

AIX MARSEILLE UNIVERSITÉ  
ÉCOLE DOCTORALE « *SCIENCES JURIDIQUES ET POLITIQUES* »  
FACULTÉ DE DROIT ET DE SCIENCE POLITIQUE  
CENTRE DE DROIT ECONOMIQUE

# LE CONTRÔLE DE LA GESTION DES SOCIÉTÉS COMMERCIALES : APPROCHE SYSTÉMIQUE

Thèse pour le doctorat en droit présentée et soutenue par

**Delphine NICOLAS – BELIZON**

Le Lundi 11 décembre 2017 à la Faculté de droit et de science politique de l'Université  
d'Aix-Marseille (AMU)

*Membres du jury*

Paul LE CANNU, Professeur émérite à l'Université Panthéon-Sorbonne, rapporteur

Julia HEINICH, Professeur à l'Université de Bourgogne, rapporteur

Isabelle GROSSI, Maître de conférences à l'Université d'Aix-Marseille (AMU)

Gérard BLANC, Professeur émérite à l'Université d'Aix-Marseille (AMU), directeur de la  
recherche.





*La faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans cette thèse. Ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur.*

AIX MARSEILLE UNIVERSITÉ  
ÉCOLE DOCTORALE « *SCIENCES JURIDIQUES ET POLITIQUES* »  
FACULTÉ DE DROIT ET DE SCIENCE POLITIQUE  
CENTRE DE DROIT ECONOMIQUE

# **LE CONTRÔLE DE LA GESTION DES SOCIÉTÉS COMMERCIALES : APPROCHE SYSTÉMIQUE**

Thèse pour le doctorat en droit présentée et soutenue par

**Delphine NICOLAS – BELIZON**

*Le Lundi 11 décembre 2017 à la Faculté de droit et de science politique de l'Université  
d'Aix-Marseille (AMU)*

*Membres du jury*

Paul LE CANNU, Professeur émérite à l'Université Panthéon-Sorbonne, rapporteur

Julia HEINICH, Professeur à l'Université de Bourgogne, rapporteur

Isabelle GROSSI, Maître de conférences à l'Université d'Aix-Marseille (AMU)

Gérard BLANC, Professeur émérite à l'Université d'Aix-Marseille (AMU), directeur de la  
recherche.



## **REMERCIEMENTS**

*À mon directeur de thèse, Monsieur le Professeur Gérard Blanc, je souhaite exprimer ma respectueuse reconnaissance, pour l'honneur qu'il m'a fait en acceptant de diriger ce présent ouvrage, ainsi que pour le soutien et la bienveillance dont il m'a fait part dans toutes mes entreprises universitaires, du master au terme du doctorat. Je le remercie également pour son implication et sa disponibilité pour affronter les difficultés de cette dernière entreprise.*

*À Mesdames Isabelle Arnaud-Grossi, Laure Merland et Dominique Velardocchio, je tiens à adresser mes sincères remerciements, pour leurs éminents conseils lors des différentes pré soutenances.*

*À mon mari, à ma fille et à mes parents qui m'ont soutenue, par leur affection et leur patience ainsi qu'à tous ceux qui me sont chers.*

## **SOMMAIRE**

### **PREMIÈRE PARTIE - LES INSTRUMENTS DE CONTRÔLE DE LA GESTION**

#### **TITRE I – LES DISPOSITIFS CONTRACTUELS DE CONTRÔLE**

*Chapitre I – Les dispositifs contractuels au service des dirigeants*

*Chapitre II – Les dispositifs contractuels au service des associés*

#### **TITRE II – LES DISPOSITIFS LÉGAUX DE CONTRÔLE**

*Chapitre I – La transparence : une condition du contrôle*

*Chapitre II – Les procédures légales de contrôle*

### **SECONDE PARTIE - L'EFFICACITÉ DU SYSTÈME DE CONTRÔLE DE LA GESTION**

#### **TITRE I – UNE EFFICACITÉ RECHERCHÉE**

*Chapitre I – De l'effectivité du contrôle*

*Chapitre II – À l'efficacité du contrôle*

#### **TITRE II – UNE EFFICACITÉ LIMITÉE**

*Chapitre I – L'« apathie rationnelle » des associés*

*Chapitre II – Les incohérences législatives persistantes*



## LISTE DES PRINCIPALES ABRÉVIATIONS

<i>ADAE</i>	<i>Association des Dirigeants et Administrateurs d'Entreprise</i>
<i>AFEP-MEDEF</i>	<i>Association française des entreprises privées - Mouvement des entreprises de France</i>
<i>al.</i>	<i>Alinéa</i>
<i>art. cit.</i>	<i>Article citato</i>
<i>AMF</i>	<i>Autorité des marchés financiers</i>
<i>art.</i>	<i>Article</i>
<i>Bull. civ.</i>	<i>Bulletin des arrêts de la Cour de cassation, chambres civiles</i>
<i>BJB</i>	<i>Bulletin Joly Bourse</i>
<i>BJS</i>	<i>Bulletin Joly Sociétés</i>
<i>BRDA</i>	<i>Bulletin rapide de droit des affaires</i>
<i>c/</i>	<i>Contre</i>
<i>cah. dr. entr.</i>	<i>Cahier du droit de l'entreprise</i>
<i>ch.</i>	<i>Chambre</i>
<i>Circ.</i>	<i>Circulaire</i>
<i>C. assur.</i>	<i>Code des assurances</i>
<i>C. civ.</i>	<i>Code civil</i>
<i>C. com.</i>	<i>Code de commerce</i>
<i>C. mon. fin.</i>	<i>Code monétaire et financier</i>
<i>coll.</i>	<i>Colloque</i>
<i>COSO</i>	<i>Committee of Sponsoring Organizations of the Treadway Commission</i>
<i>C. pén.</i>	<i>Code pénal</i>
<i>CPC</i>	<i>Code de procédure civile</i>
<i>C. trav.</i>	<i>Code du travail</i>
<i>Comm.</i>	<i>Commentaire</i>
<i>COB</i>	<i>Commission des opérations de bourse</i>
<i>concl.</i>	<i>Conclusions</i>
<i>CA</i>	<i>Cour d'appel</i>
<i>Cass. ass. plén.</i>	<i>Cour de cassation, assemblée plénière</i>
<i>Cass. civ.</i>	<i>Cour de cassation, chambre civile</i>
<i>Cass. com.</i>	<i>Cour de cassation, chambre commerciale</i>
<i>Cass. crim.</i>	<i>Cour de cassation, chambre criminelle</i>
<i>Cass. soc.</i>	<i>Cour de cassation, chambre sociale</i>
<i>CJCE</i>	<i>Cour de justice des communautés européennes</i>
<i>crit.</i>	<i>Critique</i>
<i>D</i>	<i>Recueil Dalloz</i>

<i>D. actu.</i>	<i>Dalloz actualité</i>
<i>Décr.</i>	<i>Décret</i>
<i>Dir. (CE)</i>	<i>Directive communautaire</i>
<i>Dr. et patr.</i>	<i>Revue Droit et patrimoine</i>
<i>Dr. et pro. coll.</i>	<i>Revue Droit et procédures collectives</i>
<i>Dr. sociétés</i>	<i>Revue Droit des sociétés</i>
<i>éd.</i>	<i>Edition</i>
<i>EURL</i>	<i>Entreprise individuelle à responsabilité limitée</i>
<i>fasc.</i>	<i>Fascicule</i>
<i>Gaz. Pal.</i>	<i>Gazette du Palais</i>
<i>Ibid.</i>	<i>Ibidem</i>
<i>IFA</i>	<i>Institut français des administrateurs</i>
<i>Infra</i>	<i>Ci-dessous</i>
<i>INSEE</i>	<i>Institut national de la statistique et des études économiques</i>
<i>IR</i>	<i>Informations rapides du Recueil Dalloz</i>
<i>J. -Cl</i>	<i>Juris-Classeur-Encyclopédie</i>
<i>JCP E</i>	<i>Semaine juridique- Edition entreprises et affaires</i>
<i>JCP G</i>	<i>Semaine juridique- Edition générale</i>
<i>Juris-Data</i>	<i>Banque de données juridiques</i>
<i>LPA</i>	<i>Revue Les petites affiches</i>
<i>loc. cit.</i>	<i>Loco citato</i>
<i>L.</i>	<i>Loi</i>
<i>Mél.</i>	<i>Mélanges</i>
<i>n°</i>	<i>Numéro</i>
<i>nouv.</i>	<i>Nouveau</i>
<i>obs.</i>	<i>Observations</i>
<i>op. cit.</i>	<i>Opere citato</i>
<i>Ord.</i>	<i>Ordonnance</i>
<i>p.</i>	<i>Page</i>
<i>PME</i>	<i>Petites et moyennes entreprises</i>
<i>préc.</i>	<i>Précité</i>
<i>préf.</i>	<i>Préface</i>
<i>Rép. Dalloz</i>	<i>Répertoire Dalloz- Encyclopédie</i>
<i>Rép. min.</i>	<i>Réponse ministérielle</i>
<i>RJ com.</i>	<i>Revue de jurisprudence commerciale</i>
<i>RJDA</i>	<i>Revue de jurisprudence de droit des affaires</i>
<i>RLDA</i>	<i>Revue Lamy de droit des affaires</i>
<i>Rev. proc. coll.</i>	<i>Revue des procédures collectives, civiles et commerciales</i>
<i>Rev. sc. de gestion</i>	<i>Revue des sciences de gestion</i>
<i>Rev. soc.</i>	<i>Revue des sociétés</i>
<i>RTD civ.</i>	<i>Revue trimestrielle de droit civil</i>
<i>RTD com.</i>	<i>Revue trimestrielle de droit commercial</i>
<i>s.</i>	<i>Et suivants</i>

<i>SA</i>	<i>Société anonyme</i>
<i>SARL</i>	<i>Société à responsabilité limitée</i>
<i>SAS</i>	<i>Société par actions simplifiée</i>
<i>SCA</i>	<i>Société en commandite par actions</i>
<i>SCS</i>	<i>Société en commandite simple</i>
<i>SNC</i>	<i>Société en nom collectif</i>
<i>spéc.</i>	<i>Spécialement</i>
<i>ss.</i>	<i>Sous</i>
<i>supra</i>	<i>Ci-dessus</i>
<i>T.</i>	<i>Tome</i>
<i>T. com</i>	<i>Tribunal commercial</i>
<i>TGI</i>	<i>Tribunal de grande instance</i>
<i>th.</i>	<i>Thèse</i>
<i>v.</i>	<i>Voir</i>
<i>vol.</i>	<i>Volume</i>



## INTRODUCTION

1. Montesquieu écrivait dans L'Esprit des lois, qu'« *un pouvoir sans contrôle est un véritable non-sens, car une infinité d'abus se glissent dans ce qui passe dans la main de l'homme* ». L'analyse sociologique de la nature humaine a mis en exergue cette fatalité, maintenant bien connue, entourant la relation de l'Homme au pouvoir : « *Tout homme qui a du pouvoir est porté à en abuser. Il faut donc que, par la disposition des choses, le pouvoir arrête le pouvoir* ». Cet aphorisme, visant initialement les institutions publiques au dix-huitième siècle, peut être étendu au fonctionnement des sociétés commerciales.

2. En effet, les dirigeants sociaux aux commandes de ces sociétés sont exposés à l'ivresse du pouvoir. Cette situation est d'autant plus exacerbée au sein des grandes sociétés commerciales dans lesquelles les dirigeants sont conduits à exercer un pouvoir important. A la tête de la gestion quotidienne de l'entreprise, les dirigeants prennent seuls un nombre important de décisions sociales, en particulier certaines de nature stratégique<sup>1</sup>. Malgré une répartition des pouvoirs bien définie par le code de commerce, au sein de presque toutes les structures sociales, les dirigeants assument dans les faits un rôle de « *chef d'orchestre de l'entreprise* ».

3. Au centre de la gestion quotidienne, ils sont parfois amenés à prendre des décisions cruciales sans véritable contrôle préalable. Dans ces circonstances, l'importance de ces décisions sociales prises par le dirigeant peut être illustrée à travers l'exemple notamment des cessions de la société SFR et de la société Alstom Energie. Dans ces deux cas, la décision de céder le principal actif de la société à hauteur de 70% aurait pu être prise par le seul directeur général. Cependant, dans le cas d'Alstom, M. Kron alors directeur général a mené des négociations en préférant informer le conseil d'administration et en laissant à ce dernier le pouvoir de décision final. L'hypothèse aurait pu être tout autre si le dirigeant exécutif avait décidé d'adopter seul une telle décision<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> P.Kasparian, *Prise de décision stratégique « émergente » et risque d'omnipotence du directeur général*, BJS 2015, n° 1, p. 54.

<sup>2</sup> Au vu de la formulation très large des pouvoirs de gestion attribués aux dirigeants sociaux, la décision de cession de l'actif principal de la société prise unilatéralement par le dirigeant aurait pu être valable. En effet, le pouvoir de gestion inclue celui d'accomplir certains actes de disposition utiles. Néanmoins, les aliénations de biens essentiels à la société peuvent sembler

Cette position hégémonique des dirigeants exécutifs est induite par le droit des sociétés qui confère aux dirigeants sociaux les pleins pouvoirs pour assurer la gestion des sociétés commerciales. Cette prévalence pour la concentration des pouvoirs date des années 1940.

4. Avant cette date, le code de commerce de 1807 était très laconique concernant le droit des sociétés. Les sociétés commerciales occupaient le titre III du Livre 1<sup>er</sup>, des articles 18 à 64, ce qui était bien peu en comparaison de l'abondance des textes modernes. Le droit des sociétés ne fût véritablement réglementé qu'à partir du XIX<sup>e</sup> siècle par des lois extérieures au code de commerce. A cette époque, le régime juridique des sociétés était choisi par les associés. Cette situation conduisait à un manque de lisibilité dans l'organisation et le fonctionnement des sociétés commerciales. A l'occasion des grands scandales de la fin du XIX<sup>e</sup> siècle et des années 1930 touchant les sociétés commerciales, l'incapacité de désigner des responsables avait conduit le régime de Vichy à imposer dans les sociétés anonymes, une concentration des pouvoirs. C'est en ce sens que la loi de 1940 avait été élaborée. Le fonctionnement responsable des sociétés passait selon le législateur de l'époque par la désignation d'un chef responsable et par une organisation légale des sociétés modelée autour de ce chef. Le droit des sociétés a évolué suivant cette tradition du dirigeant investi des pleins pouvoirs. Toutefois dans ces conditions, l'indigence de certains dirigeants peut engendrer de nombreux risques pour les sociétés commerciales au point de mettre en danger leur pérennité.

5. Or les sociétés commerciales sont un instrument significatif de l'économie d'un pays. La société commerciale se trouve au cœur de l'économie de production et de circulation des richesses. Enveloppe juridique de l'entreprise, les sociétés commerciales sont génératrices de croissance. Organisation finalisée, les sociétés commerciales sont instituées au terme de l'article 1832 du code civil, « *en vue de partager le bénéfice ou de profiter de l'économie qui pourra en résulter* ».

---

compromettre la poursuite de l'objet social et à ce titre relever de la compétence de l'assemblée générale extraordinaire. Dès lors, pour apprécier la légalité d'une telle décision, les juges apprécient la nécessité que présente ou non le bien pour la poursuite de l'objet social. C'est le critère retenu par la jurisprudence en la matière. La position des juges à l'égard de ce critère est plutôt clémente. Elle favorise l'autonomie des dirigeants sociaux en se fondant sur une appréciation large de l'objet social. Ainsi les juges ont retenu dans l'hypothèse hypothèse où le président du conseil d'administration avait consenti une promesse de vente sur « le fonds de commerce de maison de repos » exploité par la société et sur l'immeuble dans lequel avait lieu cette exploitation, que cette promesse était valable au motif qu'elle ne portait pas atteinte à l'objet social, celui-ci prévoyant l'exploitation de « toutes maisons de repos » et pas seulement celle faisant l'objet de la promesse (Cass. com., 29 janv. 1979, n° 77-11.302). De même s'agissant des cessions de participations, un arrêt du 7 oct. 2008, (Cass. com., 7 oct. 2008, n° 07-18.635, Rev. soc. 2009, p. 90, note Y. Chaput) énonce que s'agissant d'une société holding, dès lors que son objet social prévoit l'acquisition, la gestion et l'administration de titres de sociétés, la cession de la totalité des actions qu'elle détient n'emporte pas extinction de cet objet social et donc dissolution de la société, de telle sorte que l'AGE des actionnaires n'a pas à être réunie. Il est donc important de prévoir des stipulations statutaires de compétence puisque dans cette hypothèse, la Cour de cassation paraît favorable à leur respect strict par les juges du fond (Cass. com., 24 juin 1997, n° 94-21.425, Rev. soc. 1997, p. 792, note P. Didier). Sur l'ensemble de la question voir notamment : A. Constantin, *Retour sur une question contentieuse : le rôle de l'objet social dans la délimitation des pouvoirs des organes sociaux*, RLDA 2009, n° 34.

