p. 533.
- RENUCCI (J.-F.),
- *Le parquet et les faillites*, *RSC* 1990, p. 235.
 - *L'identité du cocontractant*, *RTD com.* 1993, p. 441.
- REYGROBELLET (A.),
- *Pour une « société en nom collectif... unipersonnelle »*, *D.* 2003, p. 679.
 - *Essai sur le concept juridique d'endettement des entreprises*, *RTD com.* 2001, p. 315.
- RICHARD (J.),
- *La convention de croupier*, *JCP* 1987, p. 245.
 - *La personne morale gérante d'une société de personnes*, *Dr. sociétés avr.* 1987, p. 3.
- RICOL (R.), *Rôle des commissaires aux comptes*, *Rev. sociétés*, 2003, p. 222.
- RIPERT (G.), *L'assainissement des professions commerciales et industrielles*, *D.* 1947, chron. p. 141.
- RIVES-LANGE (J.-L.), *La notion de dirigeant de fait au sens de l'art. 99 de la loi du 13 juill. 1967 sur le règlement judiciaire et la liquidation des biens*, *D.* 1975, chron. 42.
- RIZZO (F.), *Le principe d'intangibilité des engagements des associés*, *RTD com.* 2000, p. 27.
- ROBERT (J.-H.),
- *« Qui répond de l'inobservation de règles de publicité et d'information imposées aux sociétés anonymes ? »*, *D.* 1976, chron. 171.
 - *Banqueroute et autres infractions : commentaire des dispositions pénales de la loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005*, *Dr. pén.* 2005, étude 15.
- ROBLOT (R.),
- *Applications et fonctions de la notion d'inopposabilité en droit commercial*, *Mélanges Pierre VOIRIN*, LGDJ, 1967, p. 724.
 - *Le cautionnement des dettes d'une société commerciale par ses dirigeants*, *Mélanges DERRUPPÉ*, Litec, 1991, p. 347.
- ROEGES (L.), *L'exercice de l'activité bancaire par la voie d'une succursale après la deuxième directive bancaire*, *RD bancaire et fin.* 1994, n° 41, p. 17.
- ROLAND (H.), *La portée de la clause statutaire exigeant le concours de tous les gérants dans la SARL*, *D.* 1961, Chron. p. 61.
- ROLLAND (B.),
- *Les difficultés dues à la liquidation judiciaire des sociétés unipersonnelles*, *JCP éd. E* 2000, p. 451.
 - *Dissolution des sociétés unipersonnelles et transmission universelle du patrimoine*, *JCP éd. E* 2000, p. 406.
- RONTCHEVSKY (N.), *Le gouvernement d'entreprise à la française, brèves observations sur le volet société de la loi « NRE »*, *D.* 2001, p. 2578.
- RONTONDI (M.), *Le rôle de la notion de l'abus du droit*, *RTD civ.* 1980, p. 66.
- ROSE-MARIE (B.), *Le droit d'information individuel des administrateurs de société anonyme*, *Bull. Joly Sociétés* 1997 n° 10, § 309, p. 843.
- ROUAST (A.), *Les droits discrétionnaires et les droits contrôlés*, *RTD civ.* 1941, p. 1.
- ROUAST-BERTIER (P.), *Société fictive et simulation*, *Rev. sociétés* 1994, p. 725.
- ROUJOU de BOUBÉE (G.), *Responsabilité pénale des personnes morales : essai d'un bilan*, *Mélanges André DECOCQ*, Litec 2004, p. 535.
- ROUSSEAU (S.), *L'encadrement des conflits d'intérêts dans le droit nord-américain des sociétés : le rôle des règles et des normes de conduite*, *RTD com.* 2013, p. 611.
- ROUSSEAU (S.) et TCHOTOURIAN (I.), *L'intérêt social en droit des sociétés*, *Rev. sociétés* 2010, p. 735.
- ROUSSEL GALLE (Ph.),
- *Le dirigeant de société et le "nouveau" droit des entreprises en difficulté issu de la réforme du 18 décembre 2008*, *Rev. sociétés* 2009, p. 249.

- *Les privilèges de procédure*, Cah. dr. entr. n° 4, 2009, dossier 24.
- ROUX (P.), *Les plans d'achat et de souscription d'actions réservés aux salariés et les sociétés étrangères*, JCP éd. E, n° 17, 1993, 242.
- ROZES (L.), *Projets et accords de principe*, RTD com. 1998, p. 501.
- RUMEAU-MAILLOT (H.), *Les délais de prescription en droit des sociétés*, Rev. sociétés 2012, p. 203.
- SAINT-ALARY-HOUIN (C.), *Les privilèges de la procédure*, Petites affiches 2007, n° 119, p. 70.
- SAINT-JOURS (Y.), *Du salaire au revenu salarial*, Etudes offertes à Gérard LYON-CAEN, Dalloz, 1989, p. 319.
- SAINTOURENS (B.),
 - *La flexibilité du droit des sociétés*, RTD com. 1987, p. 457.
 - *Sociétés coopératives et sociétés de droit commun*, Rev. sociétés 1996, p. 1.
 - *Les filiales de recrutement*, LPA 4 mai 2001, n° 89, p. 60.
 - *Le cumul des mandats sociaux au sein de la société anonyme après la loi du 29 octobre 2002*, Rev. sociétés 2003, p. 1.
 - *L'attractivité renforcée de la SARL après l'ordonnance n° 2004-274 du 25 mars 2004*, Rev. sociétés 2004, p. 207.
 - *Le nouveau droit des clauses d'agrément*, Rev. sociétés 2004, p. 612.
 - *La révocation des dirigeants sociaux dans l'actualité jurisprudentielle*, Bull. Joly Sociétés 2005, § 152.
- SAISON-DEMARS (J.), *Les « troubles dans les conditions d'existence » dans le droit de la réparation des accidents médicaux*, RDSS 2008, p. 890.
- SALUSTRO (E.), *La pratique des comités d'audit en France*, Petites affiches, 07 mai 1997, n° 55, p. 11.
- SAUVAGE (F.), *Communauté, succession et stock-options*, Dr. et patr. 1998, n° 65, p. 40.
- SAVATIER (J.), *L'obligation de discrétion des membres du comité d'entreprise* Dr. soc. 1985, p. 114.
- SAYAG (A.),
 - *Mandat social et contrat de travail : attraits, limites et fictions*, Rev. sociétés 1981, p. 1.
 - *L'entreprise individuelle : faux débats ou vraies questions*, Mélanges René RODIERE, Dalloz 1981, p. 289.
 - *De nouvelles structures pour l'entreprise. La loi n° 85-697 du 11 juillet 1985*, JCP 1985, p. 3217.
- SCHAPIRA (J.), *L'intérêt social et le fonctionnement des sociétés anonymes*, RTD com. 1971, 957.
- SCHILLER (S.),
 - *Quelques précisions jurisprudentielles sur le régime applicable en cas de rejet du cessionnaire proposé en présence d'une clause d'agrément*, JCP 2008, éd. E, n° 28-29, Chron. 1950.
 - *L'arrêt de la chambre mixte du 18 novembre 2010 : fumée blanche ou fumée noire ?*, Dr. sociétés n° 1, Janvier 2011, étude 2.
 - *Pactes, statuts, règlement intérieur : quelle hiérarchie ?*, Rev. sociétés 2011, p. 331.
- SCHMIDT (D.),
 - *Quelques remarques sur le droit de la minorité dans les cessions de contrôle*, D. 1972, chron. 223.
 - *De l'intérêt social*, JCP éd. E 1995, I, n° 488.
 - *Les conflits d'intérêts dans la société anonyme : prolégomènes*, Bull. Joly Sociétés 2000, n° 1, § 2, p. 9.
 - *L'entreprise incomprise*, Mélanges Y. GUYON, Dalloz, 2003, p. 990.
- SCHRELL (Th. K.), *La gouvernance d'entreprise en Allemagne*, JCP éd. E, n° 14, 2004, 512.
- SCHRÖDER (A.) et RECQ (J.-G.), *La responsabilité sans faute de l'associé majoritaire en Allemagne (Arrêt du Bundesgerichtshof du 23 sept. 1991)*, Rev. sociétés 1993, p. 707.
- SECOND (S.) et RAMSPACHER (M.), *Les lettres d'intention constituent-elles des « garanties » au sens de l'article 98 de la loi du 24 juillet 1996 ?*, Dr. sociétés, mars 1996, n° 4, p. 1.
- SEILLAN (H.), *La délégation de pouvoir en droit du travail*, JCP, éd. E., n° 10, 1985, 14428.
- SERRA (Y.), *Nullité et inopposabilité au regard de la réception de la directive 68-151 du Conseil des Communautés européennes par la législation française des sociétés*, D. 1973, chron. p. 97.
- SEXER (Y.), *Aspects pratiques des attributions d'actions gratuites*, Bull. Joly Sociétés 2008, § 137, p. 642.
- SIMLER (Ph.),
 - *Les solutions de substitution au cautionnement*, JCP 1990, éd. N, p. 389.
 - *Histoire d'une impasse : la sanction du défaut d'autorisation des cautions, avals ou garanties consentis pour le compte des sociétés par actions*, in Mélanges D. SCHMIDT, Liber amicorum, Joly éditions, 2005, p. 450.
- SIMLER (Ph.) et DELEBECQUE (Ph.), *Survie du principe de proportionnalité après l'arrêt Nahoum*, JCP éd. E 2004, n° 3, 76.
- SIMON (J.), *Responsabilité pénale des personnes morales et des personnes physiques, coauteurs ou complices des mêmes faits : Cumul de responsabilité ou meilleure justice pénale ?*, D. Aff. n° 5/1995, p. 101.
- SIMONT (L.), *Réflexions sur l'abus de minorité*, Mélanges RONSE, Bruxelles 1986, p. 307.
- SOINNE (B.), *La double nature de la déclaration de créance*, Rev. proc. coll. 1993, p. 21.
- SORDINO (M.-Ch.), *Aménagements conventionnels et révocation ad nutum des dirigeants de société anonyme*, Mélanges Christian MOULY, Litec, 1998, p. 251.

- SOSSA (D.), *Contribution à l'étude de la nature juridique de la clause de réserve de propriété*, *RJBSJA* n° 15, 2005, pp. 12.
- SOULEAU (H.), *La démission des dirigeants des sociétés commerciales*, *RTD com.* 1972, p. 38.
- SOUPGUI (E.), *La protection du créancier réservataire contre les difficultés des entreprises dans l'espace juridique OHADA*, *Rev. proc. coll.* n° 5, 2009, étude 28.
- SOUSI (G.), *Un délit inadapté : l'abus de biens sociaux et du crédit de la société*, *RTD com.* 1972, p. 297.
- STARCK (J. P.), *La continuation d'une société par élimination d'un associé*, *Rev. sociétés* 1982, p. 233.
- STASIAK (F.), *L'abus de biens sociaux*, *Dr. et Patr.* 2006, 149.
- STERLOOTEN (P.), *L'entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée*, *D.* 1985, chron. 187.
- STOLOWY (N.), *Etude comparative du délit de distribution de dividendes fictifs et du délit de présentation ou de publication de comptes annuels infidèles*, *JCP éd. E*, n° 48, 2000, p. 1896.
- STORCK (J. P.), *La continuation d'une société par l'élimination d'un associé*, *Rev. sociétés* 1982, p. 233.
- STORCK (M.), *Définition légale du contrôle d'une société en droit français*, *Rev. sociétés*, 1986, p. 385.
- STOUFFLET (J.), *Le mandat irrévocable, instrument de garantie*, *Mélanges André COLOMER*, Litec 1993, p. 479.
- SUPIOT (V.), *Groupe de sociétés et paradigme de l'entreprise*, *RTD com.* 1985, p. 621.
- SYLVESTRE (S.), *La rémunération "d'activité" des dirigeants : brèves observations en faveur d'une réforme*, *Bull. Joly*, juin 2008, n° 6, p. 532.
- TAQUET (F.), *Le régime de sécurité sociale applicable aux dirigeants de sociétés commerciales*, *Gaz. Pal.* 2000, n° 207, p. 2.
- TAORMINA (G.), *Réflexions sur l'aggravation des engagements des associés*, *Rev. sociétés* 2002, p. 267.
- TAURAN (Th.),
- *Clauses de dédit-formation dans la jurisprudence sociale*, *JCP S* 2006, 1327.
 - *Les certificats médicaux en droit de la sécurité sociale*, *RDSS* 2011, p. 1122.
- TCHANTCHOU (H.) et AKOUETE AKUE (M.), *L'état du droit pénal dans l'espace OHADA*, *Revue de l'ERSUMA* n° spéc. nov. – déc. 2011, pp. 44.
- TENDLER (R.), *Le cautionnement, reine éphémère des sûretés ?*, *D.* 1981, chron. 129.
- TERRAY (J.), *La société : une tradition bien vivante*, *JCP* 1984, 3154.
- TERRE (F.), *La proportionnalité comme principe ?*, *JCP éd. G*, n° 25, 15 Juin 2009, 31.
- TESTU (F. X.) et HILL (S.), *Les BSA, utilisation possible dans les sociétés de haute technologie*, *JCP éd. E*, 2003, p. 1655.
- THEIMER (A.),
- *Contrat de travail et mandat social dans les groupes de sociétés*, *LPA* 3 juill. 1996, n° 80, p. 19.
 - *La nomination des dirigeants étrangers après loi sur la SAS et la loi NRE*, *JCP éd. E*, n° 14, 2002, 589.
- THERON (J.), *De la communauté d'intérêts*, *RTD civ.* 2009, p. 22.
- THIERRY (L.), *L'information du conseil d'administration : gestion et responsabilités*, *Bull. Joly Sociétés* 2006, n° 2, § 31, p. 168.
- THOMAS, *Le relèvement des interdictions, déchéances ou incapacités professionnelles*, *D.* 1973, I, 2581.
- THOMASSIN (N.), *Le bien susceptible d'abus de confiance (réflexion sur la jurisprudence récente)*, *D.* 2012, p. 964.
- THULLIER (B.), *La théorie des nullités et le principe de l'effet relatif à l'épreuve du droit des sociétés : une illustration*, *D.* 2004, p. 2033.
- TILLEMENT (G.), *Promesse de porte-fort et droit des sociétés*, *Rev. sociétés* 1993, p. 51.
- TOURNAFOND (O.),
- *L'influence du motif illicite ou immoral sur la validité du contrat, (à propos de l'arrêt de la 1re Chambre civile de la Cour de cassation du 7 octobre 1998)*, *D.* 1999, chron. p. 237.
 - *Pourquoi il faut conserver la théorie de la cause en droit civil français*, *D.* 2008, p. 2607.
- TRICOT (D.),
- *Les critères de la gestion de fait*, *Dr et patr.* janv. 1996, p. 24.
 - *La délégation de pouvoirs est-elle soumise aux règles du mandat ?*, *Rev. Lamy dr. aff.* 2012, p. 72.
- TROUCH (M.), *Le vote électronique dans les assemblées générales d'actionnaires*, *Bull. Joly Sociétés* 2008, p. 734.
- TSAKADI (A.), *Réflexions sur les pouvoirs de l'associé unique*, in *Recueil d'Etudes sur l'OHADA et l'UEMOA*, *Coll. Horizons Juridiques Africains*, Vol. 1, PUAM, 2010, p. 107.
- TUNC (A.), *L'effacement des organes légaux de la société anonyme*, *D.* 1952, chron. 73.
- URBAIN-PARLEANI (I.),
- *Convention de croupier et société en participation*, *Rev. sociétés* 1999, p. 753.
 - *Les nouvelles obligations d'information des dirigeants envers les actionnaires*, *Rev. Sociétés.* 2003, p. 788.
 - *L'expertise de gestion et l'expertise in futurum*, *Rev. sociétés* 2003, p. 223.