Elles se sont imposées comme une technique efficace d'organisation de l'entreprise<sup>3</sup>. A ce titre, on peut observer que leur poids dans la vie économique est beaucoup plus important que celui des entreprises individuelles qui sont pourtant plus nombreuses. Qu'elles exercent une activité purement économique comme la production ou la distribution de biens ou de services ou qu'elles exercent une activité financière se matérialisant par la collecte de capitaux, l'ensemble des sociétés commerciales sont constituées en vue de réaliser des profits. De plus, l'aspect social des sociétés, en ce qu'elles sont créatrices d'emplois participe également à la prospérité de l'économie en général.

6. Il y a donc une corrélation très forte entre le droit des sociétés et l'environnement économique de l'Etat. Celui-ci a découvert très tôt l'intérêt des sociétés commerciales. A l'origine, le droit des sociétés est apparu pour sécuriser et développer les rapports marchands. Les marchands avaient besoin d'un cadre dans lequel ils puissent déployer pleinement leurs activités et par là même stimuler l'économie du pays. C'est dans ce dessein que sont apparues les compagnies puis par la suite les sociétés anonymes. Colbert, ministre des finances de Louis XIV avait pris conscience de la valeur du droit des sociétés comme outil de valorisation de l'économie. L'exemple topique de la société anonyme l'atteste : en période de croissance lorsque les entrepreneurs sont à la recherche de capitaux, ils font appel aux sociétés anonymes dont le régime juridique permet la collecte de financements. Cependant, les autres sociétés commerciales présentent aussi un intérêt. D'ailleurs, le développement des autres formes de sociétés commerciales en droit français atteste de leur intérêt économique. Ainsi en tant qu'instrument juridique efficace, les sociétés ont vocation à s'inscrire dans le temps.

7. Pour toutes ces raisons, le législateur cherche depuis de nombreuses années à assurer la pérennité et le bon fonctionnement des sociétés commerciales. En effet, l'objectif principal de ce droit est de donner à ceux qui choisissent de conduire ensemble une entreprise économique les moyens juridiques d'y parvenir. A ce titre, le droit des sociétés est érigé pour offrir aux entreprises une structure juridique économiquement efficace. Avant même de garantir la pérennité des sociétés, le législateur cherche à favoriser la création d'entreprise à travers le droit des sociétés. A cette fin, la baisse des exigences en matière de capital social avec l'exemple du capital social à 1 euro pour les sociétés à responsabilité limitée, ou encore la réduction de nombre d'associés vont en ce sens.

---

<sup>3</sup> Sur le sujet : J. Paillusseau, *La Société anonyme, Technique d'organisation de l'entreprise*, Sirey, 1967.

8. Quant à la pérennité des sociétés, le législateur tente de concilier l'ensemble des intérêts en présence. Les sociétés sont un lieu d'éclosion des conflits d'intérêts. Pour cause, au sein d'une même structure cohabitent nécessairement de nombreux intérêts catégoriels comme celui des associés, des dirigeants ou encore celui des parties prenantes. A cela s'ajoute les intérêts particuliers au sein d'une même catégorie. Il s'agit notamment du conflit potentiel entre associés majoritaires et associés minoritaires. Ce dernier est heureusement régulé non seulement par la loi, mais également par les juges au moyen notamment de l'abus de majorité et de minorité. La jurisprudence veille à ce que le droit de vote reste un droit-fonction utilisé dans l'intérêt de la personne morale. Tous les intérêts doivent se concilier au mieux pour faire prévaloir l'intérêt de la société. Néanmoins, les questions économiques sont déterminantes quant aux orientations prises par le droit des sociétés concernant l'équilibre entre ces différents intérêts catégoriels. Si pendant longtemps la société était conçue comme devant répondre aux intérêts des associés, depuis plusieurs décennies la préservation de l'intérêt social semble l'emporter.

9. D'une manière plus générale, le droit des sociétés est donc particulièrement poreux vis-à-vis de son environnement politique et économique. Il subit de nombreuses influences résultant à la fois de mouvements de fond et de mouvements plus conjoncturels, mais aussi de motifs de nature quasi idéologique. En ce sens, avec la loi de 1966, c'est la protection des tiers amenés à contracter avec les sociétés qui prévalut. Cette situation conduisit à une réglementation assez impérative et précise. D'ailleurs cette forte intervention de l'Etat s'inscrit dans le contexte économique de l'époque. Après la seconde guerre mondiale, l'Etat s'était largement investi afin de reconstruire l'Europe. Il intervenait dans tous les secteurs de l'économie : l'exemple des nationalisations de grandes sociétés commerciales l'atteste. La participation majoritaire de l'Etat dans ces grandes sociétés conduisit logiquement à une forte intervention de sa part dans la réglementation des sociétés commerciales. Cependant, la fin des Trente glorieuses s'est traduite par une relative stagnation de la croissance. En effet, l'interventionnisme étatique entraînait une fiscalité importante à la charge des entreprises, ce qui induisait une baisse du pouvoir d'achat et donc une inflation au plan économique. La montée brutale du chômage et l'incapacité de l'Etat à y faire face a relancé l'idéologie libérale avancée comme une solution à la crise. L'arrivée au pouvoir de Margaret Thatcher en Grande-Bretagne et de Ronald Reagan aux Etats-Unis a contribué à l'avènement de la doctrine libérale. A partir des années 1973, le libéralisme a ainsi commencé à se traduire dans les



politiques économiques avec, à partir de 1986 en France une vague de privatisation des grandes sociétés commerciales.

**10.** Dans les années 1990, cette libéralisation des économies s'est accompagnée d'un mouvement de mondialisation. Elle crée un espace mondial interdépendant dans lequel on assiste à la création d'un marché planétaire de capitaux. Le décloisonnement des marchés permet alors une interconnexion des places boursières dans le monde. Depuis la mondialisation, les impératifs dignes de protection ont évolué ; si la protection des tiers n'a pas disparu, d'autres se sont imposés comme des objectifs à développer en contrepoint. L'ouverture des frontières est une source de concurrence accrue entre les Etats souverains, l'intérêt des Etats étant de saisir de nouvelles opportunités d'affaires pour assurer la croissance économique de leur pays. Cet impératif économique a conduit à une libéralisation du droit des sociétés. « *La loi du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales est une loi de qualité mais établie à une époque de centralisation des pouvoirs, d'économie dirigée, de frontières seulement entrouvertes, de plein emploi. Depuis sont venues des crises, l'évolution profonde de l'environnement politique et économique, le poids de la réussite des USA fondée sur un grand libéralisme<sup>4</sup>* ». Suivant ce constat, le législateur a adopté certaines mesures importantes dont la simplification du droit. Le droit français des sociétés souffrait au plan international de sa complexité et de son extrême rigueur. Pour pallier cet inconvénient, dès 1998 avec la loi n° 88-15 du 5 janvier 1988 relative au développement et à la transmission des entreprises, le législateur a amorcé un mouvement de simplification. Il s'est poursuivi au travers de nombreuses lois adoptées périodiquement au fil des années. Ce souci de simplification se poursuit encore aujourd'hui avec la loi n° 2008-776 du 4 août 2008, celle du 22 mars 2012 ou encore plus récemment la loi n° 2014-863 d'habilitation du 2 janvier 2014.

**11.** Parallèlement, la nécessité de renforcer la protection des investisseurs et des épargnants afin d'attirer l'épargne vers les sociétés commerciales françaises s'est aussi imposée. Le législateur a pris diverses mesures pour attirer le financement avec les exemples des actions à dividende prioritaires sans droit de vote, le développement du financement des entreprises avec notamment les titres participatifs, les certificats d'investissements. Cependant, pour attirer l'épargne, il faut en parallèle protéger les investisseurs.

**12.** Avec la libéralisation du droit, la liberté de gestion des dirigeants a été préservée, voire même amplifiée avec la société par actions simplifiées. A la lecture des dispositions relatives

---

<sup>4</sup> P. Bézard, *Le droit des sociétés français face aux défis de la mondialisation*, Rev. soc. 2000, p. 55.

aux divers dirigeants sociaux, on s'aperçoit que malgré la diversité des régimes juridiques, les dirigeants sont investis des pouvoirs les plus étendus pour agir en toutes circonstances au nom de la société et peuvent faire tout acte de gestion dans l'intérêt social. Ils peuvent prendre « toutes les décisions relatives à la marche de la société aussi bien du point de vue de son organisation interne que de son activité <sup>5</sup> ». Néanmoins, les crises financières ont généré une grave crise de confiance envers les dirigeants de sociétés cotées avec notamment les affaires *Enron*, *World-Com* et *Vivendi Universal* pour la France. L'ère du soupçon s'est étendue au-delà de ces sociétés, bien qu'elles soient les seules à être sous la lumière des projecteurs. La perte de confiance des investisseurs envers les dirigeants des sociétés commerciales les a conduits à délaisser certaines sociétés<sup>6</sup>. Ce retrait portant atteinte à la pérennité des sociétés risquait d'engendrer des répercussions néfastes pour l'économie des pays.

**13.** Il s'agit d'un des revers de la doctrine libérale : que ce soit au plan juridique ou économique, sans régulation et contre-pouvoirs, le capitalisme aboutit à la marginalisation des plus faibles et à la prolifération des activités illicites. Loin d'abolir le rôle de l'Etat, la mondialisation devrait redonner à ce dernier un rôle dans l'élaboration d'une réglementation adaptée pour faire face aux déviances. Compte tenu de la situation, il était urgent pour les législateurs d'intervenir afin de restaurer cette confiance perdue. Le Royaume-Unis et les Etats-Unis ont été les précurseurs d'un mouvement de réforme d'ensemble. C'est ainsi que le courant de *gouvernement d'entreprise* a fait son apparition avec de grandes lois. Il s'agit d'un concept à l'origine anglo-saxon qui se définit comme une réflexion sur l'ensemble des règles qui déterminent la manière dont une entreprise est gérée et contrôlée. A travers ce principe, il s'agit d'apporter un meilleur équilibre dans le fonctionnement des sociétés commerciales en améliorant la répartition des pouvoirs, en érigeant des contre-pouvoirs dotés de moyens de contrôle efficaces.

**14.** Sous l'influence de ce concept, la loi américaine *Sarbanes-Oxley* de 2002 relative aux sociétés cotées a entraîné de nombreux changements. Elle s'est employée à multiplier les niveaux de contrôle, à renforcer les responsabilités des dirigeants, à modifier le système de contrôle légal des comptes et à opérer un accroissement des sanctions possibles en cas d'infractions. La France malgré la position hégémonique des dirigeants prévoyait déjà certaines limites aux pouvoirs des dirigeants. A ce titre, la séparation des pouvoirs, la

---

<sup>5</sup>M. Cozian, A. Viandier, F. Deboissy, *Droit des sociétés*, Litec, 25<sup>ème</sup> éd., 2012, n° 615, p. 343.

<sup>6</sup> Dans le cas des sociétés cotées, les investisseurs institutionnels principalement anglo-saxons peuvent se désintéresser de sociétés lorsqu'ils estiment qu'il existe un manque d'encadrement des règles légales relatives au contrôle de la gestion des dirigeants sociaux et préférer ainsi d'autres sociétés. Ce risque de désintéressement a conduit le législateur français à intégrer les principes de bonne gouvernance afin d'éviter aux sociétés françaises de grandes difficultés à lever des fonds.

hiérarchie des organes sociaux, l'objet social et l'intérêt social constituent depuis de nombreuses années des limites légales au pouvoir des dirigeants sociaux.

**15.** Les deux premiers procèdent des principes d'organisation des sociétés qui ont été esquissés à propos de la société anonyme par l'arrêt *Motte* en 1946<sup>7</sup>, puis généralisés à l'ensemble des sociétés. Dans cette affaire, la Cour de cassation avait approuvé une Cour d'appel d'avoir annulé la résolution d'une assemblée générale qui investissait le président-directeur général de l'ensemble des pouvoirs attribués jusqu'alors au conseil d'administration. Selon un attendu de principe par la suite étendu à l'ensemble des sociétés commerciales, les juges affirmaient que « *la société anonyme est une société dont les organes sont hiérarchisés et dans laquelle l'administration est exercée par un conseil élu par l'assemblée générale ; qu'il n'appartient donc pas à l'assemblée générale d'empiéter sur les prérogatives du conseil en matière d'administration* ». Aucune disposition de la loi du 16 novembre 1940 applicable à l'espèce n'interdisait explicitement un tel transfert de compétences ; néanmoins l'ordre public sociétaire imposait l'affirmation d'un principe de hiérarchie et de séparation des pouvoirs.

**16.** Le principe de séparation des pouvoirs, a été adopté afin que chaque organe social respecte la répartition des compétences prévue par le législateur. Chacun d'eux a une fonction et un domaine déterminé à l'intérieur de la personne morale. Dès lors suivant ce principe, le dirigeant doit respecter ses attributions légales et ne pas empiéter sur les compétences des autres organes sociaux, au risque d'engager sa responsabilité civile et de voir annuler sa décision de gestion. Les dirigeants peuvent prendre toutes les décisions relatives à la marche de la société aussi bien du point de vue de son organisation interne que de son activité. Toutefois, comme le précise notamment l'article L. 225-35 du code de commerce, les dirigeants ne peuvent agir que « *sous réserve des pouvoirs expressément attribués aux assemblées d'actionnaires* ».

**17.** Le principe de hiérarchie vise quant à lui à ériger un ordonnancement entre les différents organes sociaux suivant un modèle pyramidal au sommet duquel se trouve en principe l'assemblée des associés. En effet, il revient aux associés de prendre les décisions sociales les plus importantes, les dirigeants devant respecter cette hiérarchie lorsque la loi l'impose. A côté des principes d'organisation des sociétés, il faut ajouter à la liste des limites légales au pouvoir des dirigeants l'objet social et l'intérêt social.

---

<sup>7</sup> Arrêt *Motte*, Cass. Civ., 4 juin 1946, S. 1947, 1, p. 153, note P. Barbry ; JCP 1947, II, 3518, note D. Bastian ; Gaz. Pal. 1946, p. 136.

**18.** L'objet social<sup>8</sup>, fondement de la compétence des dirigeants est en même temps, une limite apportée à leurs pouvoirs. Les textes sont clairs : les dirigeants sont investis des pouvoirs les plus étendus dans la limite de l'objet social. Ce dernier s'entend de l'ensemble des activités déterminées par les statuts qu'une société peut exercer. Dans les rapports internes, l'objet social fixe les limites de l'activité de la société et par voie de conséquence de l'activité du dirigeant. Dans les rapports avec les tiers depuis l'ordonnance n° 69-1176 du 20 décembre 1969, l'objet social n'est plus une limite aux pouvoirs du dirigeant des sociétés par actions et des sociétés à responsabilité limitée, puisque « *la société est engagée par les actes des dirigeants qui ne relèvent pas de l'objet social*<sup>9</sup> », à l'exception cependant de la mauvaise foi du cocontractant. Dans cette dernière hypothèse la société est engagée « *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, étant exclu que la seule publication des statuts suffise à constituer cette preuve*<sup>10</sup> ». En revanche, dans les sociétés en nom collectif et en commandite simple, l'objet social continue à être une limite aux pouvoirs des dirigeants, même à l'égard des tiers<sup>11</sup>. Il joue donc un rôle plus important car, « *les clauses limitant les pouvoirs étant par ailleurs inopposables aux tiers, il constitue le seul moyen de protéger les associés contre les abus que pourraient commettre les dirigeants*<sup>12</sup> ».

**19.** L'intérêt social tient également sa place au rang des limites légales aux pouvoirs des dirigeants. A la différence des précédentes, celui-ci n'est que très partiellement visé par les textes. On retrouve cette limite aux articles L. 221- 4 et L. 223- 18 du code de commerce. Ce dernier prévoit notamment que « *Le gérant peut faire tout acte de gestion dans l'intérêt de la société* ». Le devoir des dirigeants est de servir au mieux l'intérêt de la société en lui assurant une prospérité continue et « *de faire toutes diligences pour analyser les opportunités comme les pièges ainsi que l'évolution du contexte, des besoins des clients, des concurrents, des processus commerciaux ou des technologies industrielles, sans négliger les attentes des marchés financiers, et pour faire les choix nécessaires en faisant abstraction de tels ou tels*

---

<sup>8</sup> L'ordonnance du 10 février 2016 réformant le droit des contrats introduit une limitation à la capacité de contracter des personnes morales et notamment des sociétés. Le législateur interdit aux sociétés de conclure des actes qui ne seraient pas utiles à la réalisation de l'objet statutaire de la société. Voir sur le sujet : P. Mousseron, *Le nouveau régime de la capacité contractuelle des sociétés : la boussole de l'objet social*, D. 2016, p. 906 ; P. Francoual, *Utilité sociale, objet social étendu et intérêt social élargi : de nouveaux horizons pour les sociétés...* RLDA 2016, n° 117.

<sup>9</sup> Art. L. 223-18, al. 6, L. 225-35, al. 3, L. 225-51, al. 4, L. 225-64, al. 3 et L. 226-7, al. 3 du C.com.

<sup>10</sup> Art. L. 223-18, L. 225-35, L. 225-64, L. 226-7 du C.com.

<sup>11</sup> Art. L. 221-5 et L. 222-2 du C.com.

<sup>12</sup> J. Mestre, D. Velardocchio et A-S. Mestre-Chami, *Lamy Sociétés commerciales*, 2017, n° 382.

*intérêts catégoriels ou particuliers*<sup>13</sup>». Ainsi, les dirigeants doivent en toutes circonstances respecter l'intérêt de la société.

**20.** Cette limite aux pouvoirs des dirigeants est particulièrement opportune. Cette notion « *gouverne classiquement le fonctionnement de la société et sa violation appelle la réaction du droit des sociétés*<sup>14</sup> ». En droit des sociétés, l'intérêt social sert de critère pour mesurer la gestion des dirigeants. C'est « *une clé permettant de repérer, d'éviter ou de réprimer la divergence éventuelle des intérêts des dirigeants*<sup>15</sup>». Il permet de distinguer les comportements pathologiques et sanctionnables des comportements normaux. Toutefois pour recourir à ce critère, il est nécessaire d'en définir la notion. Sur ce sujet, la doctrine n'est pas unitaire. Certains auteurs assimilent l'intérêt social à celui des associés<sup>16</sup>, d'autres considèrent que l'intérêt social transcende tous les intérêts catégoriels ou particuliers et représente l'intérêt général de la personne morale. Aucune conception ne prédomine, ce sont les juges qui au gré des espèces instrumentalisent l'intérêt social pour apprécier la gestion des dirigeants.

**21.** Néanmoins ces différentes limites fondamentales communes à l'ensemble des sociétés commerciales ne permettaient pas à elles seules de redonner confiance aux investisseurs. Les assemblées d'actionnaires restaient dominées par les dirigeants sociaux, surtout dans les grandes sociétés. C'est alors que le législateur français a entrepris d'améliorer le régime juridique des sociétés en procédant par touches successives dans plusieurs lois emblématiques. Contrairement aux droits anglo-saxons, le droit français ne nécessitait pas de réforme globale. En effet, la loi n° 66-537 du 24 juillet 1966 prévoyait déjà une série d'instruments juridiques permettant d'assurer la protection de ceux qui avaient choisi d'investir leur capital dans les sociétés commerciales. En ce sens, elle avait en comparaison au droit antérieur procédé à une amélioration du droit à l'information des associés, de même qu'elle avait procédé à une extension du contrôle légal des comptes par le commissaire aux comptes ou encore, elle avait consacré un accroissement des responsabilités et des sanctions pénales venant assurer le respect des prescriptions légales. Derrière l'ensemble de ces mesures avancées s'exprime en réalité le besoin de mieux contrôler la gestion des sociétés commerciales et c'est sur ces bases que le législateur français est intervenu.

**22.** Depuis la création des sociétés commerciales, le besoin de contrôler la gestion des dirigeants existe, ce qui diffère c'est l'intensité de ce besoin suivant les époques. A l'origine,

---

<sup>13</sup> P. Bissara, *L'intérêt social*, Rev. soc. 1999, p. 5.

<sup>14</sup> D. Poracchia, *Le rôle de l'intérêt social dans la société par actions simplifiée*, Rev. soc. 2000, p. 223.

<sup>15</sup> P. Bissara, art. cit., p. 5.

<sup>16</sup> Le Pr. D. Schmidt est l'un de ceux qui tentent de substituer à la notion d'intérêt social celle d'intérêt commun des associés.

au sein des compagnies, les associés déterminaient les pouvoirs des gérants et prenaient déjà des garanties contre d'éventuels détournements, telles que la reconnaissance de la compagnie périodique<sup>17</sup> qui imposait déjà aux dirigeants de procéder à un inventaire ainsi qu'à un examen général des comptes ou encore l'obligation de consulter les associés pour engager des commis. Le droit statutaire imposait lui aussi certaines règles, en particulier l'obligation pour les gérants de s'abstenir de falsifier leur compte personnel. Des règles analogues apparaissent dans l'autre forme sociétaire de l'époque les commandes dans lesquelles, par exemple, il était fait interdiction au *tractor* de cumuler plusieurs contrats dans la même expédition. Enfin, le droit précisait l'obligation pour le gérant de rendre des comptes et de le sanctionner par des peines sévères en cas de refus.

**23.** Jusqu'aux années 1940, les associés étaient particulièrement investis de leur mission de contrôle de la gestion puisque la société était considérée comme un contrat. La théorie contractualiste militait en faveur de la souveraineté des associés dans le fonctionnement des sociétés. Au nom du contrat de mandat liant les associés aux dirigeants, ces derniers avaient une obligation de rendre compte de leur gestion aux associés. Puis l'évolution juridique relative à la nature juridique de la société a atténué cet impératif de contrôle. Selon la théorie institutionnaliste consacrée par les lois de 1940 et de 1966, la société n'est plus considérée comme un contrat mais comme une institution. La société est alors perçue comme un ensemble de règles qui organisent de façon impérative et durable un groupement de personnes autour d'un but déterminé. Les droits et les intérêts privés sont subordonnés à la satisfaction de l'intérêt social. Dans ces conditions, le degré du contrôle des associés s'en trouve diminué puisque le dirigeant n'est plus considéré comme un mandataire mais comme un organe chargé de mettre en œuvre la volonté commune. A ce titre, une certaine confiance est accordée aux dirigeants sociaux pour satisfaire la poursuite de l'intérêt social. Le contrôle se voit donc lié à l'intérêt social et l'associé n'est plus au cœur des mécanismes de contrôle ; ce sont les commissaires aux comptes ou encore les conseils de surveillance auxquels la loi attribue principalement les prérogatives de contrôle. Pourtant, malgré ces deux lois, le législateur n'était pas totalement indifférent à l'idée de contrôle des associés : il y apportait simplement une réponse plus concise se limitant à améliorer l'information de ces derniers.

**24.** Cette organisation et ce fonctionnement institutionnel des sociétés montraient certaines limites. Le rapport *Sudreau* dès 1975 relevait les déficiences de la loi et le dévoiement de celle-ci par la pratique. La présence d'organe comme le conseil d'administration pour les

---

<sup>17</sup> Voir sur le sujet : J. Hilaire, *Introduction historique au droit commercial*, PUF, 1986.

sociétés anonymes ne permettait pas de limiter l'omnipotence des dirigeants exécutifs. Les conseils d'administration tels que conçus par la loi de 1966 montraient leurs limites. Les conseils d'administration avaient été imaginés pour représenter les actionnaires, il revenait donc en théorie à ces derniers de nommer l'ensemble des membres des conseils d'administration. Or en pratique, les dirigeants exécutifs proposaient les administrateurs, l'assemblée quant à elle ne faisant qu'avaliser les propositions sans véritable débat. L'assemblée générale était ainsi cantonnée à un rôle de chambre d'enregistrement. De plus, la pratique des mandats croisés au sein des plus grandes sociétés commerciales entre les dirigeants et les administrateurs conduisait à ce que les conseils d'administration n'exercent pas leur rôle de contre-pouvoirs. Ainsi « *la démocratie représentative n'était que le paravent d'une logique de cooptation*<sup>18</sup> » peu propice à l'exercice d'un contrôle de la gestion des dirigeants. Les habitudes autocratiques des dirigeants restaient bien ancrées dans le fonctionnement des sociétés commerciales et la dilution de l'actionnariat des grandes sociétés ne permettait pas un contrôle efficace mis en œuvre par les associés.

**25.** Ces dysfonctionnements au sein de la direction des sociétés anonymes françaises ont été révélés par certains scandales financiers. Les pleins pouvoirs accordés aux dirigeants sans véritable contrôle efficace ont entraîné certaines déviances des dirigeants prises au nom de l'intérêt social. Concernant les autres formes sociales, si elles n'étaient pas directement pointées du doigt par la doctrine, les dirigeants restaient omnipotents au sein de ces structures. En effet dans ces dernières, la question du contrôle de la gestion n'était pas envisagée ou alors que de manière marginale, ce qui conduisait à une gestion sans contrôle. Or, la faillite de grandes sociétés a montré les conséquences de l'exercice d'un pouvoir autoritaire et non transparent par les dirigeants exécutifs. Le besoin de contrôler la gestion des sociétés est alors commun à l'ensemble des formes sociales ; ce qui diffère c'est en réalité l'intensité du contrôle.

**26.** Il est un principe selon lequel les associés doivent avoir un droit de regard sur la gestion exercée par le dirigeant. Que ce soit sur le fondement du mandat social ou en vertu de la position institutionnelle du dirigeant, la qualité d'associé confère un droit de contrôle de la gestion. De même, l'impératif de protection des associés et des tiers impose d'ériger un contrôle légal des comptes visant à garantir la régularité et la sincérité des informations

---

<sup>18</sup>Cuzacq N., *Plaidoyer en faveur de l'avènement de la démocratie actionnariale en matière de fixation de la rémunération des dirigeants des sociétés anonymes*, LPA 2012, n° 67, p. 10.

comptables et financières transmises par les dirigeants. Enfin, la protection des salariés exige aussi de confier des prérogatives de contrôle au comité d'entreprise.

**27.** La nécessité économique d'assurer la pérennité des sociétés impose également que les dysfonctionnements dont les dirigeants sont à l'origine puissent être évités par l'exercice d'un contrôle. En effet, dans la plupart des cas, qu'ils s'agissent de fautes de gestion, de la commission d'infractions pénales ou de conflits d'intérêts, ces dysfonctionnements ont des répercussions négatives sur la société et peuvent entraîner celle-ci vers des difficultés économiques allant parfois jusqu'à sa liquidation. L'effet préventif du contrôle permet de prévenir certains dysfonctionnements qui pourraient affecter la gestion de la société. De même, au-delà de la pérennité des entreprises l'objectif du contrôle est d'améliorer la performance et la rentabilité des sociétés

**28.** Au vue de ces considérations, l'existence d'un contrôle s'impose donc avec force. Cette nécessité a conduit à une réflexion sur le contenu du contrôle de la gestion. A partir des années 2000, la conception du contrôle a évolué. D'un contrôle *a posteriori* produisant un effet correctif sur la gestion des sociétés, on est passé à un contrôle *a priori* dont l'objectif est préventif. La prévention des risques a pris une place importante dans la législation. Ce mouvement s'explique par « *la montée du risque juridique auquel peuvent être exposées les entreprises, leurs dirigeants et leurs collaborateurs qui est aujourd'hui une évidence*<sup>19</sup> ». Les sociétés contemporaines sont exposées à des risques de natures différentes. Du point de vue juridique, le risque est devenu protéiforme. Ainsi l'importance du risque juridique, de sa récurrence, de sa gravité et de son impact sur les sociétés a entraîné une appréhension de ce risque par le législateur. En droit des sociétés, cet impératif est allé dans le sens de la prévention des conflits d'intérêts. Il s'agit d'éviter qu'un individu ou qu'un groupe d'individus ne privilégie un intérêt personnel par rapport à l'intérêt social. Dans ce domaine, l'autorégulation reste un vœu pieux<sup>20</sup> : c'est donc au législateur de trouver des outils de prévention efficaces. Il a paru ainsi opportun au législateur de dépasser la conception traditionnelle du contrôle.

**29.** L'ensemble des paramètres précédemment exposés témoigne de la nécessité pour le législateur contemporain de faire évoluer le contrôle de la gestion des sociétés commerciales.

---

<sup>19</sup> E. Daoud, Introduction in *Le risque pénal de l'entreprise : approche pratique des évolutions actuelles*, RLDA 2011, n°64.

<sup>20</sup> L. Mosser, *Vers une efficience de la prévention des conflits d'intérêts en droit des sociétés*, colloque *Les conflits d'intérêts en droit des affaires*, Gaz. Pal. 2011, n° 342, p. 9.



En ce sens, nombreuses sont les lois qui se sont succédées dans le but de faire évoluer le contrôle.

**30.** La première loi adoptée par le législateur français intégrant les principes de gouvernement d'entreprise est la loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques. L'enjeu affiché va logiquement dans le sens d'un accroissement de l'information et des contrôles. Dans cette loi, l'objectif de transparence est mis en avant, avec nombre de règles accentuant l'information des associés comme celle des conseils d'administration ou encore celle des comités d'entreprises. Cette amélioration de l'information permet notamment la prévention des conflits, ce qui améliore l'aspect préventif du contrôle de la gestion. De même, la recherche d'un meilleur équilibre dans le fonctionnement sociétaire a incité le législateur à redéfinir au moins en partie les compétences de certains organes. S'en suivirent de nombreuses autres grandes lois consacrant la doctrine du contrôle. La loi LSF<sup>21</sup> de 2003 s'inscrit dans ce même mouvement réformateur. Dans le même esprit, cette loi tend à moderniser le régime juridique des autorités de contrôle, ainsi que le contrôle légal des comptes et à renforcer la transparence. Ainsi toutes deux visent à augmenter l'efficacité dans la surveillance de la gestion des sociétés commerciales en se basant toutefois sur des axes différents. La première, s'évertue à rééquilibrer les rapports sociaux en érigeant des instruments juridiques dont le but est « *la distribution de nouveaux droits et l'organisation d'un meilleur accès à l'information et au juge, par exemple pour solliciter du tribunal des expertises de gestion*<sup>22</sup> » tandis que la loi LSF, tente de redonner confiance aux acteurs sociaux : « *il ne s'agissait plus tant de donner de nouvelles prérogatives à des personnes dignes de protection comme les actionnaires, mais de mieux organiser la surveillance du marché en général*<sup>23</sup> » et des sociétés commerciales en particulier. C'est donc tous les aspects du contrôle qui ont été développés par le législateur français.

**31.** D'ailleurs, l'influence de la législation et des marchés financiers ont permis à ce que le vent de moralisation des affaires arrive jusqu'aux dirigeants sociaux. Du statut de cible du contrôle, ces derniers ont été incités à œuvrer directement à une autorégulation de leur gestion. Grâce à divers instruments de *soft law*, les dirigeants prennent part à leur manière au contrôle.

---

<sup>21</sup> Loi n° 2003-706 du 1 août 2003 relative à la sécurité financière désignée loi « LSF » dans la présente étude pour des raisons de commodité.

<sup>22</sup> A-M. Frison -Roche, *L'esprit de la future loi de sécurité financière comparée à la loi NRE*, Les Echos, janv. 2003, n° 18830, p. 43.

<sup>23</sup> A-M. Frison -Roche, *ibid.*

**32.** L'Union européenne n'est pas indifférente à l'évolution du contrôle de la gestion des sociétés commerciales. Pour cause, l'internationalisation des sociétés exigeait une réforme harmonisée en matière de contrôle afin de rendre équivalentes les garanties qui sont imposées aux sociétés et à leurs dirigeants dans les différents pays de l'Union<sup>24</sup>. A ce titre, l'influence du droit européen s'est intensifiée à partir des années 2000. C'est à l'occasion du plan d'action de mai 2003 que les autorités européennes ont décidé de s'intéresser pleinement au gouvernement d'entreprise. En 2000 fut élaborée une recommandation sur le contrôle de la qualité du contrôle des comptes<sup>25</sup> ; en 2002, fut adoptée une recommandation sur l'indépendance du contrôleur légal des comptes<sup>26</sup> ; puis à partir de 2004, des textes ayant trait directement à l'intégration du gouvernement d'entreprise ont été publiés. Si à l'origine, les principes de bonne gouvernance n'étaient envisagés que dans des textes non contraignants, à partir du printemps 2006, c'est par le biais des directives communautaires que de tels principes ont été introduits. Une multitude de directives communautaires sont venues imposer de nouvelles obligations en matière de contrôle relativement aux droits des actionnaires avec la directive du 11 juillet 2007 n° 2007/36/CE ; une autre du 17 mai 2006 n° 2006/43/CE vise à améliorer la qualité du contrôle des comptes et a rendu obligatoire la nomination d'un comité d'audit dans les sociétés cotées. On peut encore citer la directive du 14 juin 2006 n° 2006/46/CE, qui instaure le principe « *se conformer ou expliquer* » ou bien la recommandation du 30 avril 2009 n° 2009/385/CE relative au régime de rémunération des dirigeants de sociétés cotées<sup>27</sup>. Cette avalanche de textes européens témoigne de l'impulsion de l'Union européenne en matière de contrôle de la gestion.

**33.** Cette doctrine du contrôle est presque vingt ans après toujours d'actualité. Elle porte aujourd'hui sur de nouveaux sujets à l'instar de la responsabilité sociale et environnementale, mais derrière ces concepts se dessine toujours l'idée de contrôle. Plus directement, la doctrine du contrôle fait toujours partie des préoccupations de l'Union européenne avec notamment la nouvelle directive européenne à venir sur les droits des actionnaires. Adoptée par le Parlement européen le 14 mars 2017<sup>28</sup>, les Etats membres devront transposer les nouvelles dispositions

---

<sup>24</sup> Cf. B. Lecourt, *Application des règles relatives au gouvernement d'entreprise au sein de l'Union européenne*, Rev. soc. 2010, p. 127.

<sup>25</sup> Recomm. C(2000)3304 du 15 nov. 2000.

<sup>26</sup> Recomm. n° 2002/590/CE du 16 mai 2002.

<sup>27</sup> A cet inventaire des directives ayant un rapport avec le contrôle de la gestion, on peut également citer la directive n° 2013/34/UE du 26 juin 2013 abrogeant la directive du 13 juin 1983 relative aux comptes consolidés et modifiant la directive du 17 mai 2006 relative aux contrôles légaux des comptes annuels et des comptes consolidés.