- URBAN (Q.), *La "communauté d'intérêts", un outil de régulation du fonctionnement du groupe des sociétés*, RTD com. 2001, p. 1.
- VACARIE (I.), *La mobilité du personnel au sein des groupes de sociétés*, Dr. soc. 1989, 462.
- VALLENS (J.-L.), *La déclaration de créance n'est pas une demande en justice*, RTD com. 2009 p. 214.
- VALUET (J.-P.), *Le bureau de l'assemblée générale des actionnaires*, Rev. sociétés 2012, p. 543.
- VATINET (R.),
- *Le clair-obscur des stock-options à la française*, Rev. sociétés 1997, p. 31.
 - *Existe-t-il un principe de proportionnalité en droit des sociétés ?*, Petites affiches 1998 n° 117, p. 58.
 - *Des hypothèses de non-cumul d'un contrat de travail et d'un mandat social*, Rev. sociétés 1999, p. 273.
 - *Les dispositions du décret du 3 mai 2002 relatives aux conventions réglementées*, Rev. sociétés. 2002, p. 441.
 - *La réparation du préjudice causé par la faute des dirigeants sociaux, devant les juridictions civiles*, Rev. sociétés 2003, p. 248.
- VAUTIER (J.), *Aménagements sociétaires : clauses relatives au décès du dirigeant, clauses en matière de démembrement de propriété*, in *La disparition du chef d'entreprise : Anticiper – Gérer – Transmettre*, Actualités de droit de l'entreprise, t. 29, Litec, 2012, p. 43.
- VAUTIER (J.) et RYSSEN (B.), *L'apport en société par un mineur et son représentant légal*, JCP éd. N 1995, prat., 3258.
- VERHAEGEN (J.), *Faute pénale et faute civile*, in *Archives de philosophie du droit*, t. 8, philosophie pénale, Sirey, 1983, p. 17.
- VERKINDT (P.-Y.), *Le régime juridique du congé parental*, D. 2002, p. 2636.
- VERICEL (M.), *Le rétablissement de la présomption de non-salariat*, Dr. soc. 2005, p. 297.
- VERON (M.), *L'abus de confiance (son extension dans l'espace et dans le temps, Mélanges dédiés à Bernard BOULOC, Les droits et le Droit*, Dalloz, 2007, p. 1152.
- VIALA (G.), *Réglementation de la profession de pharmacien*, Actualité juridique, RDSS 1996, p. 544.
- VIANDIER (A.),
- *L'administration déléguée : une solution ?*, D. aff., 1996, n° 11, p. 311.
 - *Conditions vexatoires et contraires à l'intérêt social de la décision de révocation du gérant engageant la responsabilité personnelle des associés*, JCP éd. E, n° 23, 2001, p. 953.
- VIANDIER (A.) et CAUSSAIN (J.-J.),
- *Droit des sociétés*, JCP éd. N, 1988, p. 629.
 - *Droit des sociétés*, JCP éd. E, n° 21, 1990, 15784.
- VIATTE (J.), *L'amende civile pour l'abus de la faculté d'agir en matière de procédure civile*, Gaz. Pal. 1978, Doctr., p. 305.
- VIDAL (D.),
- *Le respect du principe du contradictoire : une exigence du droit des sociétés ?*, Dr. sociétés, novembre 1998, p. 3.
 - *La transmission universelle du patrimoine d'une EURL à l'associé unique en cas de dissolution*, Dr. sociétés, août 1999, Repères, p. 3.
 - *La responsabilité civile des dirigeants sociaux*, Cah. dr. entr. 2001, n° 3, p. 16.
- VINCKE (F.), *Le dirigeant d'entreprise, ses multiples profils*, in *Séminaire organisé à Liège Jeudi 6 mai 1999 sur « Dirigeant d'entreprise un statut complexe aux multiples visages »*, Coll. Commission droit et vie des affaires, Bruylant, 2000, p. 1.
- VIRASSAMY (G. J.), *Les limites à l'information sur les affaires d'une entreprise*, RDT com. 1988, 183.
- VOGEL (L.), *Filiales communes et droit communautaire de la concurrence*, JCP éd. E, n° 23, 10 Juin 1993, 254.
- VOINOT (D.), *Le sort des créances dans la procédure collective. L'exemple de la créance environnementale*, RTD com. 2001, p. 581.
- WESTER-OUISSSE (V.), *Critique d'une notion imprécise, la faute du dirigeant séparable de ses fonctions*, D. affaires 1999, 782.
- WILLMANN (Ch.), *Le non-dit du dédit*, D. 1999, p. 103.
- ZAQUIN (G.), *La gérance de fait de la SARL en droit fiscal*, JCP 1976 éd. CI.II.12074.
- ZELCEVIC-DUHAMEL (A.), *La notion d'économie du contrat en droit privé*, JCP éd. G, n° 9, 2001, I, 300.

IV. NOTES, OBERVATIONS ET CONCLUSIONS

AMAUGER-LATTES (M.-C.) sous Soc. 13 nov. 2008, Rev. trav. 2009, p. 29.

AYNES (L.),

- Cass. civ. 1^{re}, 19 mai 1987, D. 1987, Somm. p. 445.

- Cass. civ. 1^{re}, 19 mai 1987, *D.* 1997, *Somm.*, p. 445.
 - Civ. 1^{re}, 15 mars 1988, *D.* 1988, *Somm.* 273.
 - Cass. com., 3 nov. 1988 et 6 déc. 1988, *D.* 1989, p. 185.
- BALENSI (I.),
- Cass. soc., 8 déc. 1976, n° 75-12.486, *Rev. sociétés* 1977, p. 251.
 - Cass. com., 10 juill. 1978, *Rev. sociétés* 1979, p. 848.
 - Cass. com., 17 avril 1980, *Rev. sociétés*, 1981, p. 361.
- BARADERIE, sous Cass. crim., 30 sept. 1991, *Bull. Joly Sociétés* 1992, p. 153.
- BARANGER (G.), sous CA Paris, 1^{re} ch., sect. A., 10 janv. 2006, *Bull. Joly Sociétés* 2006 § 125, p. 597.
- BARBIERI (J.-F.),
- Cass. com., 26 janv. 1993, *D.* 1993, *IR. P.* 47; *Rev. Sociétés* 1993, p. 396.
 - Cass. crim., 22 févr. 1996, *Bull. Joly Sociétés* 1996, p. 694.
 - Cass. com., 1^{er} avr. 1997, *Bull. Joly Sociétés* 1997, n° 7-8, p. 650.
 - Cass., 3^e civ., 23 févr. 2000, *Rev. sociétés* 2000 p. 537.
 - Com. 30 nov. 2004, *Rev. sociétés* 2005, p. 631.
 - CA Paris 3^e ch. A, 4 nov. 2008, *Bulletin Joly Sociétés*, 01 avril 2009 n° 4, p. 376.
 - Com. 3 juin 2009, *Rev. sociétés* 2009, p. 868.
 - Com., 29 mars 2011, *Rev. sociétés* 2011, p. 563.
 - Com., 31 janv. 2012, F-D, n° 10-15.489, *Rev. sociétés* 2012, p. 230.
 - Com., 12 juin 2012, *Bull. Joly Sociétés* 012, p. 611.
 - Com., 25 sept. 2012, *Rev. sociétés* 2013 p. 286.
- BASTIAN (D),
- CA Paris, 24 juin 1944, *JCP* 1946, II, 3187.
 - Civ., 4 juin 1946, *JCP* 1947, II, 3518.
 - Com., 11 juin 1965, *JCP éd. G.*, 1947, II, 3518.
- BRIÈRE (C.), sous Cass. ass. plén., 14 déc. 2001, *JCP éd. E.*, n° 6, 7 2002, 275.
- BOISARD, sous Cass. com. 28 mars 2000, *D.* 2000, *AJ* p. 253.
- BONNEAU (Th.),
- Cass. 3^e civ., 25 mars 1992, *Dr. sociétés* 1992, n° 156.
 - Cass. 1^{re} civ., 23 juin 1992, n° 90-18019, *Dr. sociétés* 1992, *comm.* n° 221.
 - Cass. com., 4 févr. 1997, *Dr. sociétés* 1997, *comm.* 56.
 - Cass. com., 4 janv. 2005, *Rev. sociétés* 2005 p. 451.
- BOULOC (B.),
- Crim. 15 mai 1974, *Rev. sociétés* 1974, p. 752.
 - Soc. 7 juill. 1983, *Rev. sociétés* 1984, p. 526.
 - Crim. 6 mai 1985, *Rev. sociétés* 1985, p. 850.
 - Cass. crim., 16 janv. 1989, *Rev. sociétés* 1989, p. 687.
 - Crim., 11 mars 1991, *Rev. sociétés* 1991, p. 565.
 - Cass. crim., 5 oct. 1992, *Bull. Joly Sociétés* 1993, p. 252.
 - Cass. crim., 5 oct. 1992 *Bull. Joly Sociétés* 1993, p. 252.
 - Crim. 11 mars 1993, cinq arrêts, *RSC* 1994. 101.
 - Cass. crim., R., 20 juill. 1993, *Rev. sociétés* 1994 p. 93.
 - Crim., 26 mai 1994, *Rev. sociétés* 1995, p. 94.
 - Cass. crim., 10 juill. 1995, *Rev. sociétés* 1996, p. 313.
 - Crim., 23 oct. 1997, *Rev. sociétés* 1998 p. 141.
 - Crim., 9 déc. 1997, *M. Lion, ès-qualité*, *Rev. sociétés* 1998 p. 397.
 - Cass. crim., 13 déc. 2000, *Rev. sociétés* 2001, p. 399.
 - Cass. crim., 2 avril 2003, *Rev. sociétés* 2003, p. 568.
 - Cass. com., 14 déc. 2004, *Rev. sociétés* 2005, p. 448.
 - Cass. crim., 22 oct. 2008, *Rev. sociétés* 2009, p. 405.
 - Crim. 19 nov. 2008, *RTD com.* 2009, p. 472.
 - Crim. 10 mars 2010, *D.* 2010, p. 2758.
 - Crim., 16 déc. 2009, *Rev. sociétés* 2010, p. 51.
- BRENNER (Cl.), sous Cass. com., 8 oct. 2002, *Petites affiches*, 18 juill. 2003 n° 143, p. 12.
- BRISSEY (S.), sous Cass. soc., 24 janv. 2007, *JCP S* n° 16, 17 Avril 2007, 1267.
- BROCARD (E.), sous Cass. com., 9 juill. 2002, *Rev. sociétés* 2003, p. 124.
- CABANNES, Conclusion, *D.* 1981, 637.
- CABRILLAC (M.),
- CA Paris, 3^e ch. B., 30 avril 1993, *D.* 1994, *Somm.* p. 181.
 - Com. 9 juill. 2002, *RTD com.* 2002, p. 714.
- CAFFIN-MOI (M.), sous Cass. com., 28 sept. 2010, *Bulletin Joly Sociétés*, 01 février 2011 n° 2.
- CAMPANA (M.-J.), sous Cass. com., 7 juill. 1992, *Bull. Joly Sociétés* 1992, p. 1192.
- CANUT (Fl.), sous Soc., 11 janv. 2012, *Dr. soc.* 2012 p. 420.
- CARTIER (M.-E.), sous Cass. crim., 11 mars 1993, *Bull. Joly Sociétés* 1993, § 183.
- CAUSSAIN (J.J.), DEBOISSY (Fl.) et WICKER (G.), sous Cass. com., 17 déc. 2003, *JCP éd. E* 2004, 601.
- CERATI-GAUTHIER (A.), sous Cass. com., 28 nov. 2006, n° 04-17.486, *Rev. Lamy dr. aff.* 2007, p. 13.
- CHAMPAUD (Cl.), sous CA Paris, 1^{re} ch. G, 21 juin 2000, *RTD com.* 2000, p. 949.
- CHAMPAUD (Cl.) et DANET (D.),
- Com. 2 juin 1992, *RTD com.* 1993, p. 521.
 - CA Paris, 8 févr. 1994, *RTD com.* 1994, p. 279.
 - Com. 20 janv. 1998, *RTD com.* 1998, p. 357.
 - Com. 24 févr. 1998, *RTD com.* 1998, p. 612.
 - CA Paris, 25^e ch B, 20 févr. 1998, *RTD com.* 1998, p. 368.
 - CA Paris, 5^e ch. B., 7 mai 1998, *RTD com.* 1998, p. 872.
 - CA Paris, 3^e ch. A, 14 déc. 2004, *RTD com.* 2005, p. 355.
 - Cass. com., 14 nov. 2006, *RTD com.* 2007, p. 140.
 - Cass. soc., 29 nov. 2006, *RTD com.* 2007 p. 144.
 - Com., 26 févr. 2008, *RTD com.* 2008, p. 516
 - Civ. 1^{re}, 5 mars 2009, *RTD com.* 2009, p. 751.
- CHAPUT (Y.),
- Com. 12 janv. 1988, *Rev. sociétés* 1988, p. 263.
 - Cass. com., 17 nov. 1992, *Bull. Joly Sociétés* 1993.
 - Cass. com., 12 janv. 1993, *Bull. Joly Sociétés* 1993, p. 338.
- CHARTIER (Y.),
- Com. 23 juin 1975, *Rev. sociétés* 1976, p. 321.
 - Cass. com., 24 févr. 1976, *Rev. sociétés* 1977, p. 88.
 - Cass. com., 10 mars 1976, *JCP éd. G.*, 1977, II, 18566.
 - Com. 1^{er} févr. 1994, *Rev. sociétés* 1995, p. 281.
 - Com., 21 mars 1995, *Rev. sociétés* 1996, p. 77.
 - Com. 11 oct. 1988, *Rev. sociétés* 1989, p. 49.
 - Cass. 3^e civ., 2 déc. 1998, *Rev. sociétés* 1999, p. 359.
 - Com., 12 juill. 2004, *Rev. sociétés* 2005, p. 216.
- COHEN (D.), sous Cass. Ass. Plén., 18 nov. 1994, *D.* 1995, *Jur.*, p. 101.
- CONAC (P.-H.), sous CA Lyon 3^e ch, 25 sept. 2003, *Rev. sociétés* 2005, p. 881.
- CONSTANTIN (A.),
- Cass. com. 22 juin 1999, *Revue sociétés* 1999, p. 826, n° 1.
 - Cass. crim., 12 déc. 2000, *Rev sociétés* 2001, p. 323.

- Cass. com., 15 janv. 2002, *Bulletin Joly Sociétés*, 1^{er} mai 2002 n° 5, p. 602.
 - CA Versailles, 31 oct. 2002, *Bull. Joly Sociétés* 2003, p. 184.
- COQUELET (M.-L.),
- Com. 24 févr. 1998, *Rev. sociétés* 1998, p. 546.
 - Cass. 1^{re} soc., 1er févr. 2011, *Droit des sociétés* n° 4, 2011. 65.
- CORDONNIER, sous Civ. 7 avril 1932, *DP* 1933, 1, p. 153.
- COURET (A.),
- Cass. com., 12 janv. 1993, *Bull. Joly Sociétés* 1993, p. 336.
 - Cass. com., 3 mai 1995, *Bull. Joly Sociétés* 1995 n° 10, § 307, p. 863.
 - CA Paris, 5^e ch. C, 6 févr. 1998, *Bull. Joly* 1998, p. 333.
 - Com. 10 juill. 2007, *Bull. Joly Sociétés* 2007.
- COURET (A.) et DONDERO (B.), sous Civ. 3^e, 13 avr. 2010, n° 09-65.558, *Bull. Joly* 2010, p. 821.
- CULIOLI (M.) et DERRIDA (F.), sous Cass. crim., 20 nov. 1978, *D.* 1979.525.
- DAIGRE (J.-J.),
- Cass. com., 14 févr. 1995, *Bull. civ.*, IV, n° 43 ; *Bull. Joly Sociétés*, 1995, p. 442, § 154.
 - Cass. com., 13 févr. 1996, *Rev. sociétés* 1996, p. 781.
 - Com. 18 févr. 1997, *Bull. Joly Sociétés* 1997, p. 408.
 - Com., 4 mars 1997, *Bull. Joly Sociétés* 1997, p. 557.
 - Cass. com., 10 déc. 1996, *Bull. Joly Sociétés*, 1997, p. 311, § 124.
 - Cass. com., 7 oct. 1997, *Bull. Joly Sociétés* 1997, p. 1074.
 - CA Paris, 10 oct. 1997, *Bull. Joly Sociétés*, 1998, p. 338, § 116.
 - Cass. com., 27 févr. 2001, *Bull. Joly Sociétés* 2002, p. 614.
 - CA Versailles, 13^e ch., 27 sept. 2001, *Bull. Joly Sociétés* 2002, p. 48.
 - Cass. com., 22 févr. 2005, *Rev. sociétés* 2005, p. 625.
- DALSACE (A.),
- CA Amiens, 1er déc. 1966, *D.* 1967, p. 234.
 - Cass. com., 23 mai 1967, *D.* 1968, p. 173.
- DANA-DEMARET (S.), sous Cass. com., 17 mai 1994, *Rev. sociétés* 1994, p. 484.
- D'HOIR-LAUPRETRE (C.), sous Com. 13 févr. 1990, *D.* 1990, *Jur.* p. 470.
- DE LAENDER (M.-H.), sous Cass. com., 20 oct. 1998, *D.* 1999, p. 639.
- DELEBECQUE (Ph.),
- CA Paris 3^e ch. sect. A, 24 avr. 1990, *Bull. Joly Sociétés*, 01 oct. 1990 n° 10, P. 869.
 - Cass. com., 23 octobre 1990, *Rev. sociétés* 1991 p. 86.
 - Com., 5 févr. 1991, *Bull. Joly Sociétés* 1991, p. 391.
 - CA Paris 3^e ch. sect. B, 13 févr. 1991, *Bulletin Joly Sociétés*, 01 avril 1991 n° 4, p. 405.
 - Cass. com., 17 nov. 1992, *Rev. sociétés* 1993 p. 585.
 - Cass. com., 17 nov. 1992, *Rev. sociétés* 1993, p. 585.
 - Com., 6 juill. 1993, *Rev. sociétés* 1994 p. 52.
 - Com. 22 oct. 1996, *D.* 1997, somm. p. 175.
 - CA Paris, 2 juill. 1998, *Bull. Joly Sociétés* 1998, p. 1282.
 - Com., 23 mars 2010, *Rev. sociétés* 2010, p. 174.
- DELENEUVILLE (J.-M.), sous Cass. com., 18 mars 2008, *D.* 2009, p. 349.
- DELPECH (X.),
- Cass. com., 12 juill. 2005, *D.* 2005, *AJ* p. 2276.
 - Cass. com., 23 oct. 2007, *D.* 2007, p. 2812.
- DENIS-CHAUBET (I.), sous Cass. crim., 29 avril 1998, *JCP éd. E*, n° 3, 1999, p. 130.
- DERRIDA (F.),
- Aix 28 déc. 1976, *D.S.* 1977, 395.
 - Cass. crim., 10 mars 1986, *D.* 1986, p. 182.
 - Cass. com., 27 avr. 1993, *D.* 1994, *Somm.* p. 45.
- DEVEZE (J.), sous Cass. crim., 21 juin 1993, *Rev. proc. coll.* 1994, p. 279.
- DIDIER (Ph.),
- CA Paris, 23 oct. 1965, *D.* 1966, *Jur.*, p. 199.
 - Com., 21 oct. 1977, *Revue des sociétés* 1998, p. 82.
 - Com. 6 mai 1986, *Rev. sociétés* 1987, p. 257.
 - Com., 24 avril 1990, *Rev. sociétés* 1991 p. 347.
 - Com. 1^{er} oct. 1991, *Rev. sociétés* 1992, p. 497.
 - Cass. soc., 19 févr. 1997, *Rev. sociétés* 1997, p. 533.
 - Cass. com., 4 mars 1997, *Rev. sociétés* 1997 p. 554.
 - Com. 24 juin 1997, *Rev. sociétés* 1997, p. 792.
 - Com., 21 oct. 1997, *RTD com.* 1998, p. 171.
 - Com., 27 janv. 1998, *Rev. sociétés* 1998, p. 556.
- DOM (J.-Ph.),
- Com. 24 janv. 1989, *Bull. Joly Sociétés* 1989, p. 264, § 84.
 - Cass. com., 7 juill. 2004, *Bull. Joly Sociétés* 2004, n° 12, p. 1510.
 - CA Paris 25^e ch. sect. B, 26 sept. 2003, *Bull. Joly Sociétés* n° 1, 2004, § 14, p. 95.
 - Com., 12 juin 2007, *Bel c/ Sté CEBTP*, *Rev. sociétés* 2008 p. 124.
 - Com., 12 juin 2007, *Bel c/ Sté CEBTP*, *Rev. sociétés* 2008 p. 124.
 - Com., 14 sept. 2010, *Rev. sociétés* 2011, p. 424.
- DONDERO (B.),
- Cass. com., 10 févr. 2009, *JCP éd. E* 2009, 1602.
 - Cass. com., 7 juill. 2009, *Bull. Joly Sociétés* 2010, n° 2, p. 126.
 - Cass. com., 4 mai 2010, n° 09-13205, *Bulletin Joly Sociétés* 2010, n° 7, p. 64.
 - T. com. Paris 1^{re} ch., 21 sept. 2010, *Bulletin Joly Sociétés*, 01 déc. 2010 n° 12, p. 972.
 - Cass. com., 28 sept. 2010, *Rev. sociétés* 2011 p. 97.
 - Com., 15 novembre 2011, *Rev. sociétés* 2012, p. 234.
- DUCOULOUX-FAVARD (Cl.), sous Cass. crim., 16 mai 2012, *JCP éd. E*, n° 25, 2012, 1396.
- DURRY (G.), sous Cass. soc., 9 avr. 1975, *RTD civ.* 1976, p. 137.
- EMY (Ph.), sous Cass. com., 15 mai 2007, *Petites affiches* 2008, n° 118, p. 13.
- FABRE (A.), sous Soc. 18 mai 2011, n° 09-69.175, *Rev. trav.* 2011 p. 503.
- FAGES (B.), sous Com. 17 juin 2008 et Civ. 3^e, 2 juill. 2008, *RTD civ.* 2008 p. 675.
- FAUGEROLA (L.), sous Com. 12 janv. 1988, *Bull. Joly* 1988, p. 212.
- FERRIER (N.),
- Cass. com., 8 juill. 2008, *Bulletin Joly Sociétés*, 01 déc. 2008 n° 12, p. 1012.
 - Cass. crim., 8 déc. 2009, *Bull. Joly Sociétés* 2010, p. 581, n° 120.
- GALLOIS-COCHET (D.),
- Cass. com., 22 juin 2010, *Droit des sociétés* n° 10, Oct. 2010, comm. 184.
 - Cass. soc., 8 nov. 2011, *Dr. sociétés* n° 3, Mars 2012, comm. 48.