<sup>28</sup> La Commission européenne avait présenté en 2014, une proposition de révision de la directive sur les droits des actionnaires qui a été finalement adoptée. Par ailleurs, la Commission des affaires juridiques du Parlement européen a adopté le 7 mai 2015, un projet législatif autorisant les actionnaires à se prononcer sur la rémunération des dirigeants de sociétés,

d'ici 2019. Celle-ci permettra d'améliorer d'avantage l'interactivité entre les dirigeants et les actionnaires, de donner à ces derniers plus de pouvoirs en matière de rémunérations et de conflits d'intérêts ; néanmoins elle n'apportera pas de grands bouleversements en droit français puisque sur la plupart des sujets le législateur national a devancé les instances européennes.

**34.** C'est donc un mouvement de fond qui affecte le droit des sociétés et non un simple effet de mode. C'est une réflexion globale du contrôle des sociétés commerciales qui agite les acteurs du droit des sociétés. D'ailleurs, la diversité des mesures prises par le législateur national pour améliorer le contrôle de la gestion des sociétés semble souligner l'émergence d'un véritable système de contrôle de la gestion. L'envergure et la complexité de ce système exige, plus que d'en démontrer l'existence : il s'agit d'en exposer les différents composants et d'expliquer son fonctionnement afin de pouvoir juger de son efficacité. Tout l'intérêt de cette étude est donc de procéder à cette démonstration.

**35.** Un système se définit comme un ensemble ordonné d'éléments qui assurent une fonction et qui concourent à un but. Il nous semble que le contrôle de la gestion répond à cette définition dans la mesure où le législateur n'a pas limité son action à l'élaboration d'instruments de contrôle *stricto sensu* dont les plus emblématiques sont du point de vue des associés le mécanisme des conventions réglementées ou encore l'expertise de gestion. En vue de satisfaire au mieux l'efficacité du contrôle de la gestion, le législateur a élaboré un système adoptant une conception globalisante du contrôle. En ce sens, le législateur a étendu son action à l'amélioration de l'information des contrôleurs et aux sanctions éventuelles prononcées à l'encontre du dirigeant à l'issue du contrôle ou encore à l'encontre des organes même de contrôle pour s'assurer de la mise en œuvre effective de leurs prérogatives de contrôle. Le contrôle n'est pas un acte isolé de la vie sociale. Il exige qu'un certain nombre de paramètres soit tourné vers le contrôle. L'exemple des sanctions illustre cette affirmation ; elles doivent être à la fois correctives et suffisamment rigoureuses pour que leurs effets dissuasifs permettent aussi la prévention des fautes et infractions du dirigeant.

**36.** Une analyse de droit comparé relative à la conception du contrôle de la gestion des sociétés commerciales révèle que la démarche des législateurs à l'égard du contrôle est analogue. Tous arborent une vision systémique du contrôle. Les droits américain, anglo-saxon et français ne se limitent pas à accroître les mécanismes de contrôle. Ils s'attachent tous à

---

pour garantir une transparence adéquate et lier davantage les salaires aux performances réalisées (sur le sujet, voir. A. Lecourt, D. 2015., p. 1097).

appréhender l'ensemble des mécanismes qui sont parties prenantes du contrôle. Il en va ainsi logiquement des instruments de contrôle *stricto sensu*, mais également des règles de transparence, conditions du contrôle, comme de tout l'appareillage des sanctions et de responsabilités qui représentent la conséquence éventuelle d'un contrôle, lorsque celui-ci fait apparaître des dysfonctionnements. La démarche du législateur français comme celle d'ailleurs de ces homologues étrangers est donc plurielle et tous ces paramètres du contrôle participent à son efficacité. Partant de là, il est possible d'affirmer l'existence d'un véritable système de contrôle de la gestion des sociétés commerciales.

**37.** Au-delà de l'architecture du contrôle par le législateur, le système de contrôle transparait à un autre niveau. Dans sa conception générale du contrôle, le législateur ne considère pas la réglementation légale comme l'unique source du contrôle la gestion. Le droit conventionnel tient une place importante dans le contrôle de la gestion particulièrement dans les sociétés par actions simplifiées. De même, au sein des autres formes sociales le législateur incite parfois au renforcement du contrôle par la voie des statuts et lorsqu'il ne le fait pas expressément, le silence de la loi confère au droit conventionnel une compétence de principe. L'articulation de ces deux sources du contrôle est conçue afin d'améliorer l'efficacité du contrôle de la gestion des sociétés commerciales.

**38.** Ainsi l'ensemble de ces paramètres, qu'ils s'agissent des différentes sources et des instruments légaux, sont organisées dans le but de permettre la prévention des dysfonctionnements, leurs détections, leurs rectifications et leurs sanctions pour parvenir à une meilleure gestion de la société. Il est particulièrement opportun de replacer le contrôle de la gestion des sociétés commerciales dans son environnement dans la mesure où des instruments de contrôle si efficaces soient-ils pris isolément ne sont d'aucune utilité s'il n'est pas permis de tirer des conséquences de ce qui a été contrôlé. Aux vues de ces considérations, le travail normatif relatif à la question du contrôle de la gestion des sociétés commerciales est d'une grande ampleur. L'accumulation des réformes dans des domaines très variés impose aujourd'hui de faire un état des lieux du système.

**39.** *A travers l'ensemble des réformes et dispositions intervenues afin d'améliorer le système de contrôle de la gestion des sociétés commerciales, celui-ci a-t-il atteint un niveau d'efficacité satisfaisant ? Parvient-il à satisfaire les objectifs inhérents au contrôle ? En ce sens, permet-il d'améliorer la gestion des sociétés commerciales sans toutefois ériger un frein trop important à l'autonomie des dirigeants, impératif nécessaire au développement*

*économique des sociétés commerciales* ? Voilà une série de questions qui doivent retenir l'attention des juristes, surtout à un moment où la pérennité et la performance des sociétés commerciales sont plus que jamais recherchées afin de relancer l'économie française. On comprend l'intérêt d'une telle recherche juridique sur ce sujet.

**40.** A titre liminaire, une définition des termes de l'étude s'impose logiquement. Le terme de contrôle est une notion ambiguë. Les références législatives à cette notion sont très tardives. Le code civil de 1804 ne l'explicitait pas. En effet à cette époque la conception de la société ne nécessitait pas d'établir un contrôle de la gestion. Les décisions se prenaient d'un commun accord puisque la société était considérée comme une forme d'indivision. Or si cette notion de contrôle est largement utilisée, elle n'est en revanche que rarement explicitée ni par le code de commerce ni d'ailleurs par le code civil. Il convient alors d'en rechercher une définition.

**41.** Le contrôle peut être appréhendé comme une volonté de surveiller, de superviser quelque chose ou quelqu'un. Etymologiquement, le terme de contrôle est formé des mots « contre » et « rôle ». Au sens ancien, il s'agissait de mettre côte à côte deux rôles, et de vérifier que les deux étaient semblables. L'action de contrôler implique donc un processus par lequel selon le cas, une autorité, une juridiction ou un expert judiciaire vérifie l'existence d'un fait, apprécie l'opportunité d'une décision prise ou d'un acte accompli par la personne contrôlée, ou encore, s'assure de la conformité d'une situation à une règle juridique, par exemple à un texte de loi ou à un règlement administratif. Dans le cas des sociétés commerciales, le contrôle peut être opéré par un organe social et non pas systématiquement par une autorité extérieure agréée à cet effet. Toutefois, cette définition n'est pas univoque et à ce titre le terme de contrôle renvoie aussi à l'idée de maîtrise. Une ambivalence du terme de contrôle se manifeste au sujet du contrôle de la gestion.

**42.** La gestion est l'action d'administrer et de gérer. En droit des sociétés, il n'existe aucune définition juridique de la notion ; la jurisprudence renvoie quant à elle à une définition organique de celle-ci. C'est par une affaire<sup>29</sup> relative à l'expertise de gestion que les juges se sont prononcés sur le sens à donner à la notion de gestion par le recours à l'acte de gestion. Selon la Cour de cassation « *l'acte de gestion est celui qui ne relève pas de la compétence de la collectivité des associés* ». Par conséquent, l'acte de gestion est défini négativement par la Cour comme des décisions qui relèvent de la compétence des organes de gestion. Or ce sont

---

<sup>29</sup> Cass. com., 12 janv. 1993, n° 91-12.548, Rev. soc. 1993, p. 426, note B. Saintourens.

les organes de direction de la société qui sont habilités à exercer la gestion de la société. Dans ces conditions, la gestion doit être considérée comme l'administration de la société par les mandataires sociaux. En d'autres termes, elle renvoie au pouvoir attribué aux dirigeants sociaux de gérer les affaires sociales.

**43.** Le contrôle de la gestion, peut alors, selon l'angle d'approche, être appréhendé comme l'étude des mécanismes juridiques permettant aux dirigeants sociaux de garder une pleine maîtrise de la gestion. D'un autre point de vue, il peut au contraire être considéré comme l'étude des dispositifs légaux permettant de surveiller la gestion du dirigeant. Si la seconde acception sera retenue dans le cadre de cette thèse, l'absence d'étanchéité entre ces deux acceptions ne facilite pas l'appréhension du sujet. Le concept d'autocontrôle illustre ce phénomène. Il consiste pour le dirigeant social à contrôler par lui-même sa gestion de affaires sociales. Cet activisme du dirigeant permet en conséquence une meilleure maîtrise de la gestion. Ainsi, même si c'est l'analyse des mécanismes juridiques de surveillance de la gestion des dirigeants qui intéresse cette étude, il n'est pas possible d'ignorer le rôle du dirigeant dans le contrôle de la gestion.

**44.** Quant à la notion d'approche systémique, cette expression renvoie à l'existence d'un système. Pour reprendre la définition de ce dernier terme, « *il s'agit d'un ensemble d'éléments en interaction dynamique, organisé en fonction d'un but*<sup>30</sup> ». L'approche systémique quant à elle est la façon d'appréhender un système. C'est une méthode d'étude des objets complexes. La systémique vient du mot en grec ancien *systema*, signifiant « ensemble organisé ». Cette méthode privilégie une approche globale, de l'ensemble des composants du système et surtout la prise en compte des relations et interactions entre les composants. Il s'agit d'une méthode scientifique utilisable afin de tenter d'appréhender les objets complexes dans leur environnement, dans leur fonctionnement, dans ce qui n'apparaît pas en faisant la somme de leurs composants. Cette approche du sujet est particulièrement adaptée dans la mesure où le contrôle de la gestion des sociétés commerciales est une question complexe dont les composants et les interactions sont nombreux. Ce n'est donc qu'une approche globale du sujet qui doit permettre un jugement éclairé quant à l'efficacité du système.

**45.** Dans sa vision classique et isolée sans considération de l'existence d'un système, le contrôle de la gestion a déjà fait l'objet de travaux universitaires. Le professeur R. Contin en 1976 traitait du « *Contrôle de la gestion des sociétés anonymes* ». Plus récemment, dans la

---

<sup>30</sup> J. Rosnay, *Le macroscope*, Seuil, Paris, 1975.

même lignée une thèse intitulée « *Le contrôle au sein de la société anonyme en droit français* <sup>31</sup>», reprenait en 2012 le sujet. L'ensemble des travaux sur le sujet sont assez cloisonnés. La plupart se limitent à l'étude du contrôle de la gestion au sein spécifiquement des seules sociétés anonymes. Or l'intérêt de cette étude est justement d'ouvrir l'analyse du contrôle de la gestion aux autres sociétés commerciales afin de faire apparaître l'existence d'un véritable système de contrôle, d'en analyser les divers composants et de juger *a posteriori* de son efficacité. Si l'envergure du sujet est particulièrement intéressante, elle représente aussi une source importante de difficulté puisqu'il est délicat de discerner les éléments parties prenantes du système, de justifier de l'intérêt de chacun d'eux à l'égard du sujet sachant que le lien n'est pas toujours évident et de les agencer suivant une logique déterminée.

**46.** Le point de vue traditionnel souvent limité aux seules sociétés anonymes peut être expliqué par le fait que les dysfonctionnements les plus marquants se retrouvent au sein même de cette forme sociale. La puissance économique des grandes sociétés anonymes est aussi un argument en faveur de la focalisation des études sur cette structure sociétaire. Cependant, les sociétés anonymes ne constituent pas l'essentiel du tissu économique français. Les chiffres de l'INSEE de 2016 confirment cette tendance. Il se compose majoritairement de sociétés à responsabilité limitée et de sociétés par actions simplifiées à hauteur de 48% pour chacune de ces deux formes sociales. La société en nom collectif, catégorie des sociétés de personnes qui sont en nombre plus réduit représentaient en 2012 environ de 28 000 sociétés. Il est donc judicieux d'étendre le champ de l'étude au-delà des sociétés anonymes dans la mesure où le bon fonctionnement de ces autres sociétés dépend pour partie d'un contrôle de la gestion des dirigeants.

**47.** Une autre précision est de mise quant à la définition du sujet de cette étude. Pourquoi le limiter à l'étude des sociétés commerciales. Plusieurs arguments vont en ce sens. Le plus évident est la prépondérance des sociétés commerciales dans le tissu économique français même si les sociétés civiles représentent malgré tout une part importante des sociétés en France, notamment dans le domaine immobilier. De plus, les déficiences les plus marquantes des systèmes de contrôle se sont manifestées au sein de ces types de sociétés. Enfin, l'analogie entre les sociétés civiles et commerciales tend à favoriser l'étude des sociétés commerciales, puisque le régime des sociétés civiles se rapproche de plus en plus de celui des sociétés commerciales. Ainsi seules les sociétés commerciales seront visées dans cette étude.

---

<sup>31</sup> A. Hawari, *Le contrôle au sein de la société anonyme en droit français*, th., Aix-Marseille, 2012.

**48.** Parmi elles, le choix a été fait de centrer le raisonnement sur les formes sociétaires les plus connues et les plus usitées. De ce fait, certaines sociétés ont été laissées volontairement à la marge à l'instar de la société européenne ou encore des sociétés unipersonnelles. Pour ces dernières, la raison principale est que d'une part dans ce type de structure, l'unique associé est en général lui-même le dirigeant. D'autre part, lorsque l'associé ne cumule pas ces deux statuts, la proximité entre ces deux organes et le pouvoir de l'associé à l'égard du dirigeant ne nécessite pas un contrôle rigoureux. Enfin, seule la situation des sociétés commerciales *in bonis* sera retenue.

**49.** En effet, c'est dans cette configuration que le contrôle de la gestion présente le plus d'intérêt. La finalité de ce contrôle est bien de prévenir ou de limiter les dysfonctionnements inhérents à la gestion de la société dans le but d'assurer une meilleure gestion et par là même de préserver la pérennité des entreprises. Cet objectif présente moins d'intérêt lorsque la société connaît des difficultés puisque la pérennité de l'entreprise est d'ores et déjà obérée. De plus, compte tenu de la faiblesse du nombre de condamnations prises envers les dirigeants dans le cadre d'un contrôle de la gestion au sein des sociétés *in bonis*, c'est dans cette configuration que l'on s'interroge le plus sur l'efficacité du contrôle. Enfin, le volet préventif du contrôle de la gestion qui se développe de plus en plus ces dernières années ne concerne que les sociétés *in bonis*.

**50.** Pour conclure la liste des limites du sujet, le contrôle de la gestion sera étudié sous l'angle interne ou en d'autres termes du point de vue des organes sociaux. Le contrôle des tiers ne sera abordé que du point de vue de la responsabilité civile des dirigeants sociaux. Quant aux autorités de contrôle à l'instar de l'Autorité des marchés financiers, ou du Haut comité du gouvernement d'entreprise, le parti a été pris d'aborder les mécanismes de contrôle à leur disposition sans approfondir l'analyse puisqu'ils ne sont compétents que pour une partie seulement des sociétés commerciales. L'attrait du sujet est de voir si les organes sociaux<sup>32</sup> à l'instar des associés, du comité d'entreprise ou du commissaire aux comptes disposent de moyens suffisants pour prévenir et détecter les fautes ou irrégularités de gestion des dirigeants et le cas échéant s'ils ont le pouvoir d'y mettre fin.

**51.** L'ensemble de ces délimitations est d'autant plus opportun que l'ampleur du sujet impose de fixer certaines limites. La détermination des limites de ce sujet a d'ailleurs été une difficulté à part entière, mais essentielle en raison du risque prégnant de hors-sujet qui

---

<sup>32</sup> Les organes sociaux sont les premiers acteurs du contrôle et souvent les seuls à intervenir, à l'exception du cas des sociétés anonymes cotées au sein desquelles des Autorités administratives sont compétentes en matière de contrôle.



imprègne cette étude. On se limitera donc à l'analyse de l'ensemble des mécanismes juridiques permettant de contrôler en interne la gestion par le dirigeant des affaires sociales. Si l'énonciation de ce sujet conduit naturellement vers les sciences de la gestion, c'est bien d'un point de vue juridique que sera menée cette étude. En effet, le droit possède indubitablement les instruments nécessaires pour infléchir et encadrer la gestion des dirigeants.

**52.** La question du contrôle de la gestion au sein des sociétés commerciales, fait en outre apparaître la complexité du sujet abordé. Le contrôle est un enchevêtrement de paramètres liés les uns aux autres. L'environnement du contrôle est déterminant par conséquent : il ne s'agit pas seulement de créer des procédures de contrôle *stricto sensu* à l'instar de l'expertise de gestion ou de la procédure des conventions réglementées. En amont, il faut s'assurer que les conditions préalables nécessaires à l'exercice du contrôle puissent être mises en œuvre. La transparence constitue la condition indispensable à la réalisation du contrôle. Dès lors, il s'agit d'une part de garantir une bonne circulation de l'information. D'autre part, au-delà de la transparence, il faut s'assurer que les organes investis de prérogatives de contrôle soient en mesure de les exercer. A ce titre, le législateur doit s'assurer de la participation des associés au fonctionnement sociétaire.

**53.** Dans ces conditions, la première partie de l'étude s'applique à recenser l'ensemble des mécanismes juridiques légaux ayant un rôle dans le contrôle de la gestion. L'analyse de ces instruments de contrôle est particulièrement opportune dans un domaine où l'approche traditionnelle n'englobe pas l'ensemble des parties prenantes au contrôle de la gestion. Elle permet de mettre en relief l'existence d'une ligne directrice suivie par le législateur concernant le sujet de l'étude. En effet, malgré la diversité des régimes applicables aux sociétés commerciales, le contrôle de la gestion suit la même trame dans chacune des formes sociales. Il est organisé suivant les mêmes principes, ce qui souligne l'existence d'un véritable système de contrôle.

**54.** Enfin au-delà de l'architecture légale du contrôle, l'intérêt du droit conventionnel a été plus en amont démontré. Le législateur articule le contrôle légal de la gestion avec un contrôle organisé au moyen du contrat. Cette interaction ne pouvait être éludée du champ de l'étude réalisée au titre de cette première partie. Le législateur permet de renforcer le contrôle de la gestion des dirigeants de sociétés commerciales grâce au droit conventionnel. Cette liberté est déterminante puisque la loi ne s'efforce de garantir un niveau de contrôle qu'à minima. Il est de la responsabilité des associés, organes en première ligne du contrôle, d'utiliser cette liberté

afin d'améliorer le contrôle légal de la gestion. Pour satisfaire cet objectif, il est important de maîtriser les différentes clauses permettant d'accroître le contrôle mais aussi les différents supports dans lesquels les intégrer afin d'optimiser leurs effets. D'un contrôle « prêt à porter », le contrôle accède au rang de contrôle « sur-mesure » permettant de s'adapter au mieux aux singularités de chaque société. Le contrôle de la gestion met alors à jour un système imaginé de manière duale et complémentaire : le dispositif légal ayant vocation à assurer un contrôle minimum s'articule avec un dispositif conventionnel ayant quant à lui vocation à renforcer le seuil légal de contrôle.

**55.** Cet état des lieux général effectué, il s'agit d'en tirer les conséquences. *Le système de contrôle ainsi révélé dans sa globalité, mettant à jour des interactions entre les différents paramètres satisfait-il l'objectif qui lui a été assigné ?*

**56.** C'est tout l'intérêt de la seconde partie de répondre à ce questionnement essentiel du droit des sociétés. Si l'impératif de contrôle est affirmé avec force, le législateur tente d'y répondre en faisant évoluer le système. Lorsque l'on analyse l'ensemble du travail normatif mis en œuvre par le législateur, on constate que de nombreuses mesures ont été prises pour améliorer l'efficacité du système de contrôle de la gestion.

**57.** Derrière ce terme d'efficacité, venant du latin *efficacitas* est traduit la capacité d'une chose ou d'une personne à obtenir le résultat attendu. Pour ce qui est du contrôle de la gestion, le résultat attendu est une meilleure gestion de la société par les dirigeants grâce à la prévention et à la résolution des anomalies de gestion. Néanmoins pour que le contrôle de la gestion soit pleinement efficace, il doit en amont être effectif. Il s'agit de s'assurer que les prérogatives de contrôle sont réellement mises en œuvre.

**58.** En effet, les mécanismes de contrôle restent inopérants s'ils ne sont pas exercés par leurs bénéficiaires. L'exemple du conseil d'administration des sociétés anonymes sous l'empire de la loi de 1966 en est une parfaite illustration. Doté de pouvoirs de contrôle, il n'exerçait pas son rôle de contrôleur envers la direction exécutive de la société. Au vu de ce constat, le législateur s'est interrogé sur la manière la plus adaptée pour s'assurer au cas par cas de la mise en œuvre effective du contrôle.

**59.** Dans ces circonstances, le législateur a logiquement porté son attention sur la situation des organes investis d'un rôle de contrôle. *A priori*, on pourrait penser que cette démarche n'est pas directement liée au contrôle de la gestion. Cependant, on constate qu'il est indispensable

que les organes de contrôle soient placés par le droit dans une position favorable à l'exercice du contrôle. A ce titre, il s'agit pour le droit des sociétés de procéder à une valorisation des organes de contrôle.

**60.** Pour les associés il s'agit de leur redonner une place centrale dans le fonctionnement des sociétés afin qu'ils puissent exercer un contrôle réel de la gestion. Partant du constat que l'inefficacité du contrôle des associés trouvait sa source dans l'absence de participation de ces derniers aux assemblées générales, alors que les assemblées sont le lieu d'exercice du contrôle collectif des associés, il était donc indispensable pour le législateur d'adopter des mesures favorisant la participation des associés aux assemblées.

**61.** Pour les autres organes de contrôle, il s'agit d'améliorer le statut de ces derniers. De la même manière que pour les associés, les autres organes ont un intérêt direct au contrôle de la gestion. Cet intérêt se comprend aisément avec l'exemple du commissaire aux comptes. A l'origine, la réglementation applicable aux commissaires aux comptes ne permettait pas de garantir efficacement leur indépendance ainsi que leur impartialité. Des conflits d'intérêts directs prospéraient entre les commissaires aux comptes et les sociétés contrôlées. Dans ces circonstances, malgré le risque de voir leur responsabilité mise en cause, ils étaient peu enclins à exercer un véritable contrôle. D'autres anomalies dans leur statut juridique favorisaient une position plutôt partielle des commissaires aux comptes à l'égard des sociétés contrôlées. Ainsi, il est nécessaire de lever en amont du contrôle de la gestion certaines difficultés. Cette exigence préalable souligne l'intérêt de considérer non pas seulement les mécanismes de contrôle mais aussi l'environnement du contrôle.

**62.** De manière plus générale, le législateur s'attache en parallèle à étendre le champ du contrôle de la gestion. L'obligation de rendre des comptes est de plus en plus rigoureuse. A ce titre, le législateur et la jurisprudence imposent aux dirigeants une information toujours plus spécifique et dans des secteurs qui auparavant n'étaient pas soumis au contrôle. Le nombre de rapports connaît une croissance exponentielle, de même d'ailleurs que le nombre d'informations devant y figurer. Une autre avancée doit être soulignée, il s'agit de l'ouverture d'un droit de contrôle à l'ensemble des sociétés d'un même groupe. Par ces mesures visant à améliorer la transparence de la gestion, le droit permet l'exercice effectif d'un contrôle de la gestion dans la mesure où sans information un contrôle quel qu'il soit ne peut s'effectuer.

**63.** Pour certains organes à l'instar des conseils d'administration ou du commissaire aux comptes, au-delà de réformes visant à améliorer leur fonctionnement, il s'agit d'intensifier

leur responsabilité à l'égard de leur mission de contrôle. Détenteur d'un devoir de contrôle et non d'une simple prérogative, la responsabilité est le meilleur moyen pour contraindre les organes concernés à remplir leurs devoirs ; elle constitue un levier permettant de les inciter à exercer pleinement leur rôle de contrôleur. Ainsi, c'est aussi grâce à une démarche de responsabilisation des contrôleurs que le droit des sociétés améliore le contrôle de la gestion.

**64.** Par la diversité des mesures exposées le droit optimise le contrôle de la gestion en tentant d'appréhender l'ensemble des paramètres du système et à infléchir ces derniers afin de garantir au mieux la mise en œuvre d'un contrôle de la gestion.

**65.** Parallèlement, la problématique de l'efficacité du contrôle est elle aussi appréhendée par le droit des sociétés. Le simple fait de garantir l'exercice du contrôle de la gestion ne suffit pas ; il faut aussi prendre certaines mesures pour lui permettre d'atteindre sa finalité. En ce sens, il doit permettre d'éclairer la gestion afin de détecter les dysfonctionnements dont sont à l'origine les dirigeants sociaux, mais aussi de les corriger et enfin de les sanctionner sévèrement afin de prévenir d'éventuelles nouvelles anomalies de gestion. Pour ce faire, un important travail normatif est réalisé autour des sanctions. Un arsenal de sanctions est venu au soutien du contrôle. Certaines permettent de sanctionner l'inexécution des obligations d'informations par les dirigeants grâce à leur aspect coercitif ; d'autres sont choisies pour leur aspect curatif à l'exemple de la nullité. Enfin, l'aspect dissuasif de la responsabilité des dirigeants permet de prévenir les dysfonctionnements et ainsi d'assurer une meilleure gestion de la société.

**66.** Cependant, bien des paramètres du contrôle de la gestion ne sont pas encore optimisés. Qu'ils s'agissent de lacunes du législateur ou d'une volonté de ce dernier, certaines dispositions sont défavorables au contrôle de la gestion des sociétés commerciales.

**67.** Enfin l'architecture du système révèle certaines limites. La géométrie variable du contrôle de la gestion est une des grandes faiblesses du système. Le contrôle légal garantit un niveau minimum de contrôle, à charge pour les associés de le renforcer conventionnellement. Or, les associés de sociétés commerciales ne sont pas des juristes et peuvent éprouver certaines difficultés à maîtriser l'art du contrat. Cet aléa représente une faille importante dans le système de contrôle surtout dans les petites structures dans lesquelles, les associés sont les seuls à exercer un contrôle de la gestion du dirigeant.

**68.** Cette difficulté à ériger un système de contrôle parfaitement opérationnel s'explique notamment par la volonté de ne pas trop brider la gestion des dirigeants afin de préserver le dynamisme économique des sociétés commerciales. Le contrôle de la gestion doit ainsi se concilier avec d'autres impératifs du droit des sociétés. Ainsi au sein même du système, des leviers doivent être actionnés tout en considérant les interactions potentielles avec les autres composants du système. Toute la complexité et l'intérêt du contrôle de la gestion des sociétés commerciales est ainsi relevée.

**69.** *In fine*, l'ensemble de ces considérations conduit à recenser en amont et ce d'une manière la plus exhaustive possible les instruments juridiques ayant un rôle dans le système de contrôle, pour ensuite s'interroger sur l'efficacité d'un tel système.

**Première Partie - Les instruments de contrôle de la gestion**

**Seconde Partie - L'efficacité du système de contrôle de la gestion**

**PREMIERE PARTIE – LES INSTRUMENTS DE CONTRÔLE  
DE LA GESTION**



**69.** Le contrôle de la gestion des sociétés commerciales consiste à examiner la conformité de la gestion du dirigeant à la réglementation légale ainsi qu'à l'intérêt social. Il s'agit de vérifier si le dirigeant exerce une gestion « en bon père de famille<sup>33</sup> ».

**70.** L'effectivité d'un droit est garantie par l'existence de mécanismes permettant d'assurer la mise en œuvre de celui-ci. Afin de procéder à l'examen de conformité de la gestion, l'organe investi de cette prérogative doit donc tenir à sa disposition les moyens juridiques nécessaires à la mise en œuvre de son contrôle. C'est à cette fin que le législateur érige des instruments de contrôle.

**71.** Lorsqu'on analyse les mécanismes juridiques permettant l'exercice du contrôle de la gestion, on constate que la nature juridique de ces dispositifs varie au sein du droit des sociétés. En effet, le législateur a une conception binaire du contrôle de la gestion des sociétés commerciales. Le droit articule des dispositifs de nature conventionnelle (Titre I) avec des dispositifs de nature légale (Titre II).

**72.** Suivant cette répartition, l'ambition de cette première partie sera de recenser parmi l'ensemble des dispositions du droit des sociétés et même ponctuellement du droit commun, les mécanismes ayant comme finalité de contrôler la gestion des dirigeants. Dans la perspective d'une approche exhaustive du sujet, ce recensement devra logiquement inclure les dispositifs informationnels qui sont indissociables des mécanismes de contrôle. En effet, en tant que préalable indispensable à l'effectivité du contrôle, les règles de transparence s'insèrent parfaitement dans le périmètre de l'étude. Plus que les mécanismes de contrôle *stricto sensu*, l'étude des instruments de contrôle doit comporter l'analyse des règles de transparence, conditions du contrôle. Le contrôle de la gestion des sociétés commerciales avec ses procédures de contrôle et ses conditions constitue finalement un système dans lequel d'une certaine manière bon nombre de mécanismes sont parties prenantes.

**73.** Pour revenir à la dichotomie choisie comme ligne directrice du développement, le législateur organise au gré des formes sociales, un contrôle qui se compose d'instruments de nature législative mais laisse aussi systématiquement la porte ouverte à des mécanismes conventionnels pour parfaire le contrôle de la gestion.

---

<sup>33</sup> Standard juridique issu du latin *bonus pater familias* aujourd'hui supprimé du Code civil par la loi n° 2014-873 du 4 août 2014 relative à l'égalité homme femme. Cette notion est une référence à une norme comportementale en fonction de laquelle se mesure le comportement d'une personne donnée. Aujourd'hui, il s'agit de vérifier le caractère raisonnable de la gestion du dirigeant de société.



Dès lors, le premier titre va s'attacher à illustrer au moyen de clauses ainsi que par l'usage d'instruments normatifs, la manière de renforcer le contrôle de la gestion au sein des sociétés commerciales.

**74.** Quant au second, il exposera dans le cadre de sociétés *in bonis*, les procédures légales de contrôle à disposition des contre-pouvoirs afin que ces derniers puissent avoir une vision claire et synthétique des mécanismes qu'ils peuvent actionner pour superviser au mieux la gestion des affaires sociales par le dirigeant.



**TITRE I – LES DISPOSITIFS CONTRACTUELS DE  
CONTRÔLE**



**75.** La liberté occupe une place centrale en droit des sociétés. C'est un des piliers autour duquel s'est forgé le droit des affaires. Elle se matérialise de manière duale, tant par une liberté contractuelle que par une liberté de choix pour ce qui révèle à la fois de sa structure sociale que de son organisation. C'est le premier aspect de cette notion qui retient l'attention. En effet, le législateur octroie aux associés la préséance pour organiser le fonctionnement interne de la société. Selon les objectifs assignés à la structure sociale, ces derniers disposent de l'opportunité de moduler son fonctionnement. Plus encore, la liberté leur est offerte de pouvoir renforcer le contrôle de la gestion. Les associés ont la faculté d'accroître leur contrôle sur les instances dirigeantes au moyen de dispositions conventionnelles (Chapitre II). Néanmoins, les associés ne sont pas les seuls acteurs du contrôle de la gestion dans l'espace de liberté conféré par le droit conventionnel. Les dirigeants eux-mêmes ont un rôle à jouer.

**76.** Le rôle des dirigeants quant au contrôle de la gestion est important. On peut douter que ces protagonistes, qui sont l'objet même du contrôle, puissent en être acteurs. Cependant, l'expérience montre que lorsque le dirigeant d'une société pratique une gestion vertueuse, soucieuse de protéger les intérêts des parties prenantes, un effet de contagion positif anime les salariés de l'entreprise. Par conséquent, l'exemple doit donc venir du haut de la pyramide. Dans cette perspective, les dirigeants peuvent exercer par le biais de dispositions conventionnelles un autocontrôle de la gestion (Chapitre I).



## **Chapitre I - Les dispositifs contractuels au service des dirigeants**

**77.** La théorie selon laquelle un contrôle effectif ne peut venir que de l'extérieur est proche du truisme. L'expérience démontre que les contrôlés ne sont pas les meilleurs contrôleurs. Le manque d'objectivité et le parti pris les incitent naturellement à privilégier leurs intérêts personnels. Pour autant, il paraît important de ne pas minimiser le rôle que pourraient jouer les dirigeants dans leur propre contrôle. Croire à un rôle actif de l'autocontrôle des dirigeants pourrait être qualifié d'ultra libéral. Néanmoins l'autocontrôle existe. Sans lui octroyer une place centrale dans le système, il serait erroné de passer sous silence le rôle de cet acteur.

**78.** A l'instar des associés, les dirigeants détiennent en théorie la faculté d'améliorer le contrôle de leur fonction et ce dans deux sens. Il s'agit en premier lieu d'une autorégulation de leur comportement dans le but d'exercer une gestion en « bon père de famille », respectueuse des intérêts en présence. Dans un second temps, il s'agit de mettre en œuvre une série de dispositifs dont l'objet est de parvenir à une meilleure maîtrise de la gestion. Toutefois avant d'étudier les dispositifs permettant la mise en œuvre d'une telle démarche (Section II), il est en amont essentiel de présenter le principe même de l'autocontrôle (Section I).