- Cass. com., 14 sept. 2010, *Dr. sociétés* n° 12, Décembre 2010, comm. 226.
 - Cass. ch. mixte, 19 nov. 2010, *Dr. sociétés* n° 2, Février 2011, comm. 30.
- GASTAUD (J.-P.), sous Cass. com., 28 févr. 1977, *Rev. sociétés* 1978, p. 245.
- GHESTIN (J.), sous Cass. com., 27 févr. 1996, *JCP* 1996, II, 22665.
- GIBIRILA (D.),
- Com., 26 avril 1994, *JCP éd. E*, 1995, II, n° 22369.
 - Cass. com., 8 nov. 1994, *Petites affiches*, 23 juin 1995 n° 75, p. 18.
 - Com., 3 janv. 1996, *JCP éd. G*, n° 24, 1996, II 22658.
 - Com. 27 janv. 1998, *D.* 1998, 605.
 - Cass. com., 15 mai 2007, *Petites affiches* 2007, n° 217, p. 16.
- GIL (G.), sous Cass. soc., 3 mai 2011, *Bull. Joly Sociétés* 2011, n° 10, § 389, p. 787.
- GODON (L.),
- Cass. com., 12 févr. 2002, *Rev. sociétés* 2002, p. 702.
 - CA Paris 1^{er} ch. sect. G, 4 juin 2003, *Bulletin Joly Sociétés*, 2003, n° 12, p. 1315.
 - Com., 30 nov. 2004, *Rev. sociétés* 2005, p. 639.
 - Cass. com., 12 mai 2004, *Rev. sociétés* 2005.
 - Cass. com., 6 mai 2008, *Rev. sociétés* 2009, p. 95.
 - Cass. com., 5 mai 2009, *Rev. sociétés* 2009, p. 807.
 - Com., 15 nov. 2011, *Rev. sociétés* 2012, p. 29.
- GOURLAY (P. G.), sous Paris, 22 mars 1977, *D.* 1978, p. 157.
- GRANOTIER (J.), sous Cass. civ. 3^e, 22 sept. 2009, *Petites affiches* 2010, n° 14, p. 8.
- GRILLET-PONTON (D.),
- Cass. com., 28 avr. 1987, *D.* 1988, Jur. p. 341.
 - Cass. com., 28 avr. 1987, *D.* 1988, Jur. p. 341.
- GRUA (F.), sous Cass. com., 7 oct. 1974, *JCP éd. G* 1975, II, n° 18129.
- GUILBERTEAU (M.),
- CA Chambéry, 22 nov. 1976, *Rev. sociétés* 1977, p. 259.
 - Cass. com., 21 avril 1977, *Rev. sociétés*, 1978 p. 252.
- GUYÉNOT (J.),
- Cass. soc., 15 mars 1983, *D.* 1984, p. 99.
 - Cass. Soc., 19 févr. 1986, *Rev. sociétés* 1986, p. 600.
- GUYON (Y.),
- Cass. com., 2 juill. 1973, *DS* 1973, p. 674.
 - Cass. com., 23 juin 1975, *Rev. sociétés* 1978, 483.
 - Com. 3 mars 1987, *Rev. sociétés* 1987, 266.
 - Cass. com., 28 avr. 1987, *Rev. sociétés* 1987, p. 436.
 - Com., 6 juin 1990, *Rev. sociétés* 1991.
 - CA Paris, 9 mai 1990, *Rev. sociétés* 1990, somm. p. 475.
 - Com. 27 mars 1990, *JCPE* 1990. II. 15802.
 - Com. 23 oct. 1990, *Rev. sociétés* 1991. 92.
 - CA Paris, 18 déc. 1990, *Rev. sociétés*, 1991, p. 604.
 - Cass. com. 15 oct. 1991, *Rev. sociétés* 1992, p. 57.
 - CA Paris, 1^{er} avr. 1992, *Rev. sociétés* 1992, somm. p. 558.
 - Com., 2 juin 1992, *Rev. sociétés* 1992, p. 751.
 - Cass. com., 12 janv. 1993, n° 91-12.548, *JCP G* 1993, II, 22029.
 - Com. 5 avril 1994, *Rev. sociétés* 1994, p. 318.
 - CA Paris, 9 déc. 1994, *Rev. sociétés* 1995, somm. p. 369.
 - Cass. com., 31 janv. 1995, *JCP éd. E*, n° 19, 1995, 678.
 - Cass. com. 4 juill. 1995, *JCP* 1995, II, 22560.
 - Com., 9 avril 1996, *Rev. sociétés*, 1996, p. 788.
 - Com., 4 juin 1996, *JCP éd. E* 1996, II, n° 879.
 - CA Paris 6 mars 1998, *Rev. sociétés* 1998, p. 436.
 - Cass. com., 19 oct. 1999, *JCP éd. E*, n° 51, 1999, p. 2067.
 - Civ. 1, 1^{er} févr. 2000, *Rev. sociétés* 2000, 301.
 - Cass. 3^e civ., 6 déc. 2000, *Rev. sociétés* 2001 p. 84.
 - Com., 10 déc. 2002, *Rev. sociétés* 2003, p. 151.
- GUYOT (H.), sous Cass. soc., 2 mars 2011, *JCP éd. S*, n° 18, 2011, 1213.
- HALLOUIN (J.-Cl.),
- Cass. 3^e civ., 21 oct. 1998, *D.* 2000, Somm. p. 232.
 - Cass. com., 13 nov. 2003, *D.* 2004, n° 40, Somm. p. 2927.
- HATOUX (B.), Note sous Com. 3 mars 1987, *Sté Union des banques de Paris c/ Lebon*, *Gaz. Pal.* 1987, p. 264.
- HAUTEFORT (M.), sous Cass. soc., 31 janv. 2012, *JSL* 2012, p. 317.
- HENRY (L. C.), sous Com. 22 janv. 2013, *Rev. sociétés* 2013, p. 183.
- HONORAT (J.),
- Cass. com., 14 févr. 1978, *D.* 1978. *IR.* 443.
 - Com., 26 avril 1994, *Defrénois* 1994, p. 1029.
 - Cass. com., 28 mai 1991, *Rev. sociétés* 1992, p. 373.
- HOUIN (R.),
- Com., 7 mai 1973, *RTD com.* 1973, p. 569.
 - Com., 5 juin 1973, *RTD com.* 1966, p. 393.
- HOVASE (H.),
- Com., 6 mai 1996, *Defrénois* 1996, n° 21, p. 1304, art. 36423.
 - Cass. com., 14 déc. 1999, *Defrénois* 2000, p. 205.
 - Cass. com., 14 déc. 2004, *Droit des sociétés* 2005, comm. 73.
 - Com., 13 nov. 2007, *Droit des sociétés* 2008, n° 32.
 - Cass. com., 3 juin 2009, *JCP éd. E*, n° 40, 2009, 1926.
 - Cass. com., 29 sept. 2009, *JCP éd. E*, 2009, p. 2066.
- HUET (J.), Cass. 2^e civ., 22 févr. 1984, *Bull. civ. II*, n° 34, *RTD civ.* 1985, p. 399.
- J. R., sous Com. 19 oct. 1960, *D.* 1960, p. 723, *JCP* 1961, II, 11893.
- J. H. sous Cass. soc., 7 févr. 1979, *Rev. sociétés* 1980, p. 473.
- JACOTOT (D.) et THOMAS (V.), sous Cass. soc., 16 janv. 2013, *JCP éd. E*, n° 20, 16 Mai 2013, 1286.
- JEANDIDIER (W.),
- Cass. crim., 4 févr. 1985, *JCP G* 1986, II, 20585.
 - Crim., 4 févr. 1985, *JCP G* 1986, II, 20585.
- JOEL (M.), Conclusions, *D.* 1995, Jur. p. 101.
- JOSEPH-RATINEAU (Y.), sous Cass. 2^e civ., 6 oct. 2011, *JCP éd. G*, n° 4, 2012, p. 73.
- LARROUMET (Chr.), Ass. Plén., 29 mars 1991, *D.* 1991, p. 324.
- LE BARS (B.), Cass. soc., 16 avr. 2008, *Bull. Joly Sociétés*, 2008, p. 665, § 142.
- LE CANNU (P.),
- Cass. com. 2 juill. 1985, *Rev. sociétés* 1986, 231.
 - CA Paris, 16 déc. 1986, *Bull. Joly* 1987, § 48, p. 99.
 - Cass. soc., 12 févr. 1987, *Bull. Joly Sociétés* 1987, p. 384.
 - Com. 24 févr. 1987, *Bull. Joly Sociétés* 1987, p. 211, § 98.
 - Cass. com., 11 juill. 1988, *Bull. Joly Sociétés* 1988, § 217, p. 666.
 - Cass. com., 4 oct. 1988, *Bull. Joly Sociétés* 1988, p. 863.
 - CA Aix-en-Provence 2^e ch. civ., 7 févr. 1992, *Bull. Joly Sociétés*, 1^{er} nov. 1992 n° 11, p. 1217.
 - Com., 26 avril 1994, *Bull. Joly Sociétés*, 1994, § 221, p. 831.

- Com. 4 oct. 1994, *Dr. sociétés* 1994, p. 207, *Defrénois* 1995, p. 215.
 - CA Paris 8 déc. 1995, *Bull. Joly* 1996, § 64, p. 199.
 - CA Paris 15^e ch. sect. B, 8 déc. 1995, *Bull. Joly Sociétés*, 01 mars 1996 n° 3, p. 199.
 - Cass. 2^e civ., 22 oct. 1997, *Bulletin Joly Sociétés*, 01 avril 1998 n° 4, p. 360.
 - CA Paris, 3 avr. 1998, *Bull. Joly* 1998, p. 116.
 - CA Paris, 20 nov. 1998, *Bull. Joly Sociétés*, 1999, p. 476, § 99.
 - CA Paris, 20 nov. 1998, *Bull. Joly Sociétés*, 1999, p. 476, § 99.
 - Cass. com., 8 déc. 1998, *Bull. Joly* 1999, p. 535.
 - Cass. com., 9 févr. 1999, *Rev. sociétés* 1999, p. 81.
 - Cass. com., 26 oct. 1999, *Bull. Joly Sociétés* 2000 n° 2, § 28, p. 149.
 - Cass. com., 22 mai 2001, *Bull. Joly Sociétés* 2001, n° 10, p. 988.
 - Cass. com., 19 avril 2005, *RTD com.* 2006, p. 129.
 - Cass. 2^e civ., 14 févr. 2007, *Bull. Joly Sociétés* 2007, n° 9, § 281, p. 1013.
 - Cass. 2^e civ., 14 févr. 2007, *Bull. Joly Sociétés*, 01 septembre 2007 n° 9, § 281, p. 1013.
 - Com., 3 juin 2008, *Bull. Joly Sociétés* 2008, p. 876.
 - Cass. 1^{ère} civ., 22 oct. 2008, *Bull. Joly Sociétés* 2009, p. 360, § 70.
 - Cass. com., 31 mars 2009, *Bull. Joly Sociétés* 2009, p. 660.
 - Soc. 8 juill. 2009, *RTD com.* 2009 p. 762.
 - Com., 1^{er} mars 2011, *Rev. sociétés* 2012, p. 41.
 - Cass. soc., 25 oct. 2011, *Bull. Joly Sociétés*, n° 3, 2012, § 125, p. 256.
- LE CANNU (P.) et B. DONDERO,
- Cass. com., 15 mai 2007, *RTD com.* 2007, p. 773.
 - CA Versailles, 19 mai 2011, *RTD com.* 2011, p. 3680
 - Paris, pôle 5, ch. 9, 15 avr. 2010, *RTD com.* 2011 p. 746.
- LECOURT (A.), sous Cass. com., 14 nov. 2006, *Bull. Joly Sociétés* 2007, § 84, p. 369.
- LE NABASQUE (H.),
- Cass. com. 15 oct. 1991, *Dr. sociétés* 1992, comm. n° 14.
 - Cass. com., 15 mars 1994, *Dr. sociétés* 1994, comm. 98.
 - Com. 4 oct. 1994, *Dr. sociétés* 1994, p. 207.
 - CA Paris 15^e ch. sect. A, 16 janv. 2001, *Bull. Joly Sociétés*, 01 avril 2001 n° 4, p. 374.
- LEBEL (C.),
- Civ. 3^e, 29 janv. 2003, *Rev. proc. coll.* 2003. 347.
 - Cass. com., 27 févr. 2007, *Gaz. Pal.* 13 avr. 2007, p. 27.
 - Cass. com., 19 févr. 2008, *Rev. proc. coll.* 2008, comm 117.
 - Cass. com., 12 nov. 2008, *JCP éd. E*, n° 2, 8 Janvier 2009, 1023.
- LECENE-MARENAUD (M.), sous CA Paris, 3 nov. 1994, *D.* 1995, p. 532.
- LEGEAIS (D.),
- Cass. com., 17 juin 1997, *Bull. civ. I*, n° 188, J.C.P. éd. E. 1997. II. 1007, p. 235.
 - Cass. com., 26 janv. 1999, *JCP éd. G.* 1999, II 10087.
 - Com. 13 nov. 2007, *RTD com.* 2008, p. 167.
 - Com. 15 janv. 2013, *Rev. sociétés* 2013, p. 291.
- LEGROS (J. P.) :
- Com., 22 janv. 1991, *Rev. sociétés* 1992, p. 61.
 - Cass. com., 22 janv. 2002, *Dr. sociétés* n° 11, 2002, comm. 194.
 - Cass. com., 18 juin 2002, *Dr. sociétés* n° 4, Avril 2003, comm. 72.
 - CA Aix-en-Provence, 27 févr. 2002, *Dr. sociétés* 2002, comm. 195.
 - Cass. com., 4 févr. 2003, *Dr. sociétés* n° 8, Août 2003, comm. 144.
 - CA, Aix-en-Provence, ch. 8 A, 28 janv. 2004, *Droit des sociétés* 2004, comm. 212.
 - Cass. com., 21 juin 2005, *Dr. sociétés* 2005, comm. 193.
 - CA Orléans, ch. com., 5 oct. 2006, *Dr. sociétés* n° 7, Juill. 2007, comm. 132.
 - CA Orléans, ch. com., 29 mai 2008, *Dr. sociétés* 2009, comm. 37.
 - CA Paris, 9^e ch., 3 févr. 2011, *Dr. sociétés* n° 7, 2011, comm. 137.
- LEPELTIER (D.), sous Soc. 13 avr. 1988, *Bull. Joly Sociétés* 1989, p. 82.
- LIBCHABER (R.), sous Com. 10 nov. 2009, *Rev. sociétés* 2010 p. 99.
- LIENHARD (A.),
- Cass. com., 18 mars 2003, *D.* 2003, AJ p. 975.
 - Cass. com., 15 mars 2005, *D.* 2005, p. 957.
 - Cass. com., 19 avril 2005, *D.* 2005, p. 1225.
 - Com., 12 juill. 2005, *JCP éd. E*, 2006, p. 2006.
 - Cass. com., 23 oct. 2007, *D.* 2007, p. 2726.
 - Com. 30 sept. 2008, *D.* 2008, AJ. 2596.
 - Com. 8 déc. 2009, *Rev. sociétés* 2010. 41.
 - Com. 19 janv. 2010, pourvoi n° 09-14.438, arrêt n° 54 F-D, *Rev. sociétés* 2010. 41.
 - Com. 23 mars 2010, *Rev. sociétés* 2010, p. 174.
 - Com. 18 mai 2010, n° 09-14.855, *D.* 2010. 2405.
 - Com. 13 juill. 2010, n° 09-16.156, *D.* 2010. 2880.
 - Com., 6 nov. 2012, *D.* 2012, Somm. p. 2655.
 - Com. 9 mars 2010, *Rev. sociétés* 2010, p. 170.
 - Com. 9 nov. 2010, *Rev. sociétés* 2010, p. 572.
- LUCAS (F.-X.),
- Cass. crim., 17 oct. 2000, *Dr. sociétés* n° 4, Avril 2001, comm. 64.
 - Cass. civ. 3^e, 24 janv. 2001, *JCP G* 2001, II, n° 10496, p. 613.
 - Cass. com., 22 mai 2001, *Bull. Joly Sociétés* 2001, n° 10, p. 988
 - Cass. 3^e civ., 2 oct. 2001, *Bull. Joly Sociétés* 2002, p. 265.
 - Cass. civ. 3^e, 23 janv. 2002, *Bull. Joly Sociétés* 2002, p. 640.
 - Cass. com., 18 mars 2003, *Revue des contrats*, 2003 n° 1, p. 162.
 - Cass. com., 1^{er} avr. 2003, *Bulletin Joly Sociétés*, 01 juillet 2003 n° 7, p. 776.
 - Versailles, 12^e ch., 5 juin 2003, *RDC* 2004, n° 3, p. 737.
- M.-J, sous CA Paris, 16 févr. 1982, *JCP éd. G* 1982, II, 19900.
- MARMOZ (F.),
- Crim., 18 janv. 2000, *JCP éd. E*, n° 6, 2001, p. 278.
 - Cass. crim., 8 déc. 2009, *JCP éd. E*, n° 16, 2010, 1380.
 - Cass. com., 8 févr. 2011, *D.* 2011, p. 1321.
- MAROTTE (J.) et ROBINE (D.), sous Com., 19 avril 2005, *Rev. sociétés* 2005, p. 902.