### **Section I - Le principe de l'autocontrôle**

**79.** Affirmer l'existence d'un principe d'autocontrôle suppose d'avoir pu en amont déceler des éléments montrant l'existence d'un tel phénomène. C'est chose faite lorsque l'on se penche sur la doctrine du gouvernement d'entreprise. A la lecture de la littérature sur le sujet, on s'aperçoit que plusieurs leviers sont avancés pour améliorer le fonctionnement des sociétés commerciales en vue d'un meilleur équilibre et d'un meilleur contrôle de ces dernières.

**80.** L'un d'eux se fonde sur la propension des dirigeants à auto-corriger l'exercice de leur pouvoir. L'éthique<sup>34</sup> est mise sur le devant de la scène et avec elle l'ensemble des moyens pour la mettre en œuvre. A cette fin, les dirigeants sont incités sous la pression du marché à user de mécanismes juridiques d'autorégulation. Les manifestations d'une telle démarche s'affichent au travers des chartes éthiques, codes bonne conduite... Il existe donc un phénomène d'autorégulation des dirigeants. Quant à savoir si celui-ci est réellement efficace

---

<sup>34</sup> Sur la notion cf. : Pr. Blanc G., *Ethique, régulation, réglementation : des instruments de gouvernance en question : l'exemple des institutions financières*, Acte, GRET, 20ème coll. International, Rabat, Avril 2015.

cela tient lieu à une autre question. Une fois le principe établi (§1), il convient d'en énoncer la finalité ainsi que les bénéfices attendus (§2) sous l'angle du contrôle de la gestion.

## **§1- Le principe de l'autocontrôle des dirigeants**

**81.** Afin de comprendre le rôle joué par les dirigeants en la matière, il s'impose au préalable de définir la notion même d'autocontrôle en raison du flou juridique entourant ce concept (A), avant de pouvoir percevoir la portée exacte du principe d'autocontrôle des dirigeants dans la gestion des sociétés commerciales (B).

### **A- La notion d'autocontrôle**

**82.** Autocontrôle, autorégulation ou encore autoréglementation sont des notions dont on ne retrouve pas de définitions juridiques précises. Exception faite du terme d'autocontrôle qui est bien connu en droit des sociétés pour qualifier la situation juridique au regard de laquelle une première société contrôle une seconde société qui détient une participation au capital de la première<sup>35</sup>. Hormis cette acceptation, le terme d'autocontrôle n'est pas connu du droit des sociétés. Il convient alors de se référer à la définition commune de ces termes. Lorsque l'on parcourt les définitions, une remarque s'impose. Ces trois notions renvoient à une idée commune, celle de la capacité d'une personne ou d'un système à s'autocontrôler.

**83.** Le terme d'autorégulation est plutôt connu du milieu de l'économie. On parle souvent de « l'autorégulation du marché » qui fait référence à la capacité du marché de se réguler par lui-même, sans intervention extérieure, en exerçant les changements nécessaires tout en gardant les grands principes de fonctionnement. Adam Smith qualifiait ce phénomène de « main invisible » qui guide l'économie. La thèse avancée est celle suivant laquelle le marché se régulerait au moyen de mécanismes spontanés initiés par ses acteurs<sup>36</sup>.

**84.** L'autoréglementation, quant à elle relève de la capacité des institutions ou de certains acteurs à s'imposer de manière délibérée une série de normes contraignantes. Ces derniers développent eux-mêmes les normes auxquelles ils s'assujettissent volontairement.

**85.** Enfin, l'autocontrôle est une sorte de compilation de l'autorégulation et de l'autoréglementation. L'autocontrôle s'exerce tant par la mise en œuvre de mécanismes

---

<sup>35</sup> La situation de participations croisées est nocive puisqu'elle conduit à un verrouillage de la société. Les dirigeants deviennent presque irrévocables et toute tentative d'offre publique d'achat est vouée à l'échec. Le droit réglemente ainsi cette situation d'autocontrôle. La loi neutralise les actions d'autocontrôle à l'art. L. 233-31 du C.com. Sur la notion v. notamment M-J. Coffy de Boisdeffre, *L'autocontrôle dans les sociétés commerciales et la loi du 12 juill. 1985*, Gaz. Pal. 1987, doct., p. 432 ; S. Robineau, *L'autocontrôle*, th., Le Mans, 1998.

<sup>36</sup> A. Smith, *Recherches sur la nature et les causes de la richesse des nations*, 1776, v. tome IV, chap. II.



spontanés, que d'engagements à se conformer à des normes volontaires. Ainsi ramené à notre sujet d'étude, le principe d'autocontrôle relève finalement de la capacité des dirigeants à ajuster leur gestion.

**86.** « Dans cette représentation le dirigeant a un rôle actif, il ne subit pas passivement le système de gouvernance mais entretient avec ce dernier une relation dialectique. Si le système de gouvernance influence le comportement des dirigeants, ces derniers contribuent également à le modeler et à le faire évoluer<sup>37</sup> ». Ils effectuent cette démarche volontaire sur deux plans : tant sur le plan de leur comportement, qu'au niveau de la gestion interne de la société.

**87.** Concernant le travail des dirigeants sur leurs comportements, le mouvement de gouvernement d'entreprise<sup>38</sup> incite les dirigeants de sociétés commerciales à tendre vers un modèle de « dirigeants vertueux » et compétents. Du dirigeant moyennement diligent le modèle attendu est désormais celui du « *bonus pater familias*<sup>39</sup> ». Le but est d'éviter les dérives en promouvant des valeurs normalement attendues par l'ensemble des parties prenantes. Plus que de les promouvoir, les dirigeants doivent s'y conformer spontanément. Il est primordial que ces derniers mettent d'eux-mêmes en balance les intérêts en cause et prennent garde à ne pas privilégier leurs intérêts purement personnels au détriment de l'intérêt social.

**88.** Sur le plan de la gestion interne, l'objet de l'autocontrôle n'est plus le dirigeant pris personnellement mais se déplace sur la gestion en tant que telle. Le dirigeant devrait grâce à des mécanismes de « feed-back » identifier et analyser les éléments qui pourraient entacher la bonne gestion de la société, puis apporter de manière spontanée des réponses adéquates. Le terme de contrôle prend alors le sens de maîtrise. Il s'agit de mettre en œuvre une attitude proactive afin de maîtriser au mieux la gestion sociale. Cette démarche n'est pas l'apanage des sciences de la gestion. Elle s'applique parfaitement au domaine juridique comme l'illustrent les politiques de conformité instaurées dans les grandes sociétés cotées.

**89. Qualification juridique** – En contre partie des pouvoirs conférés aux dirigeants sociaux, le droit a élaboré une panoplie de devoirs à la charge de ces derniers. Ces devoirs légaux pour certains et jurisprudentiels pour d'autres sont juridiquement sanctionnés dans l'hypothèse de

---

<sup>37</sup> G. Charreaux, *Le rôle de la confiance dans le système de gouvernance des entreprises*, mai 1998, p. 2.

<sup>38</sup> Le gouvernement d'entreprise provient de l'anglicisme *Corporate governance*. Apparue dans les années 2000, c'est un mouvement international qui a pour but d'élaborer des propositions visant à améliorer l'organisation et le fonctionnement des sociétés commerciales. Sur le sujet v. notamment K.-J. Hopt, *Le gouvernement d'entreprise*, Rev. soc. 2001, p. 1 ; P. Bissara, *Les véritables enjeux du débat sur « le gouvernement de l'entreprise »*, Rev. soc. 1998, p. 5.

<sup>39</sup> P. Godé, *Réflexions conclusives*, p. 40 in Colloque CREDA, *La gouvernance dans les sociétés anonymes, un bouclier pour les dirigeants ?* ss la dir. de G. Horsmans, RLDA, aout/sept. 2009, suppl. n°81.

leur inexécution. Au côté de ces devoirs, on trouve une autre série d'obligations que l'on peut qualifier de morales. Ces dernières ne peuvent avoir en tant que telles de portée juridique.

**90.** Il s'agit d'obligations qui résultent de la nature de l'homme dont l'inexécution ne peut être juridiquement sanctionnée et qui par conséquent ne contraint qu'en conscience. A la lumière de cette définition, l'autocontrôle pourrait être qualifié d'obligation morale à la charge des dirigeants. Ainsi, il est souhaitable d'aller plus loin que les standards juridiques normalement attendus.

**91.** Le marché notamment à travers les principes de gouvernement d'entreprise incite les dirigeants à adopter une attitude encore plus responsable et vertueuse. C'est ici que le principe d'autocontrôle prend tout son sens. Ce concept assorti d'obligations morales, se traduit sur le plan juridique dans le contrat. Les dirigeants renforcent par un acte volontaire, le poids des obligations pesant sur eux. D'une obligation morale, l'autocontrôle peut devenir une obligation juridique et intégrer grâce aux dispositions conventionnelles, la sphère des devoirs juridiquement sanctionnables. La définition du principe étant énoncée, il s'agit de s'interroger sur la portée d'un tel phénomène.

## **B- La portée du principe de l'autocontrôle de la gestion**

**92.** A travers la portée de ce principe, il s'agit de répondre aux questions suivantes : *Quels dirigeants devraient spontanément mettre en place un système d'autocontrôle de leur gestion ? Toutes les sociétés commerciales devraient-elles être concernées par cette démarche des dirigeants sociaux ?*

**93.** Le principe de l'autocontrôle devrait s'appliquer aux dirigeants pris au sens large du terme. Les premiers concernés par l'autocontrôle sont évidemment les dirigeants représentant la personne morale. Il s'agit dès lors des gérants, des directeurs généraux et des présidents du conseil d'administration. En tant qu'organe de gestion et de direction ils devraient tous inclure cette démarche dans leur gestion sociale. La forte autonomie propre au pouvoir de gestion exige une certaine rigueur et une autodiscipline. Il est donc naturel que les représentants légaux de la société soient les débiteurs d'une obligation morale d'autocontrôle.

**94.** Cependant, ces derniers ne devraient pas être les seuls visés par ce principe. Il est opportun d'élargir le cercle des personnes intéressées par le principe, afin d'englober à la fois les représentants légaux de la société, ainsi que les organes de gestion et d'administration. De

ce fait, les administrateurs considérés par la jurisprudence comme des dirigeants de droit<sup>40</sup> doivent venir compléter la liste. Un pan des travaux sur le gouvernement d'entreprise concerne d'ailleurs le conseil d'administration des sociétés anonymes. L'ambivalence du conseil entre organe d'administration et organe de contrôle, fait de ce dernier et de ses membres des prétendants de choix à l'autocontrôle.

**95.** Enfin, il devrait s'ajouter à la liste des personnes intéressées par le principe d'autocontrôle, les bénéficiaires de délégations de pouvoirs issues de la direction générale ainsi que celles provenant du conseil d'administration. Il s'agit notamment des directeurs généraux délégués. Ces derniers participent à la gestion de la société selon les attributions qui leurs sont confiées par le conseil et disposent à l'égard des tiers des mêmes pouvoirs que le directeur général. En raison de leur rôle, il paraît important que ces derniers aient recours à l'autocontrôle.

**96.** Pour résumer, l'ensemble des organes et acteurs prenant part à la gestion sociale devrait pratiquer une forme d'autocontrôle par la voie conventionnelle ; en insérant de nouvelles obligations comportementales, en élaborant des procédures de contrôle interne, en améliorant la transparence de la gestion ou encore par des procédures d'auto-évaluation. Se pose à présent la question des entités concernées par ce principe d'autocontrôle des dirigeants. *Le principe d'autocontrôle devrait-il viser l'ensemble des sociétés commerciales ?*

**97.** De prime abord, la réponse à cette interrogation paraît évidente lorsque l'on se réfère à la littérature sur le gouvernement d'entreprise. Celle-ci s'adresse essentiellement aux sociétés anonymes de tailles importantes et plus encore aux sociétés cotées. Ne sont concernés directement par les recommandations, que les dirigeants de ces supers structures. Cette restriction peut aisément s'expliquer. D'une part, dans ces grandes structures sociétaires les dérives des dirigeants ont un impact économique et social prépondérant. Une corrélation existe entre la taille de la société et l'importance des conséquences d'une mauvaise gestion. D'autre part, le besoin de protection accru des petits actionnaires, en raison de l'éloignement chronique entre ces derniers et les dirigeants de sociétés du CAC 40 accentue la focalisation

---

<sup>40</sup> Cass. com., 31 mai 2011, n° 09-13975. La Cour confère aux administrateurs la qualification de dirigeants de droit. Une des questions cruciales de cet arrêt était d'identifier les personnes susceptibles d'intégrer le champ d'application de l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif. La Cour de Cassation affirme qu'« après avoir énoncé qu'en application des dispositions de l'article L. 225-35, alinéas 1er et 3, du Code de commerce, dans leur rédaction issue de la loi du 15 mai 2001, le conseil d'administration détermine les orientations de l'activité de la société, veille à leur mise en œuvre, se saisit de toute question intéressant la bonne marche de la société, règle par ses délibérations les affaires qui la concernent et procède aux contrôles et vérifications qu'il juge opportuns, la cour d'appel en a exactement déduit que, bien qu'ils n'assument pas la direction générale de la société, les **administrateurs ont la qualité de dirigeants de droit au sens de l'article L. 624-3 du Code de commerce**, dans sa rédaction antérieure à la loi du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises, applicable en la cause».

de l'attention portée sur ces sociétés. A cela s'ajoute, l'impulsion donnée à ce principe d'autocontrôle par les investisseurs institutionnels présents uniquement dans les sociétés commerciales cotées sur un marché réglementé.

**98.** De plus, le principe de l'autorégulation des dirigeants a pris une ampleur plus importante dans les sociétés cotées en réaction au phénomène de déréglementation. Ce phénomène de déréglementation intervient pour desserrer l'étau de la réglementation pesant sur les sociétés commerciales. Trop empreintes d'impérialisme, les lois antérieures représentaient un frein au développement économique des sociétés. Conscient de ce besoin de libéralisme, le législateur a œuvré pour une déréglementation partielle du droit des sociétés. Toutefois, cette déréglementation requiert en contrepartie une propension plus importante des dirigeants à l'autorégulation. C'est notamment le message des gouvernements politiques qui se sont succédés ces dernières années. Le législateur incite à l'autocontrôle sous peine de revenir à une réglementation plus stricte de la matière.

**99.** Tout ceci explique pourquoi l'attention s'est concentrée sur les sociétés anonymes cotées en bourse. Les sociétés anonymes non cotées sont également le cœur de cible du mouvement du gouvernement d'entreprise. La faiblesse de l'*affectio societatis* et la séparation entre le capital et la direction au sein de ce type de sociétés commerciales sont deux éléments qui justifient l'importance du principe d'autocontrôle des instances dirigeantes.

**100.** Néanmoins, l'ensemble de la doctrine s'accorde pour généraliser le principe d'une autorégulation des dirigeants à l'ensemble des formes sociales quelle qu'en soit la taille. Le MEDEF et l'AFEP acteurs importants de l'autorégulation ont élaboré un code de bonne conduite MiddleNext à destination des petites et moyennes entreprises cotées. De même, le MEDEF et l'Autorité des marchés financiers s'entendent pour étendre aux autres sociétés certaines recommandations. Il paraît évident que les exigences ne seront pas les mêmes. Il est essentiel d'adapter au cas par cas l'autorégulation aux besoins de chaque société. Si la pression extérieure est moins forte pour inciter à la mise en œuvre d'une démarche d'autocontrôle, il n'en reste pas moins, que son utilité est aussi démontrée à une plus petite échelle.

**101.** Ainsi les petites et moyennes entreprises doivent se sentir concernées par le gouvernement d'entreprise. La *corporate governance*<sup>41</sup> n'est pas qu'un « *ensemble de normes dont le seul intérêt est de prévenir les catastrophes boursières aux répercussions*

---

<sup>41</sup> Anglicisme traduit en français par gouvernement d'entreprise. Les deux notions pouvant être indistinctement utilisées.

*mondiales*<sup>42</sup> ». C'est aussi un outil d'organisation du contrôle et de la gestion des sociétés quelle que soit leur taille. L'autorégulation des dirigeants de PME<sup>43</sup> est donc cruciale pour deux raisons. La première s'attache à l'utilité des PME pour l'économie. Celle-ci repose à 80 % sur ces petites et moyennes sociétés. De plus, ces structures sont en général moins transparentes et leurs dirigeants sont moins enclins à se soumettre volontairement aux règles de bonne gouvernance. Or ces derniers auraient un intérêt notable à se sentir concernés par les principes de bonne gouvernance car « *une société bien dirigée, à l'ossature juridique irréprochable, sera très vraisemblablement un « bon père de famille », c'est-à-dire un bon acheteur, un employeur modèle, un débiteur fiable et un contribuable honnête*<sup>44</sup> ». Ainsi la matérialisation d'une bonne gouvernance par le principe de l'autocontrôle ne recèle que des vertus. Chaque instance dirigeante possède ainsi un intérêt à cette démarche autocontrôlée.