- MARTIN-SERF (A.), sous Cass. com., 6 oct. 2009, *Rev. proc. coll.* 2010, comm. 114.
- MASCALA (C.),
- CA Paris, 8 oct. 2002, 3^e ch., sect. A, 2 arrêts, *RTD com.* 2003, p. 376.
 - Com. 5 nov., 2003 *RTD com.* 2004, p. 604.
- MASSART (Th.),
- Com., 22 nov. 2011, *Rev. sociétés* 2012, p. 147.
 - Com., 12 mars 2013, *Rev. sociétés* 2013, p. 690.
- MATHEY (N.), sous Com. 18 déc. 2007, *Rev. sociétés* 2008, p. 348.
- MATSOPOULOU (H.), sous Crim. 23 mai 2007, *RSC* 2008, 615.
- MENJUCQ (M.), sous Cass. 1^{re} civ., 26 oct. 2011, *Bull. Joly Sociétés* 2012, p. 70.
- MERLE (Ph.),
- Com. 12 juill. 1993, *D.* 1993, Jur. 549, *Petites affiches* 28 juillet 1993, p. 27.
 - CA Paris 3^e ch. sect. B, 23 oct. 1992, *Bull. Joly Sociétés*, 1993 n° 1, p. 95, § 16.
- MESTRE (J.),
- CA Aix-en-Provence, 8 mars 1983, *Rev. sociétés* 1983, p. 772.
 - Com. 2 juin 2004, *RTD civ.* 2004 p. 505.
- MESTRE (J.) et FAGES (B.), sous Com. 13 nov. 2003, *RTD civ.* 2004, p. 80.
- MICHA-GOUDET (R.) et REINHARD (Y.), sous CA Lyon, 13 nov. 1996, *D.* 1998, p. 250.
- MOLFESSIS (N.), sous Cass. com., 8 févr. 2011, *D.* 2011, p. 1315.
- MOLINIER, sous Civ. 2^e, 1^{er} avril 1963, *D.* 1963, 453.
- MONNET (J.),
- Cass. com., 17 déc. 2002, *Dr. sociétés* n° 3, Mars 2003, comm. 52.
 - Cass. com., 25 avr. 2006, *Droit des sociétés* n° 7, Juillet 2006, comm. 109.
 - Com., 20 févr. 2007, *Dr. Sociétés* 2007, comm. 78.
 - Cass. com., 10 juill. 2007, *Droit des sociétés* n° 3, mars 2008, comm. 56.
 - CA Toulouse, 2^e ch., sect. 2., 22 janv. 2008, *Dr. sociétés* n° 11, Novembre 2008, comm. 231.
- MONSÉRIÉ-BON (M.-H.),
- Cass. civ. 3^e, 19 juill. 2000, *RTD com.* 2000, p. 963.
 - Com. 13 nov. 2003, *RTD com.* 2004 p. 118.
 - Civ. 1^{ere}, 8 nov. 2007, *RTD com.* 2008, p. 141.
- MORELLI (N.),
- Cass. com., 26 mai 2010, *Rev. sociétés* 2011, p. 119.
 - Com., 1^{er} déc. 2009, *Rev. sociétés* 2010 p. 256.
- MORETTI (A.), sous Com. 12 janv. 1988, *Petites affiches*, 5 sept. 1988.
- MOULY (Ch.),
- CA Montpellier, 7 janv. 1980, *Rev. sociétés* 1980, 736.
 - Cass. Ch. Mixte, 10 juill. 1981, *D.* 1981, 637, *Rev. sociétés* 1982, p. 84.
 - Cass. crim., 28 mars 2006, *JCP éd. G*, n° 47, 2006, II, 10188.
- N. R, sous Cass. crim., 7 juin 2006, *JSL* 2006, p. 196.
- OHL (Cl.-N.) et SCHMIDT (D.), sous Cass. com., 8 févr. 2011, *Bulletin Joly Sociétés*, 01 avril 2011 n° 4.
- OHL (D.),
- Crim., 4 févr. 1985, *JCP G* 1986, II, 20585, *D.* 1985, p. 478.
 - Crim., 22 août 1995, *Rev. sociétés* 1996, p. 339.
- Com. 28 avril 1998, *JCP* 1998, II, 10177.
- ORENGO (C.), sous Cass. com., 11 janv. 1972, *D.* 1972, p. 559.
- PACLOT (Y.), sous Cass. soc., 8 juill. 2009, *JCP éd. E* 2009, 2034.
- PAISANT (G.), Civ. 2^e, 21 janv. 2010, *RTD com.* 2010, p. 437.
- PARIENTE (M.), sous Cass. com., 13 nov. 2007, *Rev. sociétés* 2008, p. 113.
- PASQUALINI (F.),
- Cass. com., 29 juin 1993, *Rev. sociétés* 1994, p. 63.
 - Com. 18 octobre 1994, *Rev. sociétés* 1995, p. 284.
- PETEL (Ph.),
- Cass. com., 27 avr. 1993, *JCP éd. E* 2008, 2062, n° 14.
 - Cass. com., 19 nov. 1996, *JCP éd. E*, n° 14, 1997, 932.
 - Com., 12 juill. 2005, *JCP éd. E*, 2006, p. 2006.
 - Com., 20 oct. 2009, n° 08-18942, *Sté Akess*, *Bull. Joly Sociétés* 2010, p. 282, § 62.
 - Cass. com., 15 déc. 2009, *JCPE* 2010, 1296, n° 14.
- PETIT (B.) et REINHARD (Y.),
- Paris, 3^e ch. B, 8 avr. 1994, *RTD com.* 1994, p. 520.
 - CA Lyon, 13 nov. 1996, *RTD com.* 1998, p. 176.
- PIEDELIEVRE, sous CA Paris, 15^e ch. B., 17 févr. 1989, *Gaz. Pal.* 1989, 2, p. 521.
- PORACCHIA (D.),
- Cass. com., 12 mai 2004, *Dr. et patr.* 2004, 131..
 - Cass. com., 15 janv. 2002, *Dr. et patr.* 2003, n° 112, p. 118.
 - Com., 2 nov. 2005, *Rev. sociétés* 2006, p. 398.
 - Cass. civ. 3^e, 4 janv. 2006, *Rev. sociétés* 2006, p. 548.
- PRALUS, sous Cass. crim., 27 oct. 1997, *JCP éd. E*, 1998, n° 6, II, 10017.
- PREVOST (S.), sous Com. 13 déc. 2011, F-D, n° 10-26.968, *Rev. sociétés* 2012, p. 109.
- PRIETO (C.), sous Cass. com., 24 février 1998, *Bull. Joly Sociétés* 1998, § 169, p. 527.
- PRIGENT (S.), sous Cass. com., 13 déc. 2005, *Petites affiches*, 24 avril 2006, n° 81, p. 17.
- PUIGELIER (C.), sous Cass. soc. 21 juin 1994, *JCP* 1995, II, 22370.
- PUTMAN (E.), sous CA Aix-en-Provence, 27 janv. 1994, *Bull. Joly Sociétés*, 1995, p. 325, § 103.
- QUETANT (G. P.), sous Cass. soc., 18 févr. 1998, *Defrénois* 1999, art. 36923-2, p. 43.
- RANDOUX (D.),
- Civ. 1^{re}, 19 mai 1987, *JCP* 1976, II, 18346.
 - Com., 15 déc. 1998, *Rev. sociétés* 1999, p. 350.
 - Com. 3 juin 2008, *Rev. sociétés* 2009, p. 383.
 - Com., 7 avril 2009, *Rev. sociétés* 2010, p. 786.
- RAULT (J.), sous Cass. com. 17 juill. 1956, *RTD com.* 1956, 693.
- REIGNÉ (Ph.),
- Cass. soc., 22 mai 1995, *Bull. Joly Sociétés* 1995 n° 10, § 306, p. 860.
 - Civ. 1^{er} 3 juill. 1996, *D.* 1997, 500.
 - Cass. com., 26 nov. 1996, *JCP éd. G* 1997, II, n° 22771.
- REILLE (F.), sous Cass. com., 17 nov. 2009, *Bull. Joly Sociétés* 2010 n° 3, p. 259.
- REINHARD (Y.),
- Cass. soc. 8 oct. 1980, *D.S.* 1981, 257.
 - Grenoble 31 mai 1983, *JCP éd. E* 1985, II, 14389.
 - Com. 3 mars 1987, *Sté Union des banques de Paris c/ Lebon*, *RTD com.* 1987, p. 393.
- RENUCCI (J.-F.) sous Crim. 27 avr. 2000, *RSC* 2000 p. 842.

- REYGROBELLET (A.), sous Com., 23 oct. 2012, *Rev. sociétés* 2013, p. 160.
- RIASSETTO (I.),
- Cass. com., 29 mars 2011 *Rev. sociétés* 2011, p. 416.
 - Com., 13 mars 2012, *Rev. sociétés* 2012 p. 487.
 - Com. 27 nov. 2012, *Rev. sociétés* 2013, p. 423.
- ROBERT (J.-H.),
- Cass. crim., 24 janv. 1984, *D.* 1984, p. 508.
 - Cass. crim., 2 fév. 1993, *JCP éd. E*, n° 27, 1993, act. 847.
 - Cass. crim., 18 juin 1998, *Dr. pén.* 1998, comm. 156.
 - Cass. crim., 21 mars 2001, *Dr. pén.* 2001, comm. 103.
 - Crim. 30 janv. 2002, *JCP* 2002. I. 346.
 - Cass. crim., 12 janv. 2005, *JCP E* 2005, 1491.
 - Cass. crim., 9 mars 2005, *Dr. pén.* n° 6, 2005, comm. 97.
 - Cass. crim., 14 fév. 2007, *Dr. pén.* 2007, comm. 73.
 - Cass. crim., 20 juill. 2011, *Dr. pén.* n° 10, Octobre 2011, comm. 124.
 - Cass. crim., 9 nov. 2010, *Dr. pén.* n° 3, Mars 2011, comm. 39.
- RONTCHEVSKY (N.), sous Cass. com., 12 mars 1996, *Bull. Joly Sociétés* 1996 n° 6, §176, p. 516.
- ROUJOU DE BOUBEE (G.), sous Cass. crim., 16 janv. 1989, *D.* 1990, somm. p. 363.
- ROUMÉLIAN (O.), sous Com., 9 mars 2010, *Petites affiches* 2010 n° 120, p. 16.
- ROUSSEAU (H.),
- Cass. req., 5 juill. 1933 et 29 oct. 1934, *S.* 1935, 1, *Jur.* p. 89.
 - Cass. com., 26 janv. 1938, *S.* 1939, 1, *Jur.* p. 49.
- ROUSSEAU (J.), sous Cass. com., 5 janv. 1973, *JCP* 1973, II, 17404.
- ROUSSEL GALLE (Ph.),
- Cass. com., 21 juin 2005, *Rev. sociétés* 2006, p. 416.
 - Com. 9 février 2010, *Rev. sociétés* 2010, p. 194.
 - Com. 21 sept. 2010, *Rev. sociétés* 2010, p. 537.
 - Cass. com., 1^{er} déc. 2009, *JCP G* 2010, 55.
- ROUSSILLE (M.),
- Cass. civ. 1^{re}, 17 juin 2010, *Droit des sociétés* n° 10, oct. 2010, comm. 181.
 - CA Poitiers, 2^e ch. civ., 24 janv. 2012, *Dr. sociétés* n° 11, Novembre 2012, comm. 181.
- SAINTOURENS (B.),
- Versailles, 12 mars 1991, *Bull. Joly Sociétés* 1993, p. 572.
 - Com., 26 janv. 1993, *Rev. sociétés* 1993.
 - Com., 4 mai 1993, *Rev. sociétés* 1993, p. 567.
- Cass. crim., 14 juin 1993, *Bull. Joly Sociétés* 1993, n° 11, p. 1139.
 - Cass. com., 7 juin 1994, n° 1356 D, *Bull. Joly Sociétés* 1994 n° 11, p. 1232, § 336.
 - Com. 18 oct. 1994, *Bull. Joly Sociétés* 194, p. 130.
 - Cass. com., 13 fév. 1996, *Bull. Joly Sociétés* 1996 n° 6, § 178, p. 523.
 - Cass. com., 20 oct. 1998, *Rev. sociétés* 1999, p. 111.
 - Cass. 3^e civ. 6 janv. 1999, *Rev. sociétés* 1999, p. 380.
 - Soc. 14 janv. 1999, *Rev. sociétés* 1999, p. 616.
 - Cass. com., 26 mai 2004, *Bull. Joly Sociétés* 2004 n° 11, § 279, p. 1397.
 - Com., 21 sept. 2004, *Rev. sociétés* 2005 p. 363.
 - Cass. soc., 29 nov. 2006, *Bull. Joly Sociétés*, 01 avril 2007 n° 4, p. 496.
 - Cass. soc. 17 sept. 2008, *Bull. Joly Sociétés* 2009, § 1, p. 12.
 - Cass. soc., 25 oct. 2011, *Bull. Joly Sociétés*, n° 3, 2012, § 125, p. 256.
- SALOMON (R.),
- Cass. crim., 5 avr. 2006, *Dr. sociétés* 2006, comm. 171.
 - Cass. crim., 6 juin 2007, *Dr. sociétés* 2007, comm. 187.
 - Cass. crim., 10 sept. 2008, *Dr. sociétés* 2008, comm. 259.
 - Cass. crim., 16 déc. 2009, *Dr. sociétés* 2010, n° 78.
 - Cass. crim., 19 mai 2012, *Dr. sociétés* n° 7, 2012, comm. 130.
 - Cass. crim., 10 fév. 2010, *JCP éd. E*, n° 16, 2010, 1392.
 - Cass. crim., 13 oct. 2010, *Dr. sociétés* n° 2, Février 2011, comm. 40.
 - Cass. crim., 8 sept. 2010, *Dr. sociétés* n° 1, 2011, comm. 18.
 - Cass. crim., 19 mai 2012, *Droit des sociétés* n° 7, 2012, comm. 130.
- SAVATIER (J.), sous Soc., 21 mai 2002, *Dr. soc.* 2002, p. 902.
- SCHOLER (P.), sous Cass. com., 3 mai 2000, *Bull. Joly Sociétés* 2000 n° 10, p. 947.
- SEILLAN (H.),
- Cass. crim. 4 janv. 1983, *D.* 1983, II. 256.
 - Cass. crim. 8 fév. 1983, *D.* 1983.639.
- SIBON (J.-L.), sous Cass. com., 19 oct. 1981, *Rev. sociétés* 1982, p. 821.
- SIMLER (Ph.), sous Cass. 1^{re} civ., 25 janv. 2005 et Cass. com., 13 déc. 2005, *JCP éd. G* 2006, II 10021.
- SORDINO (M. -C.), sous Cass. crim., 18 nov. 1991, deux arrêts, *JCP* 1993.II.22102.
- TATU (P.), Conclusion, *Bull. Joly Sociétés* 1998, 1182.