## **§2-Les avantages attendus**

**102.** *Quel est l'intérêt des dirigeants de sociétés commerciales à pratiquer une démarche d'autocontrôle ? Comment expliquer une adhésion volontaire à des normes qui vont au-delà des normes étatiques ? Quelle est la motivation des dirigeants ?* Voici une série de questions dont les réponses seront déterminantes. Les attraits de l'autocontrôle sont nombreux. Ces derniers seront énoncés en fonction des bénéfices retirés pour chaque partie prenante. Seront considérés l'intérêt des dirigeants à une telle démarche (A), celui des associés (B) ainsi que l'intérêt d'un l'autocontrôle d'un point de vue normatif (C).

### **A-Les avantages de l'autocontrôle pour les dirigeants**

**103.** Pour les dirigeants, la mise en œuvre d'une démarche d'autocontrôle à l'égard de leur gestion est particulièrement opportune puisqu'elle conduit à une limitation de la mise en cause de leur responsabilité (a). De plus, du point de vue de la pérennité des sociétés, l'autocontrôle est un outil de prévention des risques de gestion (b). Il s'agit donc d'un instrument à disposition des dirigeants afin d'améliorer leur gestion des affaires sociales.

#### **a-Une limitation de la responsabilité des dirigeants**

**104.** Les instances dirigeantes sont les premières bénéficiaires de l'autocontrôle. Pour ces dernières, les bénéfices sont de plusieurs ordres. En premier lieu, le bénéfice majeur à une démarche d'autorégulation pour les dirigeants est la limitation de l'engagement de leur

---

<sup>42</sup> I. Beyneix et S. Hebert, *La « corporate governance » des PME : un oxymore apparent*, JCP E 2011, n° 43, 1760.

<sup>43</sup> Le terme de PME sera utilisé pour désigner les Petites et moyennes entreprises.

<sup>44</sup> I. Beyneix et S. Hebert, *art.cit.*, 1760.

responsabilité. En effet, l'autodiscipline comportementale additionnée à la mise en œuvre d'un contrôle interne dans l'entreprise permet de prévenir les hypothèses de mise en œuvre de leur responsabilité. Celle-ci aura pour effet, si elle est réellement suivie par les dirigeants, de limiter les conflits d'intérêts au sein de la société, d'améliorer la transparence, de prévenir la survenance de certains risques et par conséquent maîtriser le risque de l'engagement de leur responsabilité. L'autorégulation peut apparaître comme un bouclier aux vertus exonératoire pour les dirigeants<sup>45</sup> dans la mesure où la pratique exemplaire des principes de bonne gouvernance par les organes de direction va influencer les juges positivement. Elle permet « *d'aboutir à une sorte de présomption de prudence et de diligence* <sup>46</sup> » aux bénéfices des dirigeants. Cela participe à les protéger des allégations de manquements à leurs devoirs de diligence. La formalisation par les dirigeants des principes de bonne gouvernance au moyen par exemple de la création de comités, va permettre à ces derniers d'apporter la preuve formelle de leur diligence, ce qui rend plus difficile la mise en cause *a priori* de leur responsabilité<sup>47</sup>.

**105.** Il faut préciser qu'il ne s'agit que d'un commencement de preuve, les juges ne font pas l'économie d'une analyse au fond de l'espèce. Cependant, il ne fait aucun doute que la formalisation des principes de bonne gouvernance par le dirigeant favorise la clémence des juges. L'autocontrôle est alors appréhendé comme « une circonstance atténuante ». Il offre ainsi aux dirigeants une meilleure sécurité juridique. Il sera plus difficile de prouver la négligence d'un dirigeant lorsque ce dernier a satisfait l'ensemble des obligations pesant sur lui. Elle leur confère une certaine présomption de bonne foi et limite le contrôle des juges sur l'appréciation d'une faute de gestion.

**106.** *A contrario*, l'absence d'une telle démarche constitue un élément à charge à l'encontre des dirigeants. Les juges retiendront ainsi plus facilement la responsabilité de ces derniers en cas de conflits. Lorsque la tâche revient aux juges d'apprécier le comportement du dirigeant, leur analyse s'appuie sur un référentiel *in abstracto* qui intègre indéniablement aujourd'hui les principes de bonne gouvernance. Ainsi lorsque qu'une démarche d'autocontrôle est absente dans la société, les juges retiennent plus facilement la négligence ou la faute des dirigeants. Par exemple, même si le dirigeant ne participe pas directement à la prise de décision fautive, les juges attendent de ce dernier de faire preuve de modération. De ce fait,

---

<sup>45</sup> Colloque CREDA, *La gouvernance dans les sociétés anonymes, un bouclier pour les dirigeants ?* ss la dir. de G. Horsmans, RLDA, aout/sept. 2009, suppl. n° 41.

<sup>46</sup> S. Rousseau, *Quels boucliers, quelles préventions ? Quelles couvertures du risque ?* in Colloque CREDA, op. cit., p. 31.

<sup>47</sup> P. Bissara, *Les véritables enjeux du débat sur le « gouvernement d'entreprise »*, Rev. soc. 1998, p. 5.

est fautif « pour un dirigeant d'accepter de recevoir des rémunérations excessives au regard des capacités financières de la société, quand bien même il n'aurait pas pris part à la fixation du montant de ces rémunérations<sup>48</sup> ». L'analyse de la jurisprudence témoigne d'une réception par les juges des principes de gouvernement. Ils intègrent ces valeurs pour apprécier le comportement des dirigeants. Ces derniers ont donc tout intérêt à mettre en œuvre une autorégulation de leur comportement afin de limiter la mise en jeu de leur responsabilité.

**107.** Toutefois, il est indéniable que la juridicité des codes de gouvernance augmente la responsabilité des dirigeants dans l'hypothèse d'un manquement à leurs engagements volontaires, comme l'illustre notamment l'affaire *Erika*<sup>49</sup>. Dans la mesure où la norme volontaire est suffisamment précise et ne se limite pas à un contenu purement proclamatoire, les juges pourront s'appuyer sur cette dernière pour engager la responsabilité des dirigeants lorsque la violation de la norme entraîne un dommage. « *L'appréciation in abstracto de la faute se fera à l'aune du comportement normalement diligent d'une entreprise citoyenne ayant adopté un tel code, et non du standard de l'acteur économique classique* ». Comme le soulignent les Professeurs D. Poracchia et D. Martin<sup>50</sup>, le non-respect d'une disposition d'un code n'engendre pas automatiquement la responsabilité de la société, les conditions précitées sont requises. Néanmoins « *il est parfaitement évident que la constatation de la carence dans le suivi des principes de gouvernance adoptés par la société peut influencer le juge lorsque ce dernier examinera certains actes de la direction et devra se prononcer sur leur caractère fautif*<sup>51</sup> ».

**108.** Ainsi, à la balance des avantages et des inconvénients à la mise en œuvre d'un autocontrôle, le bénéfice retiré par les dirigeants est plus important lorsque ces derniers appliquent une telle démarche. L'autocontrôle est bénéfique pour les dirigeants car si elle alourdit dans un premier temps les obligations à leur charge, elle n'en reste pas moins un levier permettant aux dirigeants de réduire leur responsabilité. Elle constitue un garde-fou pour les dirigeants de sociétés commerciales.

**109.** En ce sens, les avantages d'une démarche d'autocontrôle sont indéniables. Les dirigeants ont tout intérêt à sa mise en œuvre malgré un alourdissement des formalités procédurales qui doit être relativisé.

---

<sup>48</sup> Cass. com., 3 déc. 2013, n° 12-19.881, Gaz. Pal. 2014, p. 18, obs. B. Dondero.

<sup>49</sup> Cass. crim., 25 sept. 2012, n° 10-82.938, M.P. B.F., *Code de conduite : attention à l'écart de conduite ! RLDA 2013, n°78*

<sup>50</sup> D. Poracchia et D. Martin, *Regard sur l'intérêt social*, Rev. soc. 2012. p.475.

<sup>51</sup> D. Poracchia et D. Martin, *ibid.*

**110.** Au-delà de la limitation de la mise en cause de la responsabilité des dirigeants, cette démarche permet d'améliorer la gestion sociale dans la mesure où le contrôle du dirigeant sur sa gestion de la société est un facteur de prévention des risques.

### **b-L'autocontrôle : un outil de prévention des risques**

**111.** Un second point milite en faveur d'un autocontrôle et est étroitement corrélé à la responsabilité des dirigeants. En effet, la mise en jeu de cette dernière est minorée grâce à l'action des dirigeants qui procèdent en amont à un autocontrôle de la gestion. Le risque de voir leurs responsabilités engagées est réduit par la mise en œuvre d'une gestion préventive et une gestion anticipée des risques. C'est la fonction préventive de l'autocontrôle.

**112.** Cette démarche consiste à ajuster en permanence la gestion interne pour prévenir au mieux la survenance des risques préalablement identifiés. Pour ce faire, les dirigeants sont incités à se questionner et à trouver en eux-mêmes la bonne attitude à adopter en tant qu'organe de gestion. Un auteur<sup>52</sup> parle dans sa thèse relative à la faute de gestion, de la mise en œuvre de processus d'homologation *a priori* des actes de gestion. Il s'agit pour les dirigeants de confronter, en amont, la décision de gestion et l'intérêt social. Cette démarche d'autocontrôle incite à la mise en œuvre de « *test d'homologation qui établira la conformité à l'intérêt social des actes de gestion a priori*<sup>53</sup> ». Il paraît essentiel pour les dirigeants de se livrer à une auto-évaluation de leur gestion comme le préconisait il y a déjà plusieurs années le rapport *Viénot*. Régulièrement, les dirigeants et les conseils d'administration devraient « *s'interroger de temps en temps sur leurs missions, et leurs méthodes de travail, en se demandant si celles-ci sont appropriées, au lieu de se laisser aller à une routine*<sup>54</sup> ».

**113.** L'autocontrôle de la gestion par les dirigeants de sociétés est un vecteur d'amélioration de la prévention des risques dans la société. Au moyen d'instruments qui seront étudiés plus en aval dans le développement<sup>55</sup>, la direction de la société peut ajuster la gestion afin de maîtriser au mieux les risques juridiques. L'Autorité de la concurrence incite d'ailleurs à la mise en œuvre d'une telle démarche dans un document cadre, au terme duquel elle énonce que la mise en œuvre effective d'une politique de gestion des risques et d'une démarche éthique permet d'obtenir une réduction d'amende.

---

<sup>52</sup> S. Hadji-Artinian, *La faute de gestion en droit des sociétés*, Litec, 2001, p. 200.

<sup>53</sup> S. Hadji-Artinian, *ibid.*

<sup>54</sup> P. Bissara, art. cit, p. 5.

<sup>55</sup> V. infra p. 47.



**114.** Les conséquences juridiques, économiques, sociales et réputationnelles de la survenance d'un risque peuvent être majeures pour une société commerciale, au point d'entraîner celle-ci vers la faillite. Il est donc essentiel pour les organes dirigeants d'élaborer une stratégie de prévention des risques et de s'astreindre régulièrement à un autocontrôle de leur gestion. Plus que la limitation des risques une telle démarche est un vecteur de performance des sociétés. Les dirigeants ont donc un intérêt manifeste à l'autocontrôle.

### **B-Les avantages de l'autocontrôle pour les associés**

**115.** Pour les associés, notamment les actionnaires et les investisseurs, la preuve d'une démarche éthique et responsable des dirigeants a pour effet d'accroître la confiance accordée à ces derniers. Plusieurs conséquences s'en suivent.

**116.** La première, la société profite d'un gain d'investissements. En effet, la confiance accordée aux dirigeants par le marché favorise l'investissement financier pour ces sociétés. Les sociétés cotées « épinglées » notamment par l'Autorité des marchés financiers pour leurs manquements aux principes de bonne gouvernance sont délaissées par les investisseurs institutionnels au profit des bons élèves.

**117.** Deuxièmement, la démarche d'autocontrôle permet de réduire les conflits d'intérêts entre actionnaires et dirigeants ce qui favorise la pérennité de la société. Cette entente permet de réduire les hypothèses de révocation des dirigeants ainsi que corrélativement les tentatives d'enracinement<sup>56</sup> de ces derniers. Celles-ci sont délétères dans la mesure où elles visent à accroître par tout moyen (contractuel, relationnel...) l'influence du dirigeant dans la société et à limiter les risques qu'ils supportent. Contraire aux intérêts de la société, l'enracinement des dirigeants doit être circonscrit. Ainsi la démarche d'autocontrôle va dans le sens d'une prise volontaire de conscience par les dirigeants de l'intérêt de s'écarter de ce type de comportement. L'économie française est en partie tributaire de l'effort des dirigeants français à prouver leur bonne foi et leur volonté d'instaurer un climat propice aux investissements étrangers. « *Dans le cas contraire, les investisseurs internationaux et parfois même nationaux*

---

<sup>56</sup> Définition de l'enracinement des dirigeants : « *Cette théorie suppose que les acteurs développent des stratégies pour conserver leur place dans l'organisation et évincer d'éventuels concurrents. En procédant ainsi, ils rendent leur remplacement coûteux pour l'organisation à laquelle ils appartient, ce qui leur permet d'augmenter leur pouvoir ainsi que leur espace discrétionnaire* ». H. Alexandre et M. Paquerot, *Efficacité des structures de contrôle et enracinement des dirigeants*, in *Finance Contrôle Stratégie*, Vol. 3, 2000, n° 2, p.5.

*se tourneront vers les marchés qui leur offrent les meilleures conditions et les meilleures garanties*<sup>57</sup> ».

**118.** La confiance est centrale dans le fonctionnement des sociétés commerciales, générée par la preuve d'une démarche autocontrôlée des dirigeants : elle devient un instrument de bonne gouvernance. De plus, lorsque l'attitude du management est conforme aux principes de bonne gouvernance, un effet sur la baisse des coûts liés à la mise en œuvre de mécanismes de contrôle des dirigeants peut être remarqué. L'autorégulation est donc perçue comme un procédé permettant de fédérer l'ensemble des acteurs des sociétés commerciales.

**119.** L'autocontrôle possède un dernier intérêt. Cette démarche volontaire des dirigeants prend directement sa source dans un droit non contraignant qui vient compléter le droit impératif. Cette complémentarité permet au législateur de se départir d'une part de la réglementation qui est peu propice au droit impératif mais qui pourtant exige une forme de réglementation.

### **C-L'attrait de l'autocontrôle d'un point de vue normatif**

**120.** Les années 2000 laissent place à une autre forme de réglementation. Au côté du droit dur s'est développée une alternative plus souple à l'impérialisme étatique dans le domaine du droit des affaires. Ce dernier se trouve, pour une partie devenue significative, régi par un droit que l'on qualifie indifféremment de droit mou ou de *soft law*. Ce nouveau pan du droit a fait ses preuves notamment en droit des sociétés dans lequel le législateur a fait évoluer la législation dans un sens plus libéral. Néanmoins, ce changement a été réalisé sous couvert de la prise de relais par la *soft law* des questions délaissées par le législateur<sup>58</sup>. Cette déréglementation n'a donc été possible qu'avec l'appui de la *soft law*, terre de naissance de l'autocontrôle.

**121.** D'un point de vue normatif, l'autorégulation a permis de limiter dans certains secteurs l'intervention de la loi mais aussi de déréglementer partiellement le droit des sociétés. Ce changement de paradigme s'explique en partie par l'inadaptation du droit dur à régir certaines questions spécifiques. Nombreuses sont les voix<sup>59</sup> qui s'étaient élevées pour alerter de

---

<sup>57</sup> H. Alexandre et M. Paquerot, *ibid.*

<sup>58</sup> Concernant les rémunérations des dirigeants, dès la parution des recommandations du MEDEF, le gouvernement énonce que les conseils d'administration et de surveillances des sociétés cotées « adhèrent formellement à ces recommandations avant la fin de l'année 2008 et veillent à leur application rigoureuse », faute de quoi elles « seraient reprises dans un projet de loi dès le début 2009 ».

<sup>59</sup> P. Bézard, P. Bissara, F. Blanquet, C. Champaud, A. Couret, J.-J. Daigre, P. Didier, J. Foyer, D. Randoux, B. Saintourens, P. Serlooten et R. Vatinet, *Le changement de millénaire et le droit des sociétés*, Rev. soc. 2000, p. 3 ; P. Le Cannu,

l'impact négatif sur l'économie d'une législation trop pointilleuse. La loi du 24 juillet 1966 considérée comme trop intrusive devait laisser la place au marché et à une dose d'autorégulation. C'est la loi NRE de 2001 qui amorce ce mouvement. La réforme s'est notamment attachée à laisser plus de place à la liberté contractuelle et à dépenaliser en partie le droit des sociétés. Une déréglementation partielle était nécessaire afin de conférer aux dirigeants une meilleure autonomie dans leur gestion ; un paramètre indispensable à la performance des sociétés commerciales.

**122.** L'autoréglementation présente certains avantages. Elle permet d'assujettir les organes directeurs à une réglementation qu'ils ont eux-mêmes décidée, ce qui garantit en théorie une meilleure application des règles en vigueur. De plus, les règles étant plus malléables, elles s'adaptent mieux aux particularismes du droit des affaires.