V. JURISPRUDENCE

1. Jurisprudence française

a. Cour de cassation

- Civ. 10 avr. 1854, *D.* 1854, p. 183.
- Cass. crim., 8 mars 1883, *DP* 1884, 1, 428.
- Cass. civ., 7 déc. 1886, *S.* 1987, 1, 70 ; *DP.* 1887, 1, 101.
- Cass. req., 28 mars 1855, *DP* 1855, 1, 165.
- Cass. civ., 4 mars 1891, *DP* 1891, 1, 313.
- Req., 30 juill. 1895, *D.* 1896, 1, 132.
- Req., 3 août 1915, *GAJC*, t. I, n° 62.

- Cass. civ., 1^{er} juill. 1930, *DP* 1931, I, p. 97.
- Cass. req. 4 juillet 1934, *DH* 1934, p. 426.
- Cass. req., 21 mars 1939, *Gaz. Pal.* 1939, 1, 974.
- Cass. req., 30 oct. 1945, *D.* 1946, *Jur.* p. 93.
- Civ. 5 déc. 1949, *D.* 1950, 191.
- Cass. com. 6 nov. 1951, *D.* 1952, 58.
- Cass. crim. 26 juin 1952, *Bull. crim.* n° 168.

- Cass. com., 9 déc. 1955, *Bull. civ. IV*, p. 295.
 Com., 20 nov. 1962, *D.* 1963, Jur. 230.
 Crim. 10 oct. 1963, *Bull. crim.* n° 280.
 Cass. com., 11 janv. 1966, *Bull. civ. III*, n° 19, p. 17.
 Cass. com., 17 mai 1965, *JCP éd. G*, 1966, II, n° 14647.
 Cass. com., 23 janv. 1968, *Bull. civ. IV*, n° 38, p. 28.
 Cass. com., 31 janv. 1968, *D.* 1968, p. 321.
 Com., 6 mai 1969, *Bull. IV*, n° 157.
 Cass. 3^e civ., 20 déc. 1971, *Bull. civ.*, III, n° 645.
 Cass. crim., 9 mai 1973, *D.* 1974, p. 271.
 Cass. soc., 10 mai 1973, *Bull. civ. V*, n° 299.
 Cass. com. 2 juill. 1973, *Bull. civ. IV*, n° 232.
 Cass. com., 12 mars 1974, *Gaz. Pal.* 1974, II, Jur. p. 662.
 Cass. com., 17 oct. 1974, *JCP G* 1975, II, n° 18129.
 Cass. com., 8 janv. 1974, *Bull. civ.* 1974, IV, n° 12.
 Cass. com., 22 oct. 1974, *Bull. Joly Sociétés* 1975, p. 477.
 Cass. 1^{re} civ., 26 nov. 1974, *JCP G* 1975, IV, p. 17.
 Cass. com., 3 mars 1975, *Bull. civ. IV*, n° 66, p. 54.
 Civ. 2^e, 27 avril 1977, *Bull. civ.*, II, n° 108, p. 74.
 Cass. com. 27 févr. 1978, *Bull. civ. IV*, n° 63, *D.* 1978, IR 334.
 Cass. soc., 18 mai 1978, *Bull. civ.* 1978, V, n° 376.
 Cass. crim., 12 juin 1978, *Bull. crim.*, n° 189, p. 471.
 Civ. 1^{ère}, 14 nov. 1978, *Bull. civ. I*, n° 346.
 Cass. com., 3 avril. 1979, *Bull. Joly Sociétés* 1979, p. 593.
 Cass. com., 4 févr. 1980, *Bull. civ. IV*, n° 55.
 Cass. soc., 21 janv. 1981, *Bull. civ.*, V, n° 44.
 Cass. crim., 7 déc. 1981, *Bull. crim.* 1981, n° 325.
 Cass. com., 18 mai 1982, *Rev. sociétés* 1983, p. 71.
 Cass. soc., 5 nov. 1982, *Bull. civ. V*, n° 602, p. 444.
 Cass. soc., 28 mars 1984, *Bull. civ. V*, n° 129, p. 100.
 Cass. crim., 14 mai 1984, *Bull. crim.* 1984, n° 172.
 Cass. com., 17 juill. 1984, *Bull. Joly Sociétés* 1984, p. 875.
 Cass. com., 20 janv. 1987, *JCP E* 1987, 16342, n° 6.
 Cass. crim., 9 mars 1987, *Bull. Joly Sociétés* 1987, p. 305.
 Cass. com., 2 juin 1987, *Bull. civ.* 1987, IV, n° 130.
 Cass. com., 28 juin 1988, *Bull. Joly Sociétés*, 1988, p. 687, § 227.
 Cass. com., 10 mai 1989, *JCP éd. G* 1989, IV, p. 259.
 Cass. crim., 5 juin 1989, *Bull. crim.*, n° 233.
 Cass. com., 18 juill. 1989, *Dr. sociétés* 1989, p. 261.
 Cass. com., 15 janv. 1991, *Bull. Joly Soc.* 1991, § 145, p. 424.
 Com., 29 janv. 1991, *Bull. civ.*, IV, n° 43.
 Cass. com., 28 mai 1991, *Bull. civ.* 1991, IV, n° 187, p. 133.
 Cass. com., 4 juin 1991, *Rev. sociétés* 1992, p. 55.
 Cass. com., 11 juin 1991, *RJDA* 1991, n° 852, p. 732.
 Soc., 17 juill. 1991, *D.* 1991, IR 225.
 Cass. com., 31 mars 1992, *Bull. cass. IV*, n° 142, p. 100.
 Civ. 1^{re}, 25 mai 1992, *Bull. civ.*, I, n° 156.
 Cass. com., 12 janv. 1993, *Bull. Joly Sociétés* 1993, p. 336.
 Com. 4 mai 1993, *D.* 1993, somm. p. 148.
 Cass. crim., 21 juin 1993, *Bull. crim.* 1993, n° 217.
 Cass. com., 12 juill. 1993, *Bull. civ. IV*, n° 292.
 Cass. com., 1^{er} févr. 1994, *RJDA* 1994, n° 540.
 Cass. soc., 9 févr. 1994, *D.* 1994, somm. p. 71.
 Cass. com., 15 nov. 1994, *D.* 1995, IR, p. 3.
 Cass. com., 24 janv. 1995, *Bull. civ. IV*, n° 26, p. 22.
 Cass. com., 31 janv. 1995, *JCP E* 1995, pan., n° 361, p. 113.
 Cass. com., 9 mai 1995, n° 92-20.746, *Bull. civ. IV*, n° 133.
 Cass. com., 4 juill. 1995, *Bull. Joly Sociétés* 1995, p. 968.
 Cass. com., 19 déc. 1995, *Bull. civ.*, IV, n° 304.
 Com. 27 févr. 1996, *Bull. civ. IV*, n° 65.
 Cass. com., 2 avr. 1996, *D.* 1996, IR p. 123.
 Civ. 1^{ère}, 3 juill. 1996, *Bull. civ. I*, n° 296.
 Cass. com., 7 oct. 1997, n° 94-18.553, *Bull. Joly* 1997, p. 1074.
 Cass. crim., 27 nov. 1997, *Bull. crim.* 1997, n° 405.
 Civ. 2^e, 19 mai 1998, *Bull. civ. II*, 1998, n° 161.
 Com. 28 mars 2000, *Rev. sociétés* 2000, 535.
 Cass. 2^e civ., 27 sept. 2001, *D.* 2002, IR, p. 2948.
 Cass. crim. 10 avr. 2002, *Bull. crim.* n° 86.
 Com., 3 déc. 2002, *BRDA* 3/2003, p. 5.
 Cass. com., 7 janv. 2003, *Bull. civ. IV*, n° 3.
 Cass. soc., 1^{er} avril 2003, n° 02-14.680, *D.* 2003, p. 1135.
 Cass. com., 20 mai 2003, n° 99-17.092, *Bull. civ. IV*, n° 84.
 Cass. com. 3 déc. 2003, *RJDA* 4/2004, n° 458.
 Soc., 4 fév. 2004, n° 01-43.651, *JCP* 2004, E, 502.
 Cass. crim., 22 sept. 2004, *Rev. soc.* 2005, p. 200.
 Cass. crim., 23 nov. 2004, *Rev. Lamy dr. aff.* 2005, p. 80.
 Cass. com., 4 juill. 2006, *JCP E* 2006, n° 35, n° 2247, p. 1436.
 Com., 28 nov. 2006, *RJDA* avril 2007, n° 371.
 Civ. 3^e, 31 oct. 2007, *D.* 2007, *Somm.* p. 2873.
 Cass. 2^e civ., 4 déc. 2008, *JCP E* 2009, 1080.
 Cass. 1^{re} civ., 20 mai 2009, *JCP E* 2009, 1683.
 Cass. soc., 1^{er} févr. 2011, *D.* 2011, somm., p. 440.
 Cass. soc., 19 janv. 2012, *Liaisons soc.* 2012.
 Cass. 2^e civ., 14 juin 2012, n° 11-17367, *Bull. Joly Bourse* 2012, p. 340.

b. Cours d'appel

- Paris 18 nov. 1893, *Gaz. Pal.* 1894, 1, p. 10.
 CA Paris, 21 janv. 1852, *DP* 1852, II, p. 278.
 CA Montpellier, 4 nov. 1940, *JCP G* 1942, II, p. 187.
 CA Paris, 2 mai 1935, *Gaz. Pal.* 1935, 2, *Jur.* p. 113.
 CA Paris, 9 mai 1961, *D.*, 1962, somm., p. 26.
 CA Paris, 13 juin 1964, *D.* 1965, p. 398.
 CA Orléans, 9 nov. 1972, *JCP éd. G* 1973, p. 134.
 CA Paris, 3^e ch., 13 janv. 1976, *Dr. sociétés* 1976, comm. 42.
 Paris, 16 févr. 1977, *D.*, 1977, IR, p. 446.
 CA Paris, 14^e ch., 16 mai 1978, *Rev. sociétés* 1979, p. 72.
 CA Paris, 28 oct. 1980, *JCP éd. G*, 1981, IV, p. 393.
 CA Paris, 1^{er} juin 1982, *Bull. Joly* 1982, p. 973.
 CA Rouen, 20 oct. 1983, *D.* 1985, jur. p. 161.
 CA Nancy, 10 févr. 1988, *BRDA* 1989, n° 19, p. 13.
 CA Paris, 7^e ch. B., 23 nov. 1988, *D.* 1989, IR, p. 3.
 CA Nîmes, 15 févr. 1989, *Dr. sociétés* 1989, n° 257.
 Versailles, 10 mai 1990, *Bull. Joly Sociétés* 1990, p. 770.
 Versailles, 11 juill. 1991, *Dr. Sociétés* 1992, n° 34.
 Paris, 4 oct. 1991, *RJDA* 1991, n° 1036, p. 860.
 CA Paris, 17 oct. 1995, *Dr. sociétés*, n° 1, janv. 1996, p. 15.
 CA Paris, 27 oct. 1995, *Bull. Joly Sociétés* 1996, § 11, p. 45.
 CA Versailles, 27 juin 1996, *Bull. Joly Sociétés* 1996, p. 1021.
 CA Paris 3^e ch. sect. A, 16 déc. 1997, *Bull. Joly Sociétés* 1998 n° 4, § 126, p. 369.
 CA Paris, 4 sept. 1998, *RJDA* 1998, n° 1369.
 CA Paris, 1^{er} ch. A, 28 mai 2001, *BRDA* 2002, n° 10, p. 3.
 CA Versailles, 19 déc. 2002, 12^e ch., 2^e sect, *RJDA* 2003, n° 4, n° 399, p. 399.
 CA Paris, 12 sept. 2003, *Dr. sociétés* 2004, comm. 45, p. 27.
 CA Paris 7 sept. 2004, *Bull. Joly* 2004, p. 1358.
 CA Versailles, 19 mai 2011, n° 10/01523, *D.* 2011, 1479.

c. Tribunaux

T. confl., 30 juill. 1873, GAJA 2007, p. 5, n° 2.
T. com. de la Seine, 23 mai 1928, *Gaz. Pal.* 1928, 2, p. 678.

Trib. Civ. Grasse, 10 janv. 1950, D. 1950, 291.
T. com. Paris, 20 juin 2000, *Bull. Joly Sociétés* 2000, p. 1125.

2. Jurisprudence africaine

a. Jurisprudence de la CCJA

CCJA, avis n° 002/2000/EP, 26 avril 2000, in *OHADA, Coll. du recueil de jurisprudence de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage, Vol. 1*, 2003, 73.

CCJA avis n° 1/2001/EP du 30 avril 2001, *Recueil de jurisprudence CCJA*, n° spécial, janv. 2003, p. 74 ; Répertoire quinquennal OHADA 2000-2005, p. 261.

CCJA, arrêt n° 015/2005 du 24 fév. 2005, *affaire Angoua Koffi Maurice c/ la Société Win SARL*, in *Les grandes décisions de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage*, p. 159.

CCJA, arrêt n° 033/2007 du 22 nov. 2007, *Affaire 1° Compagnie des Transports Commerciaux dite COTRACOM ; 2° Aminata YOUSOUF c/ Banque Internationale de l'Afrique de l'Ouest – Côte d'Ivoire dite BIAO-CI*, *Recueil de Jurisprudence* n° - Juill. / Déc. 2007, p. 23 ; Répertoire quinquennal OHADA 2006-2010, t. 2, p. 764.

b. Jurisprudence des juridictions nationales

- Cour suprême

Cour Suprême de Côte d'Ivoire, Chambre Judiciaire, arrêt n° 351/07 du 14 juin 2007, *Actualités juridiques* n° 59, p. 306 ; Répertoire quinquennal OHADA 2006-2010, t. 2, p. 765.

- Cours d'appel

CA Cotonou, arrêt n° 178 / 99 du 30 sept. 1999, *Affaire Dame Karamatou IBIKOUNLE c/ Sté CODA-BENIN et quater autres*, in *OHADA Jurisprudences nationales*, n° 1, déc. 2004, p. 72.

CA Cotonou, arrêt n° 256/2000 du 17 août 2000, *Affaire Société Continentale des Pétroles et d'Investissement, M. Séfou Fagbohoun, SONACOP, M. Cyr Koty c/ Etat Béninois, Ohadata J-06-101*, in *OHADA Jurisprudences nationales*, n° 1, décembre 2004, p. 82.

CA Dakar, soc. 2, Arrêt n° 263 du 14 juin 2005, *Affaire Bank Of Africa c/ Bonneau*, *Rev. EDJA* n° 76, janv. – fév. – mars 2008, p. 75 ; Répertoire quinquennal OHADA 2006-2010, t. II, p. 754.

CA Abidjan, civ. et com., 5^e ch. A, arrêt civil contradictoire n° 823 du 26 juill. 2005, *Affaire M. Mouangue Lobe*, in *Répertoire quinquennal OHADA 2006-2010*, t. 2, p. 55.

CA Abidjan, civ. et com. (3^e chambre b), arrêt n° 65 du 02 févr. 2007, *Poste de Côte d'Ivoire c/ ZEHI SEBASTIEN GBALE*, *Répertoire quinquennal OHADA 2006-2010*, t. 2, p. 767.

CA Port-Gentil, 1^{ère} civ. et com., 1^{er} mars 2007, *affaire Gabon Voyahe c/ Descarceaux*, *OHADA, Jurisprudence nationales* n° 2, 2010, p. 105.

CA Lomé, arrêt n° 044 du 26 mars 2009, in *OHADA, Recueil de jurisprudence nationale 2010*, p. 95.

CA Lomé, arrêt n° 089/09 du 28 mai 2009, *SE2M-TOGO et SE3M-TOGO / Sté SDV TOGO, Sté SOCOPA SA, Sté Participaciones Ibero Internationales*, in *Répertoire quinquennal OHADA 2006-2010*, t. 2, p. 755.

- Tribunaux

TRHC de Dakar, ord. de référé, n° 901 du 9 août 1999, *Hassane Yacine c/ Sociétés des Nattes Industries, Ibrahima Yazback et autres*, *Ohadata*, J-02-198, obs. J. ISSA SAYEGH.

TRHC Dakar, ord. n° 1671, 23 déc. 2002, *Abdoulaye Ndiaye et autres c/ Ndiouga Lo*, *www.ohada.com*, J-03-186.

TGI du Mfoundi, Jugement civil n° 274 du 14 févr. 2005, *Affaire WAGOUM ALAIN MARCEL c/ TCHEKOUNANG ACHILLE MARIE*, *Répertoire quinquennal 2006-2010*, t. 2, p. 766.

TPI Bouala-Bonanjo, ord. n° 251 du 29 juin 2006, *Affaire Omais Kassim c/ La société S.D.V. Cameroun SA*, *Répertoire quinquennal OHADA 2006-2010*, t. 2, p. 755.

INDEX ALPHABÉTIQUE

(Les chiffres renvoient aux numéros de paragraphes)

A.

Abus (de),

- biens sociaux, 238, 253, 317, 328, 364, 379, 380 s., 385, 390, 391, 392, 467, 523, 526.
- confiance, 364, 379, 390 s.
- crédit de la société, 381 s.
- droit, 3, 783.
- la personnalité morale, 177 s., 467.
- minorité, 105, 552 s.
- position, 379 s.
- pouvoirs, 379, 384 s., 891.
- voix, 379, 387 s.

Actes courants, 34, 50.

Actes de gestion, 96, 327.

Actes graves, 35, 186 s.

Actes interdits, 234 s.

Activité sociale,

- unique, 66.
- non réglementée, 94, 825-829.
- réglementée, 5, 194, 244, 830-832.

Action individuelle, 295, 362 s., 365 s.

Action sociale,

- ut singuli, 35, 252, 347, 353 s., 587,
- ut universi, 252, 332, 347, 349 s., 356, 587.

Actions gratuites, 263, 730-734.

Administrateur, 10, 12, 258, 263, 313, 331, 356, 384, 543 s., 979, 982.

Administrateur délégué, 28, 563, 624, 861 s.

Administrateur général, 10, 14, 118, 193, 293, 297, 315, 322, 356, 390, 546, 549, 582, 608, 624, 844, 868, 921, 986 s.

Administrateur général adjoint, 10, 14, 118, 193, 322, 356, 390, 868, 921, 923, 943.

Administrateur indépendant, 2, 893, 895.

Agrément du dirigeant cessionnaire, 720 s.

Alerte, 166, 969, 970-974.

Assemblée générale extraordinaire, 69 s., 100 s.

Assurance-responsabilité, 469.

Autorisation,

- préalable, 188 s., 223 s., 256 s., 354.
- a posteriori, 216.

B.

Banqueroute, 492 s., 508 s.

Bon de souscription d'action, 733, 734.

Bureau de représentation ou de liaison, 147.

C.

Casier judiciaire des dirigeants, 506.

Cessation des paiements, 444 s.

Cession des droits sociaux en faveur des dirigeants, 719 s.

Cession forcée des droits sociaux des dirigeants, 462 s.

Code de gouvernement, n° 15.

Comblement du passif social, 471 s.

Comité d'audit, 2, 878, 880, 893-986.

Comité d'éthique, 877, 878, 879.

Comité d'études, 878, 879, 897-899.

Comité de rémunérations, 2, 878, 879, 890-892.

Comité de sélection, 877, 878.

Commissaire aux comptes,

- désignation facultative, 163, 166, 401, 797, 883.
- désignation d'office, 952, 953-967.
- pouvoirs, 162, 278, 391, 402, 755.

Communication de faux états financiers de synthèse, 392 s., 403, 404.

Communauté d'intérêts, 96, 218, 226 s., 797.

Compte courant d'associé,

- conclusion, 263, 394.
- découvert, 239, 247, 381.

Conditions normales, 243.

Confirmation des actes nuls, 214, 251.

Conflits d'intérêts, 232, 254, 340, 429, 792, 981, 995.

Confusion de patrimoines, 171 s., 467.

Conjoint du dirigeant, 223, 243, 292, 623.

Conseil d'administration,

- fonctionnement interne, 569, 570, 730, 749, 932 s.
- mixité, 573.
- origine, 28 s.
- pouvoirs, 12, 13, 63, 64, 188 s., 256 s., 274, 817, 879 s.
- président (du), 10, 28 s., 52, 190, 260, 264, 331, 572, 859 s., 925, 935, 946, 986 s.
- vice-président, 572, 851 s., 861 s.

Conseil de gérance, 118.

Conseil de surveillance, 14, 569 s., 571, 938, 939.

Contrat de travail ayant pour objet l'exercice d'une fonction sociale, 594, 607, 650, 651, 1014.

Contre-pouvoirs des dirigeants, 49 bis, 186 s., 305 s.

Contrôle des actes des dirigeants, 918, 933, 952 s.

Convention de croupier, 110, 114, 115.

Conventions dissimulées, 272.

Conventions frauduleuses, 269.

Conventions libres, 261 s.

Conventions réglementées, 254 s., 262 s., 317, 594, 770, 808.

Convention de direction,

- cause, 664-666.
- conception large, 643-647.
- conception stricte, 648-655.
- conditions de forme, 667-669.
- définition, 655.

- *objet*, 660-663.
- *utilité*, 673 s.

Corporate governance, 2, 4, n° 15, 339 s.

Corporate social responsibility, 132.

Créancier sociaux,

- *antérieurs à la cessation des paiements*, 493, 514 s.
- *dans une société viable*, 87, 108 s., 229.
- *postérieurs à la cessation des paiements*, 513, 520 s.
- *des sociétés groupées*, 523 s.

Cumul de la fonction social avec une fonction salariée, 322, 594 s.

D.

Déchéance, 484 s., 486.

Déontologie, 5, 162, 308, 309, 347.

Déclaration de créance, 557.

Délégation de créance, 197.

Délégation de pouvoir,

- *aux dirigeants* 189, 208.
- *par les dirigeants*, 613, 614, 649.
- *fonction exonératoire*, 628 s.

Délégation de signature, 662.

Délibération sociale,

- *défavorable*, 266, 275, 282, 283, 284, 291, 293, 298, 300, 301.
- *favorable*, 258, 266, 271, 282, 291.
- *liberticide*, 117, 121 s.
- *nullité*, 431.

Délit d'initié, 723.

Démission,

- *généralité*, 42.
- *abusive*, 783 s.
- *arbitraire*, 772 s.
- *d'office*, 584, 762, 950.
- *forcée*, 762.
- *juste motif*, 788.
- *nullité*, 766.
- *préavis (de)s*, 764s., 774 s.
- *volontaire*, 4, 37, 318, 589 s., 626., 762 s., 846, 886, 984, 994 s.

Dessaisissement, 476 s., 480, 485.

- *Maintien en fonction du dirigeant dessaisi*, 447.

Devoir (de),

- *conseil*, 342, 481.
- *diligence*, 330.
- *discrétion*, 343.
- *généralité*, 309.
- *information*, 314, 316.
- *loyauté*, 2, 338 s.
- *non-concurrence*, 343.
- *préserver l'intérêt social*, 317, 329.
- *prudence*, 337.
- *respecter les règles de constitution de la société*, 312.
- *résultat*, 345.

Directeur général, 10, 17, 20, 52, 54, 58, 63, 64, 118, 193, 313, 315, 322, 356, 380, 390, 543 s., 582, 624, 749, 758, 817, 844, 861, 868, 919, 922, 923, 935, 977 s., 986 s.

Directeur général adjoint, 10, 18, 64, 118, 193, 313, 356, 390, 862, 868, 919, 923.

Directeur général délégué, 872, 873, 947.

Directeur général unique, 939.

Direction,

- *dysfonctionnement causal*, 446 s., 475 s.
- *dysfonctionnement post-causal*, 492 s.
- *modes (de)*, 929 s.
- *plurale*, 81, 565.
- *réservée*, 919 s.
- *unique*, 446.

Directoire, 569 s., 572, 730, 758, 859, 937-939.

Dirigeants de fait, 11, 14, 40, 585 s., 670-672, 913, 926, 927.

Dirigeants sociaux,

- *associés*, 280, 286, 549 s., 837.
- *associés en nom*, 1010-1016.
- *associé unique*, 153, 157, 158, 161, 164 s., 296 s., 739 s.
- *avalisés*, 238.
- *caution de la société*, 372, 373.
- *cautionnés par la société*, 227, 228, 229, 238.
- *communs*, 261.
- *contrôlares*, 743 s.
- *de bonne foi*, 98.
- *décédés*, 472, 626, 862, 863.
- *déclarés personnellement en redressement ou liquidation des biens*, 467 s.
- *des établissements de crédits*, 235 s., 243 s.
- *des groupes de sociétés*, 31, 170 s., 523 s., 593 s., 898.
- *emprunteurs*, 237.
- *exclus du vote*, 33, 269, 297 s., 388
- *futurs*, 545 s.
- *honoraires*, 885.
- *impunis*, 300, 301, 302.
- *incapables*, 867.
- *incompétents*, 486, 488, 621 s., 770, 789.
- *individuellement condamnés*, 375, 457.
- *mineurs*, 542, 543, 922.
- *nomination*, 21, 22, 541 s.
- *notion*, 10, 11, 12, 13, 14.
- *malades*, 789, 536, 626.
- *oubliés*, 390, 730.
- *solidairement condamnés*, 375, 458 s.
- *personnes morales*, 241, 242, 468, 793 s.
- *personnes physiques*, 243, 794 s., 919 s.
- *profession*, 5, 433, 1029.
- *relaxés*, 507 s.
- *responsables pour insuffisance d'actif*, 112, 113, 175, 252, 446.
- *subordonnés*, 38, 984, 985, 988.
- *victimes*, 692-693, 701-704.
- *vivants*, 471.

E.**Ecran de la personnalité morale, 110.****Empêchement du dirigeant.**- *définitif*, 626.- *temporaire*, 625, 861, 862, 863.**Etablissement public administratif, 18.****Etablissement public à caractère industriel et commercial, 17.****Ethique professionnelle, 485, 486, 487, 488.****Exception de nullité, 273, 577.****Expertise de gestion, 158, 159 s.****F.****Faillite personnelle, 242, 475, 483 s., 489, 531.****Faillite virtuelle (ou de fait), 496 s., 499 s.****Faits compromettants, 165 s., 969.****Faute,**- *appréciation*, 325.- *de gestion*, 325, 326, 328.- *de négligence*, 331 s.- *d'imprudence*, 335 s.- *détachable*, 374 s.- *imputabilité*, 367.- *intentionnelle*, 377 s., 469, 487.- *involontaire*, 330 s.- *lourde*, 325.- *simple*, 325.- *volontaire*, 327 s.**Fonds commun de créances, 23.****Fonds commun de placement, 23.****Fonds de commerce, 149 s., 652 s.****Formation des dirigeants, 486, 769 s., 778 s.****G.****Garanties, 187 s.****Garantie du passif, 81.****Greffier, 865 s.****Groupements associatifs, 19 s.****Gérance,**- *de fonds de commerce*, 66, 149 s., 322, 328, 652-654,- *de SARL*, 20, 23, 118, 276 s., 287, 293, 315, 322, 332, 543, 549, 582, 598, 758, 788, 827 s., 844, 845, 868, 919, 923, 945, 1000 s.- *de SNC*, 20, 23, 91, 98, 225, 322, 332, 380, 549, 582, 788, 868, 921, 1000 s.- *en général*, 10, 14, 39, 52, 58, 827 s., 844, 845.- *hiérarchisation*, 1000 s.**I.****Incapacité,**- *allègement*, 793 s., 798.- *commerciale*, 484.- *généralité*, 234.- *d'exercice des dirigeants*, 254 s., 288.- *de jouissance des dirigeants*, 235 s.**Incrimination des atteintes aux droits des associés,**- *droits financiers*, 403 s.- *droits patrimoniaux*, 406 s.- *droit politique*, 154 s., 400.**Insuffisance d'actif, 448 s., 475.****Interdiction de gérer, 35, 475, 484 s., 489, 491, 870.****Interdits,**- *conventionnels*, 323.- *innommés*, 325.- *nommés*, 310 s.**Intérêts catégoriels, 395 s.****Intérêt commun des associés, 100, 404.****Intérêt social, 40, 105, 161, 224, 229, 277, 303, 325, 326 s.,****378 s., 389, 413, 488, 500, 789, 969, 991.****Inopposabilité, 28, 29, 117, 120, 202 s., 321, 369, 371, 477, 568.****L.****Lettre d'intention, 197.****M.****Mandat**- *abandonné*, 578, 588,- *blanc*, 388, 933.- *cumul (de)*, 578 s., 949.- *de direction*, 644.- *illicite*, 585, 950.- *irrévocable*, 767.- *social*, 10, 93, 94, 95, 602.**Mandataire ad hoc, 336, 356.****Morale (définition), 306.****N.****Non-cumul de responsabilité pour insuffisance d'actif avec la responsabilité de droit commun, 447 bis.****Nullité des actes des dirigeants,**- *absolue*, 202 s., 210, 220, 250 s., 286, 428.- *conventionnelle*, 577.- *exceptionnelle*, 255, 268 s.- *inoportune*, 431.- *relative*, 208 s.**O.****Octroi du crédit de la société,**- *généralités* 186, 247, 264.- *sûretés réelles*, 187.- *sûreté personnelles*, 188 s., 235 s., 303, 792 s.**Objet social,**- *conformité des actes (à l')*, 91, 241, 795.- *généralité*, 35, 52, 53, 91, 96, 304, 978, 983.- *dépassement*, 62, 63, 80, 82, 138 s., 231, 321, 369, 370, 375.- *imprécision*, 96.- *modification*, 76, 101, 103, 122, 140, 150.- *publication*, 98, 122.- *réel*, 80, 825.- *universel*, 80.**Obligation de non-concurrence, 319 bis.****Opérations anormales de gestion, 167 s.**

Opérations courantes, 31, 244

Ordre public sociétaire, 23, 850, 864, 875, 888.

Organes ad hoc,

- les formes, V° les comités de rémunérations, d'audit, de sélection, d'éthique, d'études.

- responsabilité des membres, 905-911.

Organisme de placement collectif en valeurs mobilières, 23.

Q.

Quorum, 70-72.

P.

Paradis pénaux, 414, 415, 424 s., 503, 505.

Pertes sociales,

- constat, 396.

- contribution (aux), 85, 398.

- traitement (des), 397.

Pouvoirs de direction,

- étendue, 50, 54, 60, 61, 69, 79, 82, 89, 97, 100, 478, 562 s., 573, 827, 977.

- généralité, 4, 13, 44, 117, 118 s, 227, 343, 875, 900.

- conventionnels, 985 s., 991.

- limites, 90, 145 s., 369.

- notion, 49.

Préjudice,

- individuel, 362, 363,

- par ricochet, 363.

- personnel, 358, 360 s., 364, 365.

- social, 358, 362, 363.

Président-directeur général, 12, 27, 263, 271, 388, 390, 543,

582, 624, 749, 861 s., 891, 919, 923, 946, 977 s., 986 s.

Prime de mérite (des dirigeants), 532 bis.

Principe de proportionnalité, 373, 452 s.

Principe de responsabilité illimitée des associés,

- atténuation, 110 s.

- fondement, 108, 109.

- par extension, 87.

Principe de responsabilité limitée des associés,

- fonction, 78, 79, 80, 81, 82, 85.

- recul, 85, 86.

Principe du contradictoire, 3, 37, 685, 687 s., 989.

Principe « se conformer ou expliquer », 15.

Promesse de porte-fort,

- avec obligation de moyen, 198.

- avec obligation de résultat, 199.

- ratification ou non, 214, 372.

R.

Ratification des actes nuls, 213 s.

Registre du commerce et du crédit mobilier, 137, 865 s.

Régularisation,

- des actes viciés, 214.

- des omissions coupables, 430 s.

- des nominations, 558.

Remboursement du crédit octroyé au dirigeant, 799 s.

Rémunérations,

- dérisoires, 804 s., 892.

- en nature, 807.

- extraordinaires, 3, 806 s.

- ordinaires, 3, 4, 247, 260, 276, 453, 603, 704, 797, 817.

- objectives, 879.

- retenue forcée (des), 465.

Représentation de la société par les associés, 355.

Révocation,

- abusive, 37.

- ad nutum, 10, 318, 695, 753 s., 845, 984, 992.

- aménagement, 706 s.

- causes légitimes, 758.

- contrôlée par le dirigeant, 716 s., 735 s., 747 s.

- écartée, 252.

- en général, 3, 4, 42.

- indirecte, 755.

- judiciaire, 751.

- juste motif, 318, 589, 695 s., 753, 757 s., 938, 990 s.

- pouvoir (de), 683 s.

Règlement intérieur, 320, 572, 573 s.

Représentant permanent, 468, 608.

Responsabilité sociale de l'entreprise (RSE), 132.

Risque d'agence, 33.

Rôles para-directoriaux, 480.

S.

Sanctions,

- civiles, 5, 284, 294, 305, 306, 307, 323, 352, 370, s.

- extrapatrimoniales, 475.

- pénales, 5, 253, 305, 306, 307, 376 s., 755.

- politiques, 38, 284, 285, 914, 984 s.

Séparation légale des pouvoirs, 121, 123.

Société,

- conjugale, 75.

- bancaire, 244 s., 245, 246, 247.

- d'Etat, 17.

- disparition anticipée, 396, 399, 432.

- dominée, 173.

- familiale, 75.

- fictive, 176 s.

- groupée, 152, 170, 264, 382.

- immunité pénale, 131.

- in bonis, 306, 433.

- nullité, 182, 312.

- responsabilité civile, 127 s.

- responsabilité pénale, 130 s., 920.

- sans capital minimum légal, 87.

- SAS, 87.

- unipersonnelle, 74, 152, 161, 163, 254, 288 s., 297.

Souscription du dirigeant aux augmentations du capital, 726 s.

Statut (le),

- définition, 6, 7, 8.

- fiscal, 816-820.

- *généralité*, 16, 41, 42, 45, 46, 47, 48, 533.
- *social*, 821-823.

Statuts (les),

- *clauses liberticides*, 118 s., 322.
- *généralité*, 44, 65, 66, 70, 71, 92 s., 101.
- *modification*, 105, 223, 261, 314, 398.
- *publicité*, 97.
- *notion*, 8, 320.
- *violation (des)*, 310, 321, 322, 323.

Stock-options, 731.**Subdélégation de pouvoir, 193, 616.****Succursales, 146, s., 322.****T.****Tiers,**

- *de bonne foi*, 117, 123.
- *de mauvaise foi*, 123, 133, 134 s., 181.
- *droit à l'information*, 410 s.

- *en général*, 14, 64, 84, 91, 117, 119, 122, 130, 187 s. 205, 218, 220, 226, 258 s., 289, 304, 767, 865, 925.
- *sécurité*, 68, 408 s.
- *victime*, 313, 321, 368 s., 493.

Transposition des incriminations nouvelles,

- *dénaturée*, 420 s.
- *fidèle*, 421, 423.
- *généralité*, 417 s.

U.**Unanimité (de),**

- *de tous les membres de la société*, 104, 223.
- *généralité*, 218, 319.
- *partielle*, 220, 222.

V.**Visioconférence, 72, 571.****Volonté sociale, 10, 131, 215, 270.**

TABLE DES MATIÈRES

(Les chiffres renvoient aux numéros de pages)

LISTE DES PRINCIPALES ABRÉVIATIONS.....	4
SOMMAIRE.....	7
INTRODUCTION GÉNÉRALE.....	8
I. ACTUALITÉ DU SUJET.....	9
II. INTÉRÊT DU SUJET.....	11
III. DÉLIMITATION DU SUJET.....	14
IV. ÉVOLUTION HISTORIQUE DU STATUT DES DIRIGEANTS SOCIAUX.....	27
V. PROBLÉMATIQUE DU SUJET.....	29
VI. OBJECTIFS DE LA RECHERCHE.....	33
VII. ANNONCE DU PLAN.....	34
 PREMIÈRE PARTIE.	
LA RIGIDITÉ DU STATUT DANS L'EXERCICE DE LA DIRECTION SOCIALE.....	35
 TITRE I. L'ACCROISSEMENT DES POUVOIRS LÉGAUX DES DIRIGEANTS.....	36
 CHAPITRE 1. L'INFLEXIBILITÉ DES POUVOIRS DANS LES ACTES COURANTS.....	37
SECTION 1. UNE OPTION HEUREUSE POUR LES DIRIGEANTS.....	37
§ 1. La liberté d'action des dirigeants.....	37
A. L'affirmation de la liberté dans les sociétés à risques limités.....	38
1. L'indifférence de l'étendue des pouvoirs à l'objet social.....	38
a. L'unification tardive de la jurisprudence sur l'indifférence.....	38
b. L'assise légale de l'indifférence.....	40
i. Le fondement de l'indifférence.....	40
ii. Les limites de l'indifférence.....	42
2. Les raisons de l'extension des pouvoirs au-delà de l'objet social.....	44
a. La difficulté d'organiser des assemblées extraordinaires.....	45
i. Une difficulté tenant à la désaffection sociale.....	45
ii. Une difficulté à relativiser.....	47
b. La limitation de la responsabilité des associés aux apports.....	49
i. La solidité de la limitation.....	49
ii. Le recul marginal de la limitation.....	51
B. La relativité de la liberté dans les sociétés à risques illimités.....	55
1. La limitation des pouvoirs à l'objet social.....	55
a. La délimitation des pouvoirs par l'objet social.....	55
b. L'étendue des pouvoirs face à l'imprécision de l'objet social.....	57
2. Les raisons de la limitation des pouvoirs à l'objet social.....	58
a. La facilité d'organiser des assemblées extraordinaires.....	58
i. Une facilité tenant à l'affection sociale.....	58
ii. Une facilité parfois remise en cause en cas de crises politiques entre associés.....	59
b. La responsabilité des associés au-delà des apports.....	61
i. Le fondement de la responsabilité.....	61
ii. Les atténuations marginales de la responsabilité.....	62
§ 2. L'inefficacité des conventions liberticides.....	66
A. L'inefficacité des clauses statutaires liberticides.....	67
B. L'inefficacité des délibérations sociales liberticides.....	68
SECTION 2. UNE OPTION DANGEREUSE POUR LES SOCIÉTÉS.....	70
§ 1. Les nuisances primaires de l'inflexibilité.....	70

A. Les nuisances aux sociétés pluripersonnelles à risques limités.....	70
1. L'extension de responsabilité de la société au-delà de l'objet social.....	70
a. L'extension de la responsabilité civile de la société.....	70
b. L'extension de la responsabilité pénale de la société.....	72
2. L'atténuation de la responsabilité par la démonstration de la mauvaise foi des tiers.....	76
a. La mauvaise foi objective.....	76
b. La mauvaise foi subjective.....	77
B. Les nuisances aux sociétés à risques illimités.....	78
1. La restriction des initiatives du dirigeant par le cadre limitatif de l'objet social.....	78
2. L'atténuation des nuisances par l'extension de l'objet social.....	79
§ 2. L'aggravation des nuisances.....	82
A. L'aggravation par l'hyper-pouvoir du dirigeant associé unique.....	83
1. Les causes de l'aggravation.....	83
a. Le défaut de contrôles internes des actes.....	83
b. Le défaut de contrôle externe des actes.....	84
i. Le défaut de contrôle par l'expertise gestion.....	86
ii. Le défaut de contrôleur légal dans certaines sociétés unipersonnelles.....	86
2. Les manifestations de l'aggravation.....	88
a. L'exposition de la société aux faits compromettants du dirigeant.....	88
b. Le risque d'accumulation d'opérations anormales de gestion.....	89
B. L'aggravation par la concentration des pouvoirs par le dirigeant dominant des groupes.....	91
1. La confusion des patrimoines dans le groupe au détriment des sociétés contrôlées.....	91
a. La caractérisation de la confusion de patrimoines.....	91
b. Les conséquences de la confusion de patrimoine pour les sociétés dominées.....	93
2. La fictivité des sociétés contrôlées par l'action du dirigeant dominant du groupe.....	95
a. La caractérisation de la fictivité.....	95
b. Le risque de disparition de la société dominée par la fictivité.....	97
Conclusion du chapitre 1.....	98
CHAPITRE 2. LE DÉCLIN DES CONTRE-POUVOIRS CLASSIQUES DANS LES ACTES GRAVES.....	99
SECTION 1. LE DÉCLIN DANS L'OCTROI DES GARANTIES AUX TIERS.....	99
§ 1. Un déclin maîtrisé dans la société anonyme.....	100
A. La délégation préalable de pouvoirs aux dirigeants pour l'octroi des garanties.....	100
1. Le mécanisme de la délégation.....	100
2. L'abandon de l'exigence de la délégation dans le cadre des sociétés de crédit.....	103
3. La révocation éventuelle des pouvoirs délégués.....	104
4. L'extension des actes objet de la délégation.....	104
B. La sanction des garanties octroyées sans délégation de pouvoirs.....	107
1. La sanction controversée des garanties octroyées sans délégation de pouvoirs.....	107
2. L'aménagement de la sanction des garanties octroyées sans délégation de pouvoirs.....	110
a. La nullité relative comme sanction judiciaire.....	110
b. Le maintien de garanties irrégulièrement octroyées sous réserve de ratification.....	112
§ 2. Un déclin avéré dans les sociétés de personnes.....	114
A. Des octrois dépassant l'objet social validés par l'accord unanime des associés.....	115
1. L'insuffisance de l'unanimité des associés présents.....	115
2. La nécessité de l'unanimité de la totalité des associés.....	116
B. Des octrois dépassant l'objet social validés par la communauté d'intérêts.....	118
SECTION 2. LE DÉCLIN DANS LE CADRE DES ACTES A CONFLITS D'INTÉRÊTS.....	121
§ 1. Le déclin de l'incapacité de jouissance des dirigeants tirée des actes interdits.....	122
A. Le déséquilibre de l'incapacité de jouissance.....	123
1. La soumission des dirigeants personnes physiques.....	123
2. L'affranchissement de certains dirigeants.....	125

a. Les dirigeants personnes morales.....	125
b. Les dirigeants d'établissements de crédit.....	126
B. Le réduction de l'efficacité de l'incapacité de jouissance.....	128
1. L'application exclusive de la nullité au crédit affecté aux dirigeants soumis.....	128
2. L'application exclusive des sanctions aux dirigeants soumis.....	129
§ 2. Le déclin de l'incapacité d'exercice des dirigeants tirée des conventions réglementées.....	130
A. Le dégradation de l'incapacité d'exercice dans les sociétés pluripersonnelles.....	131
1. La dégradation de l'incapacité d'exercice dans la SA avec conseil d'administration.....	131
a. La dégradation du double degré de l'incapacité d'exercice.....	132
i. La dégradation de l'autorisation <i>a priori</i> du conseil d'administration à une faculté.....	132
α. L'exploitation de la faculté par les dirigeants.....	132
β. L'extension de la liste des actes échappant à l'autorisation préalable.....	134
ii. La dégradation de l'approbation <i>a posteriori</i> de l'AGO à une formalité d'enregistrement.....	138
b. La dégradation du double degré de l'efficacité de l'incapacité de d'exercice.....	139
i. L'indifférence de la nullité au défaut d'autorisation avant l'expiration du délai.....	139
ii. La paralysie éventuelle de l'exception de nullité après l'expiration du délai.....	142
2. La dégradation de l'incapacité d'exercice dans les SARL pluripersonnelles.....	143
a. La dégradation de l'incapacité d'exercice à un contrôle <i>a posteriori</i>	143
b. La dégradation de l'efficacité de l'incapacité à une influence inopérante.....	146
B. La disparition de l'incapacité d'exercice dans les sociétés unipersonnelles.....	148
1. La disparition maîtrisée de l'incapacité d'exercice du dirigeant non-associé.....	148
a. La maîtrise du vote de l'incapacité d'exercice par l'associé unique.....	148
b. La maîtrise de l'efficacité de l'incapacité d'exercice par l'associé unique.....	149
2. La disparition complète de l'incapacité d'exercice du dirigeant associé unique.....	151
a. La disparition du vote de l'incapacité d'exercice.....	151
b. La disparition de l'efficacité de l'incapacité d'exercice.....	152
Conclusion du chapitre 2.....	154
Conclusion du titre I.....	154

TITRE II. L'ÉMERGENCE DES SANCTIONS EN VÉRITABLE CONTRE-POUVOIR DES DIRIGEANTS.. 155

CHAPITRE 1. LA FONCTION MORALISATRICE DES SANCTIONS DANS LES SOCIÉTÉS *IN BONIS*... 156

SECTION 1. LA DÉFINITION PROGRESSIVE DE LA FONCTION MORALISATRICE DES SANCTIONS CIVILES.....	157
§ 1. L'émergence de la déontologie des dirigeants à travers une multiplication des interdits.....	157
A. Les interdits nommés.....	157
1. La violation de la loi.....	158
a. La violation de la loi à la constitution de la société.....	158
b. La violation de la loi au cours du fonctionnement de la société.....	159
c. La violation de la loi à la cessation des fonctions de direction.....	161
2. La violation des statuts.....	162
B. Les interdits innommés.....	164
1. Les atteintes à l'intérêt social.....	164
a. Les atteintes volontaires.....	165
b. Les atteintes involontaires.....	166
i. Les fautes de négligence.....	166
ii. Les fautes d'imprudence.....	168
2. Le manquement au devoir de loyauté.....	170
a. La découverte récente du manquement.....	170
b. L'intégration du manquement au droit positif.....	172
§ 2. L'adaptation des sanctions civiles contre le non-respect de la déontologie.....	174

A. Le renforcement de la réparation du préjudice social.....	175
1. La réparation à travers l'action sociale <i>ut universi</i>	175
2. La garantie légale de la réparation par l'action sociale <i>ut singuli</i>	177
a. Les contours de la garantie.....	177
b. L'irréductibilité de la garantie.....	179
c. La mise en œuvre de la garantie.....	180
B. L'affaiblissement de la réparation de tout préjudice extrasocial.....	181
1. La nécessité pour l'associé de prouver un préjudice personnel réparable.....	181
a. L'obstacle du principe d'exclusion de la double réparation.....	181
b. La nécessité d'une atteinte à un droit propre de l'associé.....	182
2. La nécessité pour les tiers de prouver l'extranéité de la faute du dirigeant à l'acte.....	184
a. L'obstacle du principe d'imputabilité des fautes du dirigeant à la société.....	184
b. L'exception de la responsabilité du dirigeant à l'égard des tiers.....	185
i. L'exception de la responsabilité du dirigeant sur le terrain contractuel.....	185
ii. L'exception de la responsabilité extracontractuelle du dirigeant.....	188
SECTION 2. LES RÉSULTATS MITIGÉS DE LA FONCTION MORALISATRICE DES SANCTIONS PÉNALES.....	190
§ 1. L'efficacité théorique de la moralisation des sanctions pénales.....	190
A. La proscription des atteintes intentionnelles à l'intérêt social.....	190
1. L'incrimination des abus de position	191
a. Une incrimination limitée à l'abus de biens sociaux par le droit uniforme.....	191
b. Une incrimination renforcée par les droits pénaux locaux.....	193
i. La sanction du délit d'abus de pouvoirs.....	193
ii. La sanction du délit d'abus de voix.....	195
iii. La sanction du délit d'abus de confiance.....	196
2. L'incrimination du délit de communication de faux états financiers de synthèse.....	198
B. La proscription des atteintes intentionnelles aux intérêts catégoriels.....	199
1. La proscription de l'inaction coupable du dirigeant contre la disparition anticipée de la société.....	199
2. La proscription des actions coupables du dirigeant contre les attributs de la qualité d'associés.....	201
a. La proscription des atteintes aux droits politiques des associés.....	201
b. La proscription des atteintes aux droits financiers des associés.....	202
c. La proscription des atteintes aux droits patrimoniaux des associés.....	203
3. La proscription des atteintes au droit à l'information des tiers.....	205
§ 2. L'inefficacité pratique de la moralisation des sanctions pénales.....	207
A. Les causes de l'inefficacité.....	207
1. Le défaut de transposition systématique des incriminations uniformisées au plan local.....	207
a. Le retard de la transposition des incriminations nouvelles.....	208
b. Le risque de dénaturation des incriminations lors des transpositions.....	209
2. L'émergence des paradis pénaux en l'absence de répressions uniformisées.....	210
B. Les palliatifs à l'inefficacité	212
1. La nullité de certains actes coupables commis par le dirigeant.....	212
2. La régularisation de certains actes coupables ommis par le dirigeant.....	213
Conclusion du chapitre 1.....	215
CHAPITRE 2. LA FONCTION THÉRAPEUTIQUE DES SANCTIONS DANS LES SOCIÉTÉS EN DIFFICULTÉ.....	216
SECTION 1. LA BITHÉRAPIE APPLICABLE AU DYSFONCTIONNEMENT CAUSAL.....	217
§ 1. La réparation des conséquences du dysfonctionnement causal.....	218
A. La fixation du taux de la réparation tiré de l'insuffisance d'actif.....	219
1. Les principes directeurs de la fixation.....	219
a. Le principe de fixation correspondant au montant de l'insuffisance d'actif.....	219
b. Le principe de proportionnalité de la faute au montant fixé.....	220

2. Les modalités de la fixation.....	222
a. La condamnation solitaire du dirigeant.....	222
b. La condamnation solidaire des dirigeants.....	223
B. L'assujettissement du dirigeant au comblement du passif social.....	224
1. La constitution forcée de la provision destinée au comblement.....	225
a. La saisie des droits sociaux des dirigeants.....	225
b. La retenue des rémunérations des dirigeants.....	227
c. La déclaration personnelle du dirigeant en redressement ou liquidation des biens.....	228
d. L'indemnisation assurantielle.....	229
2. La réalisation forcée du comblement.....	230
§ 2. La réparation du dysfonctionnement causal.....	232
A. Le traitement chirurgical du dysfonctionnement par le dessaisissement.....	233
1. Le maintien en fonction du dirigeant dessaisi.....	233
2. Les rôles complémentaires du dirigeant dessaisi.....	235
B. Le renvoi judiciaire des dirigeants fautifs à un redressement personnel.....	237
1. Un renvoi par l'interdiction de diriger issue de la faillite personnelle.....	237
2. Un renvoi garanti par la sanction de la violation de l'interdiction de diriger.....	240
SECTION 2. LA MONOTHÉRAPIE APPLICABLE AU DYSFONCTIONNEMENT POST-CAUSAL.....	242
§ 1. Une thérapie anti-banqueroute.....	242
A. La condamnation du dirigeant coupable de banqueroute.....	242
1. Une condamnation indifférente au type de faillite.....	244
a. L'autonomie du juge pénal dans le constat de la cessation des paiements.....	244
b. La facilitation de la condamnation pénale des dirigeants.....	245
2. Une condamnation aux peines et amendes non-uniformisées.....	248
B. La relaxe éventuelle du dirigeant poursuivi pour banqueroute.....	250
1. La relaxe pour requalification du chef d'accusation.....	250
2. La relaxe pour prescription de l'acte qualifié de banqueroute.....	251
§ 2. Une thérapie visant la protection du gage des créanciers.....	252
A. La protection pénale générale des créanciers.....	253
1. La protection pénale de créances antérieures : cas particuliers des salariés.....	253
2. La protection pénale des créanciers postérieurs.....	257
B. La protection pénale spéciale des créanciers des sociétés groupées.....	258
1. L'exclusion de l'intérêt du groupe comme fait justificatif du détournement d'actif.....	259
2. Le bien-fondé de la persistance de la sanction du détournement d'actif dans les groupes.....	260
Conclusion du chapitre 2.....	261
Conclusion du titre II.....	261
CONCLUSION DE LA PREMIÈRE PARTIE.....	262

DEUXIÈME PARTIE.

LA SOUPLESSE DU STATUT DANS L'ORGANISATION DE LA DIRECTION SOCIALE..263

TITRE I. L'AFFIRMATION DE LA SOUPLESSE DANS L'ORGANISATION FONCTIONNELLE...264

CHAPITRE 1. LE RENFORCEMENT DU FONCTIONNEMENT DE LA DIRECTION SOCIALE.....265

SECTION 1. LE RENFORCEMENT PAR DES TECHNIQUES SOCIÉTAIRES..... 265

§ 1. L'augmentation arithmétique du nombre des dirigeants dans les sociétés isolées..... 266

A. L'allègement des conditions d'augmentation arithmétique..... 266

1. La discrétion législative sur les conditions subjectives de nomination des futurs dirigeants. 266

a. La discrétion sur les critères d'âge des futurs dirigeants..... 267

b. La discrétion sur les critères de compétence des futurs dirigeants..... 267

c. La discrétion sur le critère de qualité d'associé ou non des futurs dirigeants..... 270

2. La simplification des conditions objectives de nomination des futurs dirigeants.....	270
a. La neutralisation des minorités de blocage dans les votes de nomination.....	271
b. La purge des vices de désignation par les formalités de publicité.....	274
B. Les incidences de l'augmentation arithmétique.....	276
1. La répartition des pouvoirs entre les dirigeants.....	276
a. La répartition dans les sociétés anonymes.....	276
b. La répartition dans les sociétés à gérance.....	278
2. La réorganisation du fonctionnement interne de la direction devenue plurale.....	280
a. Les modèles de fonctionnement interne existants.....	280
b. L'adaptation du fonctionnement interne de la direction aux modèles existants.....	283
§ 2. La pondération de l'augmentation du nombre des dirigeants dans les sociétés groupées.....	286
A. Les conditions alternatives de la pondération.....	287
1. La réduction involontaire des mandats cumulés.....	287
a. Le fondement de la réduction involontaire sur la limitation du cumul de mandats.....	287
b. L'efficacité de la réduction involontaire tirée de conséquences liées aux mandats illégaux.....	289
2. La réduction volontaire des mandats cumulés.....	291
B. La mise en œuvre de la pondération.....	293
1. La désignation privilégiée des salariés du groupe aux postes vacants.....	293
2. La combinaison du statut de salarié avec le statut de dirigeant.....	294
a. La remise en cause de la combinaison dans le cumul bilatéral.....	295
i. Le rejet de la combinaison.....	295
ii. La suspension de la combinaison.....	298
b. L'admission de la combinaison dans le cumul multilatéral.....	299
SECTION 2. LE RENFORCEMENT PAR DES TECHNIQUES CONTRACTUELLES.....	301
§ 1. Le renforcement par délégation de pouvoirs.....	301
A. Une prérogative du dirigeant pour organiser son cabinet.....	302
1. La neutralisation des pouvoirs de l'organe des nominations par les dirigeants.....	303
2. L'extension des limites de la direction par la délégation de pouvoirs.....	305
a. L'extension des limites techniques du dirigeant.....	305
b. L'extension des limites issues de l'empêchement du dirigeant.....	307
B. Une technique pour exonérer la responsabilité du dirigeant.....	309
1. Le domaine de l'exonération.....	309
a. Le domaine quant aux infractions.....	310
b. Le domaine quant aux conditions.....	312
2. L'effectivité de l'exonération.....	313
§ 2. Le renforcement par convention de direction.....	315
A. Notion de convention de direction.....	315
1. La conception large de la convention.....	315
2. La conception étroite de la convention de direction.....	316
a. La distinction entre la convention de direction et la délégation de pouvoirs.....	317
b. La distinction entre la convention de direction et le contrat de travail.....	318
c. La distinction entre la convention de direction et les contrats portant sur la gérance de fonds de commerce de société.....	319
B. La pertinence de la participation de la convention de direction au renforcement.....	321
1. La vérification de la légalité du rapport entre le dirigeant et le tiers sollicité.....	321
a. La vérification de la régularité de la convention.....	321
i. Une vérification générale à partir des conditions de fond de la convention.....	321
ii. Une vérification spéciale à partir des conditions de forme de la convention.....	325
b. La vérification du périmètre des actes accomplis par le tiers sollicité.....	327
2. L'utilité de la convention de direction à certains groupements particuliers.....	328
a. L'utilité aux groupes de sociétés.....	328

b. L'utilité aux sociétés hôtelières.....	329
Conclusion du chapitre 1.....	330

CHAPITRE 2. LA STABILISATION DU FONCTIONNEMENT LA DIRECTION SOCIALE..... 331

SECTION 1. LA STABILISATION BÉNÉFIQUE AU DIRIGEANT..... 331

§ 1. L'infléchissement du pouvoir de révoquer le dirigeant..... 332

A. Une certitude au regard des sanctions attirées par les révocations illégitimes..... 332

1. La sanction de la violation du principe du contradictoire..... 332

a. Un instrument actuel de rapprochement des modes de révocation..... 332

i. La violation du principe du contradictoire..... 333

ii. La réparation du préjudice causé par la violation du principe du contradictoire..... 336

b. Un instrument fédérateur à terme des modes de révocation..... 337

2. La sanction attirée par la révocation de mauvaise foi..... 339

a. Les faits générateurs de la sanction..... 339

b. La réparation du préjudice causé au dirigeant par une révocation de mauvaise foi..... 341

B. Une incertitude au regard des conventions aménageant la révocation..... 343

1. Le risque d'annulation pour illicéité d'objet de la convention portant sur le pouvoir de révocation..... 344

2. L'admission de convention non portant sur le pouvoir de révocation..... 344

§ 2. Le contrôle du pouvoir de révoquer par le dirigeant..... 348

A. La conquête du contrôle..... 348

1. La conquête graduelle du contrôle..... 348

a. L'acquisition isolée de droits sociaux par le dirigeant..... 348

i. L'agrément préalable au dirigeant acquéreur de parts sociales..... 348

ii. L'agrément facultatif au dirigeant acquéreur des actions..... 351

b. La souscription aux augmentations du capital par le dirigeant..... 353

i. La souscription à titre onéreux..... 353

ii. La souscription à titre gratuit..... 355

2. La conquête intégrale du contrôle..... 359

a. La conquête par l'acquisition du contrôle de la société..... 359

b. La conquête par la réunion des droits sociaux sur la tête du dirigeant..... 359

B. L'impact du contrôle sur la révocation..... 361

1. La paralysie de la révocation du dirigeant contrôlaire..... 361

a. La certitude de la paralysie dans le cadre de votation par intérêt..... 361

b. L'incertitude de la paralysie dans le cadre de la votation par tête..... 363

2. L'immunité de révocation judiciaire du dirigeant contrôlaire..... 364

a. La certitude de l'immunité pour le dirigeant contrôlaire révocable *ad nutum*..... 364

b. L'incertitude de l'immunité pour le dirigeant contrôlaire révocable pour juste motif..... 365

SECTION 2. LA STABILISATION BÉNÉFIQUE A LA SOCIÉTÉ..... 367

§ 1. L'encadrement strict de la démission du dirigeant..... 367

A. La procéduralisation de la démission..... 368

1. La prévision statutaire d'un préavis de démission..... 368

2. Le respect du dédit-formation par le dirigeant bénéficiaire..... 371

B. La sanction de la démission arbitraire..... 373

1. La sanction de la démission irrégulière..... 373

a. La sanction de la démission sans préavis..... 373

b. La sanction de la démission en violation du dédit-formation..... 374

2. La sanction de la de démission abusive..... 376

a. La sanction de la démission donnée dans des circonstances vexatoires..... 378

b. La sanction de la démission sans juste motif..... 379

§ 2. La dissuasion des départs des dirigeants par des garanties financières..... 381

A. La dissuasion par la facilitation de l'octroi du crédit aux dirigeants..... 381

1. L'extension de l'allègement de l'incapacité de jouissance à tous les dirigeants.....	382
2. Le départ du dirigeant conditionné au remboursement du crédit obtenu.....	384
B. La dissuasion par la revalorisation des rémunérations.....	385
1. L'exclusion des sous-rémunérations.....	386
2. L'attribution de rémunérations exceptionnelles.....	387
Conclusion du chapitre 2.....	389
Conclusion du titre I.....	389

TITRE II. LA RELATIVITÉ DE LA SOUPLESSE DANS L'ORGANISATION STRUCTURELLE.... 390

CHAPITRE 1. UNE ORGANISATION STRUCTURELLE DIRIGÉE.....391

SECTION 1. LE CHOIX FERMÉ D'UN MODÈLE D'ORGANE DE DIRECTION.....	391
§ 1. Le choix parmi les modèles à la création de la société.....	391
A. Le choix en fonction des avantages liés au modèle.....	391
1. Le choix en fonction des avantages fiscaux.....	391
2. Le choix en fonction des avantages sociaux.....	394
B. Le choix en fonction de l'activité sociale.....	396
1. La liberté de choix pour les activités non réglementées.....	396
2. La contrainte dans le choix pour les activités réglementées.....	398
§ 2. Le changement de modèle en cours de vie sociale.....	399
A. La mise en œuvre du changement.....	399
1. L'influence du dirigeant sur la décision de changer.....	400
2. Le changement en fonction de la future personnalité du dirigeant.....	401
B. L'incidence du changement sur la situation du dirigeant.....	402
SECTION 2. L'ADJONCTION CONDITIONNELLE D'ORGANES <i>AD HOC</i>	404
§ 1. Le rejet des inventions contraires à l'ordre public sociétaire.....	405
A. Le rejet du juge.....	405
1. L'exemple tiré du rejet du poste de vice-président du conseil d'administration.....	405
2. La portée du rejet.....	407
B. Le rejet du greffier.....	409
1. Le rejet à la création de la société ou en cours de vie sociale.....	410
2. L'approbation certaine du rejet par le juge chargé de la surveillance du registre.....	412
§ 2. L'admission d'adjonctions respectant l'ordre public sociétaire.....	414
A. L'institution possible d'organes non dotés de pouvoirs de représentation.....	414
1. L'institution d'une variété de comités spécialisés.....	415
a. Une fréquence auprès des dirigeants des sociétés cotées.....	415
b. Une institution ignorée auprès des dirigeants de sociétés non cotées.....	418
2. L'institution de dirigeant honoraire.....	419
B. La régulation du rapport des organes <i>ad hoc</i> avec les organes légaux.....	421
1. La régulation du pouvoir des organes <i>ad hoc</i> sur la situation des dirigeants en titre.....	421
a. L'impact régulé du pouvoir du comité de rémunérations.....	421
b. L'impact régulé du pouvoir du comité d'audit.....	423
c. L'impact régulé du pouvoir du comité de direction.....	424
2. La régulation de l'influence des dirigeants en titre sur la mission des organes <i>ad hoc</i>	426
a. L'impuissance du dirigeant à influencer la mission des organes <i>ad hoc</i>	426
b. La paralysie de l'organe <i>ad hoc</i> par le déclenchement de la responsabilité de ses membres.....	427
Conclusion du chapitre 1.....	429

CHAPITRE 2. UNE ORGANISATION STRUCTURELLE PERFECTIBLE..... 430

SECTION 1. LA RÉORGANISATION DE L'ANIMATION DE LA DIRECTION.....	431
§ 1. La dynamisation des structures chargées de la direction.....	431

A. La libéralisation de la personnalité des animateurs de la direction.....	431
1. La libéralisation des directions réservées aux personnes physiques.....	431
2. L'intérêt de la libéralisation.....	433
B. L'extension des modes de direction.....	436
1. L'institution préalable de formes sociales nouvelles.....	436
a. L'institution de la société anonyme à directoire.....	436
i. Les ambiguïtés dans la direction de la SA à conseil d'administration.....	436
ii. L'originalité de la direction de la SA à directoire.....	438
b. L'institution de la société par actions simplifiée.....	439
i. Une société proche de la SA à administrateur général au regard de la souplesse de sa direction.....	440
ii. Une société différente de la SA à administrateur général au regard du mode de direction.....	442
2. Le risque de l'animation de plusieurs modes de direction.....	444
§ 2. La consolidation des structures intervenant dans la direction.....	444
A. L'implication du juge dans le contrôle des actes des dirigeants.....	445
1. La désignation d'office d'un commissaire aux comptes dans les sociétés indigentes.....	445
a. La subjectivité de la désignation indépendante des résultats sociaux.....	445
b. L'objectivité de la désignation dépendante des résultats sociaux.....	449
2. L'octroi du droit d'alerte au juge.....	450
B. L'implication des salariés dans le contrôle des actes des dirigeants.....	452
SECTION 2. LA RÉORGANISATION DE LA COOPÉRATION DES STRUCTURES.....	454
§ 1. La réorganisation interstructurelle de l'exécutif de la société anonyme.....	454
A. Le recadrage des fonctions des organes de l'exécutif.....	454
1. Le détachement des fonctions du conseil d'administration de l'objet social.....	455
2. Le rattachement des fonctions du conseil au contrôle des actes des dirigeants.....	457
B. L'indexation de la responsabilité politique du dirigeant sur sa position hiérarchique.....	458
1. La limitation de l'indexation au contexte de la révocation.....	459
a. Le maintien de la révocation <i>ad nutum</i> des dirigeants à la tête d'une hiérarchie.....	460
b. L'exigence d'un juste motif de révocation pour les dirigeants subordonnés, une distinction à l'égard de la responsabilité politique du chef.....	462
2. L'extension de l'indexation au contexte de la démission.....	464
§ 2. La réorganisation intrastructurelle de la direction de sociétés à gérance.....	466
A. La hiérarchisation de la gérance autour de la vision d'un chef légal.....	466
1. Les contours de la hiérarchisation.....	466
2. L'incidence de la hiérarchisation sur la responsabilité politique des gérants.....	467
B. L'admission de l'accès du gérant associé en nom au mandat salarié.....	468
1. La relativisation de la négation de l'accès.....	469
2. L'intérêt de l'accès.....	471
Conclusion du chapitre 2.....	473
Conclusion du titre II.....	473
CONCLUSION DE LA DEUXIEME PARTIE.....	473
CONCLUSION GÉNÉRALE.....	474
BIBLIOGRAPHIE.....	478
INDEX ALPHABETIQUE.....	514
TABLE DES MATIERES.....	518

Résumé en français :

Le statut des dirigeants sociaux en droit de l'OHADA présente une physionomie homogène. Il est rigide dans l'exercice de la direction sociale mais souple dans l'organisation de la direction sociale. La rigidité garantit à la société une direction responsable. En cela, les dirigeants sont dotés de pouvoirs légaux dans le cadre des actes courants pour qu'ils disposent d'une liberté d'action dans la réalisation des buts de la société. Ces pouvoirs connaissent un accroissement sans précédent à cause du déclin des contre-pouvoirs classiquement destinés à les modérer dans le cadre des actes graves. Les dirigeants peuvent donc accomplir valablement des actes graves au mépris des prescriptions qui les encadrent. Face à cet accroissement inquiétant de la souveraineté des dirigeants, les sanctions ont ravi la légitimité aux contre-pouvoirs classiques pour postuler en véritable contre-pouvoir. Les sanctions s'appliquent aux dirigeants chaque fois qu'ils portent atteinte à un intérêt protégé. Leur application s'impose qu'il s'agisse d'actes courants ou graves, qu'il s'agisse de dirigeant associé unique ou non, que la société soit *in bonis* ou en difficulté, ou encore que le dirigeant soit de droit ou de fait. Mais, la rigidité de la direction ne garantit pas toujours son efficacité. De plus, trop de rigidité tue la rigidité. L'introduction d'une dose de souplesse dans la direction des sociétés peut contribuer à la rendre plus dynamique. Le cadre approprié de cette souplesse est l'organisation de la direction. Ce cadre offre des ressources pour rendre la direction plus performante et très bien structurée. La performance peut être atteinte à travers le renforcement de la direction en la dotant de ressources humaines suffisantes, compétentes et stables. Elle se reflète par le succès de la politique managériale voire les résultats sociaux positifs. Sans doute, une meilleure structuration de la direction contribuerait au même résultat. Certes, la liberté d'organiser la direction est réduite lorsqu'elle porte sur ses structures. Mais cette liberté peut s'exprimer dans le respect de l'ordre public sociétair. Ainsi, mis à part la nécessité de redéfinir le rapport des structures de l'exécutif des sociétés, il importe de consolider le contrôle des actes des dirigeants en facilitant l'implication d'organes externes à la direction pour aboutir à une gouvernance sociale dynamique.

Titre et résumé en anglais : The statute of organization managers in OHADA law.

The manager statute in OHADA law presents a homogeneous face. On the one hand, the statute is rigid in the practice of organization's manager. This rigidity bases on two fundamental elements : the legal powers of the managers and the judicial sanctions which are applied against the faults of the managers. The powers are increasing because of the saving of their inflexible powers in the ordinary operations and the decline of the classic's force of opposition witch are making out of protecting the organizations against the serious operations. In front of increasing omnipotence of the managers, the judicial sanctions appear as veritable force of opposition to dissuade and punish the faults of the managers. The sanctions are applying to any faults which are committed in ordinary or grave operations. On the other hand, the statute is flexible in the management's organization. Generally, this flexibility is real when it is necessary to reinforce or stabilize the management. But, the liberty of the management's organization is limited when it concerns the structures. The liberty is limited by the necessity to respect the organization's law. A part of the necessity to review the collaboration between the executive structures, it is important to reinforce the control on the managers operations by facilitating the implication of the extern structures in the organization's direction to get dynamic governance.

Discipline :

Droit privé et sciences criminelles

Mots-clés :

Dirigeants – Sociétés – Pouvoirs – Responsabilité – / Managers – Organizations – Powers – Sanctions

Intitulé et adresse de l'U.F.R. ou du Laboratoire :

Laboratoire de droit privé de l'Université Montpellier 1 : Bâtiment 2, 3^{ème} étage ;14 rue Cardinal de Cabrières 34060 Montpellier cedex 2.

Centre de droit des affaires de l'Université de Lomé : BP. 1515 Lomé-TOGO.