**123.** Fort des avantages que présente la *soft law*, le législateur incite à une autoréglementation toujours plus poussée des organes de gestion au point où parfois la frontière entre *soft law* et droit dur devient perméable. On parle alors d'« autocontrôle maîtrisé ». Il s'agit alors pour le législateur, sans imposer une réglementation de manière directe, d'encadrer la matière de manière indirecte à l'instar de la règle *comply or explain*. Cette règle « se conformer ou s'expliquer » est une incitation du législateur à l'égard des dirigeants à appliquer les pratiques recommandées ou à défaut d'expliquer les raisons qui ont conditionné leur choix. Par ce procédé, il laisse aux dirigeants de sociétés une latitude pour appliquer ou non les dispositions du code. Cependant dans la négative, ils obligent ces derniers à s'en expliquer. La responsabilité sociale et environnementale des sociétés commerciales<sup>60</sup> est également un domaine d'autoréglementation. Ici encore, le législateur opère selon le principe de la liberté surveillée.

**124.** Pour conclure, l'autorégulation à travers les principes de bonne gouvernance présente l'avantage de « *poser des garde-fous sans pour autant entraver les rouages du marché et l'attractivité des sociétés*<sup>61</sup> ». Contrairement au droit dur, la *soft law* issue de l'autorégulation n'entrave pas l'attrait des sociétés françaises dans un contexte de forte concurrence mondiale,

---

*Tendances de l'évolution et problèmes d'actualité*, in *Sociétés et groupes : questions d'actualité*, Rencontres LPA, LPA 2001, p. 5

<sup>60</sup> La RSE est un concept à travers lequel les entreprises intègrent de manière volontaire, les préoccupations sociales, environnementales et éthiques dans leurs activités économiques et entendent ensuite témoigner de cette intégration dans les relations qu'elles entretiennent avec leurs parties prenantes. La RSE est un « supplément d'âme auto-proclamé », le but étant non pas de contraindre les entreprises mais de les inciter à se dépasser. Pour se faire, la loi oblige les sociétés cotées et même les sociétés non cotées de taille importante à indiquer dans le rapport du conseil d'administration ou du directoire la façon dont la société prend en compte les conséquences sociales et environnementales de son activité. Sur le sujet voir notamment, V. Thomas, *La RSE dans le droit des sociétés*, RLDA 2013, n° 84.

<sup>61</sup> C. Granier, *L'attrait du droit souple dans l'encadrement de la rémunération des dirigeants sociaux*, Rev. soc. 2016, p. 207.

confère un gain de confiance des *stakeholders*, limite la survenance des risques de gestion et limite enfin le risque de mise en jeu de la responsabilité des dirigeants. Ainsi une gestion autocontrôlée est une démarche « gagnant-gagnant » pour l'ensemble des protagonistes des sociétés commerciales.

**125.** Cette démarche particulièrement opportune du point de vue du contrôle de la gestion mérite d'être pleinement considérée par les dirigeants sociaux. Afin de faciliter ce recours, il est utile d'analyser les moyens juridiques permettant la mise en œuvre de cet autocontrôle.

## **Section II - La mise en œuvre de l'autocontrôle**

**126.** L'autocontrôle ne présente en théorie que des avantages. Il est alors intéressant de s'interroger sur la méthodologie à suivre pour que les dirigeants puissent dans les faits mettre en œuvre une telle démarche au sein de leur société. En pratique, une palette étendue de supports conventionnels permet de formaliser l'autocontrôle (§1). Parmi eux, les plus utilisés sont les codes et les règlements intérieurs. Maillons forts de la *soft law*, ces deux supports permettent d'améliorer le fonctionnement des sociétés commerciales. A cette fin, l'attention doit se porter sur le contenu (§2). Il s'agit alors de recenser de manière non exhaustive une série de dispositions qui permet à la société ainsi qu'à ses dirigeants d'optimiser le fonctionnement de cette dernière et son contrôle.

### **§1-La formalisation de l'autocontrôle**

**127.** Au vu des avantages avérés d'une politique d'autocontrôle au sein des sociétés commerciales, il est à présent opportun d'aller au-delà des principes et de se placer sur le plan de la pratique. Tous les dirigeants ne sont pas armés de la même manière face à ces questions. Tous ne sont pas au fait des dernières évolutions en la matière et il est facile même pour un spécialiste de se perdre dans les méandres d'un vocabulaire en perpétuelle évolution. Il est donc important de faire une synthèse des instruments à disposition afin de mettre en œuvre plus aisément une direction et une gestion autocontrôlées. A cette fin, il sera alors abordé successivement la question des codes privés (A) et du règlement intérieur comme outils d'autorégulation (B).

## A- Les codes privés

**128.** Lorsque l'on aborde la thématique de l'autorégulation, l'outil normatif le plus utilisé par la pratique est le code privé. Celle-ci a favorisé l'émergence d'une myriade de codes que l'on retrouve sous diverses appellations. Se côtoient alors des *Codes de bonne conduite, des codes de conduite, des codes éthiques, des chartes de déontologie ou encore des codes de gouvernement d'entreprise*. Le foisonnement de cette nouvelle source de droit pose la question de la juridicité de ces codes (a). *Ont-ils une véritable portée normative ? Peuvent-ils être considérés comme une source de droit ? Quelles sont les conséquences juridiques de l'adoption d'un tel code ?* C'est à ces différentes questions qu'il s'agira de répondre afin d'éclairer au mieux les dirigeants de sociétés commerciales sur la portée du recours aux codes. Enfin pour que ces derniers optimisent cet outil d'autoréglementation, il sera intéressant d'apporter aux instances dirigeantes les clefs de leur maniement (b).

### a-La juridicité des codes privés

**129.** Le paysage normatif français se voit enrichi depuis un certain nombre d'années par une réglementation douce prenant le nom de *soft law*. Sous cet anglicisme, le terme recouvre l'ensemble de la réglementation dont se dotent spontanément les sociétés commerciales, avec parmi elle les codes privés.

**130.** La doctrine fait ressortir l'existence d'un certain nombre de codes privés que l'on retrouve communément sous le vocable de *code de conduite, code de gouvernement d'entreprise, code éthique, code de déontologie...* L'appellation diffère en fonction de l'imagination de leurs auteurs néanmoins tous ces codes se définissent comme « *des engagements souscrits volontairement par les entreprises, associations ou autres entités qui fixent des normes et des principes pour la conduite de leurs activités sur le marché*<sup>62</sup> ». Il s'agit d'une compilation « *de recommandations qui évoluent pour être toujours adaptées aux circonstances et n'ont pas de caractère obligatoire, étant basées sur l'auto-contrôle*<sup>63</sup> ». Ce sont ainsi des instruments d'autodiscipline qui prennent différentes formes. Cependant, « *qu'il s'agisse du code de conduite, du code de bonne conduite, du code de déontologie, de charte éthique, de charte de conduite, de code éthique des affaires, de code de principes d'entreprise, ces documents sont autant de textes élaborés par les entreprises sur une initiative volontaire destinée à matérialiser la responsabilité sociale. Ces codes et chartes*

---

<sup>62</sup> OCDE, Inventaire des codes de conduite des entreprises, TD/TC/WP(98)74/Final, 2000, p. 6.

<sup>63</sup> M-A. Frisson-Roche, *Réflexions sur l'article de G. FARJAT, Réflexions sur les codes de conduite privés*, in Etudes offertes à B. Goldman, *Le droit des relations économiques internationales*, Litec, Paris, 1982, p.47-66.

correspondent à des principes qu'une société ou organisation déclare respecter dans ses activités<sup>64</sup> ». L'ensemble de ces définitions souligne le caractère volontaire et spontané de ce support juridique. A l'instar de M. B. Fages, dans son article intitulé *Rôle, valeur et bon usage des codes de gouvernement d'entreprise*<sup>65</sup>, dont la trame constitue la toile de fond du développement qui suit, il apparaît essentiel de s'appesantir sur la valeur normative de ces codes privés. Emanation de la *soft law*, ces derniers constituent une réglementation douce.

**131.** Une réglementation tout d'abord dans la mesure où cet instrument est une source de droit. Si la juridicité de ces codes a pu être remise en cause<sup>66</sup> ou en d'autres termes, sa capacité à relever du droit, il doit être mis fin à cette controverse. En effet, si pour les partisans du système légaliste le droit ne procède que de sources formelles, il est aujourd'hui nécessaire de modifier le paradigme et d'admettre à l'instar de Carbonnier que « *le droit est plus grand que les sources formelles*<sup>67</sup> ». Cela doit conduire à reconnaître « *l'émergence de sources privées non étatiques - le code de gouvernement d'entreprise des sociétés cotées en est un bon exemple - et à prendre en compte la montée en puissance de la pratique en tant que source créatrice de droit* ». La juridicité de cet outil se trouve indiscutablement renforcée avec la consécration de ces codes par le législateur en 2008<sup>68</sup>. Ainsi les codifications privées détiennent leur place au rang de la réglementation.

**132.** Toutefois il s'agit d'une réglementation dite douce. Ce caractère provient de l'identité de ses auteurs. Par opposition au droit dur élaboré par le législateur, les codifications privées émanent quant à elles des sociétés elles-mêmes. Pour les sociétés cotées de tailles importantes la démarche est quelque peu différente. Elles peuvent choisir de se référer à un code élaboré à un échelon supérieur. Le code de gouvernement d'entreprise du MEDEF et de l'AFEP en est le parfait exemple.

**133.** Lorsque l'édition de ces normes se réalise sur une initiative privée à l'échelle de la société, le droit reconnaît à l'entreprise le « rôle d'entité normatrice ». Au plan de l'entreprise,

---

<sup>64</sup> B. Pereira, Rev. des Sciences de gestion 02/2008, n°230, p.144

<sup>65</sup> B. Fages, *Rôle, valeur et bon usage des codes de gouvernement d'entreprise*, BJS 2009, n°4, p. 432. C'est un article de référence d'un point de vue méthodologique. Il offre aux lecteurs une synthèse claire et pragmatique sur le sujet des codes de gouvernement d'entreprise. Néanmoins cette démarche peut être généralisée à l'ensemble des codes privés. Pour ces différentes raisons le développement qui suit s'inspirera des enseignements délivrés par cet auteur.

<sup>66</sup> Le terme de juridicité

<sup>67</sup> J. Carbonnier, *Flexible droit - pour une sociologie du droit sans rigueur*, LGDJ, 10<sup>ème</sup> éd., 2007, Chap. 1<sup>er</sup>, Hypothèses fondamentales pour une sociologie théorique du droit, p. 11 s.

<sup>68</sup> La loi n° 2008-649 du 3 juillet 2008 a préconisé la mise en place du « code de gouvernement d'entreprise ».

l'employeur dispose d'un pouvoir normatif à l'égard de ses salariés<sup>69</sup>. Transposé au plan de la société prise en tant qu'entité juridique, cette dernière détient l'autorité pour concevoir un code privé. Une question sous-jacente se pose alors : celle de la légitimité des codes privés élaborés à l'échelle de la société. Afin d'asseoir cette légitimité il est recommandé à l'organe de direction de mettre en œuvre une concertation multipartite pour l'élaboration du code. La légitimité « *milite en faveur d'un processus d'élaboration qui dépasse le noyau dur de l'entreprise pour s'ouvrir sur les Stakeholders* »<sup>70</sup>.

**134.** En revanche, lorsque les codes sont élaborés à un échelon national ils résultent d'une habilitation étatique. Les acteurs privés bénéficiant de cette habilitation sont notamment les organisations professionnelles du MEDEF et de l'AFEP qui sont les auteurs du Code de gouvernement d'entreprise. A cela s'ajoute des opérateurs privés de tous secteurs confondus qui sont à l'origine d'une production normative. Cette production normative privée s'est imposée en raison du besoin d'adaptation constant des normes à la pratique. Ainsi, « *les opérateurs privés, confrontés à l'impossibilité dans laquelle se trouvent les Etats à réglementer complètement et unilatéralement leur économie, font acte de collaboration en rédigeant des actes, constitutifs de véritables réglementations professionnelles* »<sup>71</sup>.

**135.** Ces instruments normatifs entretiennent une relation de complémentarité avec le droit dur. Cette complémentarité est notamment affirmée par le législateur à l'égard du code du MEDEF et de l'AFEP. Il se présente comme « *une initiative des entreprises elles-mêmes soucieuses de préciser certains principes de bon fonctionnement et de transparence propres à améliorer leur gestion et leur image auprès des investisseurs et du public* ». Il est le résultat d'une réflexion amorcée plusieurs années auparavant par les rapports *Vienot et Bouton*. Inspirés par le mouvement anglo-saxon de *corporate governance* puis repris au niveau européen notamment par la directive 2006/46/CE du 14 juin 2006, les codes de gouvernement d'entreprise sont devenus incontournables en droit des sociétés. Acté par la loi de 2008, le législateur fait le choix de conférer une existence officielle aux codes de gouvernement d'entreprise. Celui de l'AFEP et du MEDEF s'impose comme le code de référence en matière de gouvernement d'entreprise pour la majorité des sociétés cotées en France<sup>72</sup>. C'est en ce

---

<sup>69</sup> C'est l'article L. 1321-1 du Code du travail relatif au règlement intérieur de l'entreprise qui reconnaît à l'employeur un pouvoir normatif de l'employeur. Il lui permet d'élaborer unilatéralement des règles générales applicables à l'ensemble de ses salariés. Ce pouvoir normatif est encadré par la loi et se cantonne à des domaines limitativement énumérés par le législateur.

<sup>70</sup> S. Rousseau, *Le code éthique : un instrument de gouvernance créateur de valeur*, cah. dr. entr. 2014, n°4, doss. 27.

<sup>71</sup> F. Osman Avis, *directives, codes de bonne conduite, recommandations, déontologie, éthique, etc. : réflexion sur la dégradation des sources privées du droit*, RTD civ. 1995, p. 509.

<sup>72</sup> D'autres codes sont plus particulièrement destinés aux entreprises de taille moyenne ou intermédiaire tels que le code publié par l'association Middenext en décembre 2009 ou le code ADAE publié en 2015 qui cible le conseil d'administration

sens que le législateur incite au regard du principe *comply or explain*<sup>73</sup>, les sociétés à suivre les recommandations ainsi définies.

**136. L'intérêt des codes privés** - La valeur peut être appréhendée sous un autre angle, il s'agit de s'interroger sur l'intérêt de recourir à ce support. Le choix du code n'est pas sans intérêt pour les sociétés commerciales. Ce support qui emprunte au droit dur est particulièrement intéressant. Un code se définit comme « *corps cohérent de textes englobant selon un plan systématique l'ensemble des règles relatives à une matière et issu, soit de travaux législatifs (...), soit d'une élaboration réglementaire (...), soit d'une codification formelle de textes préexistants (...) et reclassés selon leur origine*<sup>74</sup> ». Fort de cette définition, le terme de code renvoie à une connotation juridique très forte. « *Le mot code suggère l'existence d'un écrit solennel émanant d'une autorité titulaire d'un pouvoir normatif et consacrant solennellement des règles contraignantes*<sup>75</sup> ». Ainsi le recours à de tels intitulés manifeste la volonté de leurs auteurs de donner l'impression notamment aux investisseurs d'une autodiscipline contraignante. C'est un message de confiance et de rigueur qui est envoyé par l'utilisation de ce support. Une proximité volontaire avec les codifications publiques est recherchée par leurs auteurs. A l'instar des codes formels, l'objectif de cet instrument normatif est de réunir au sein d'un même écrit l'ensemble des règles applicables à la société. De plus, la portée normative de ces codes à vocation à s'appliquer à l'ensemble des sociétés d'un même groupe allant même pour certains types de codifications jusqu'à régir les relations avec les partenaires commerciaux de la société. « *De la sorte, ces codes privés sont présentés, à l'instar de la loi lato sensu, comme dotés d'un certain degré de généralité* ».

**137.** Néanmoins, ces codes ne font dans leur contenu aucunement concurrence au législateur. Cela étant, ils permettent en complément de l'action législative d'encadrer l'activité économique des sociétés. Les codes privés peuvent même devenir une source d'inspiration pour le législateur. Ils peuvent aussi être tenté d'intervenir pour pallier les insuffisances de la loi dans certains domaines à l'instar de la rémunération des dirigeants de sociétés. C'est alors qu'une relation de dialectique s'instaure entre les codes privés et la loi.

**138.** Si initialement les codes privés sont le résultat d'une contrainte du marché imposée aux sociétés commerciales, ces dernières ont fait de cette nouvelle réglementation un atout

---

de la société anonyme. Sur le sujet voir notamment : P. le Cannu, *Le code ADAE relatif à la gouvernance des entreprises moyennes françaises*, BJS 2016, p. 118.

<sup>73</sup> C'est l'article L. 225-37 du C.com. qui prévoit ce principe à l'égard de toutes les sociétés dont les titres financiers sont admis aux négociations sur un marché réglementé.

<sup>74</sup> G. CORNU, *Vocabulaire juridique*. Association Henri Capitant, PUF, 8ème éd., 2000, pp.154-155.

<sup>75</sup> M. Brac, *Codes de bonne conduite : quand les sociétés jouent à l'apprenti législateur*, p. 4.



marketing offensif. Les codes privés sont des supports de choix permettant aux sociétés d'élaborer une série de normes conciliant parfaitement les spécificités des sociétés et les principes de bonne gouvernance. Ceci explique la place importante qu'occupe aujourd'hui la *soft law* en droit des affaires.

### **b-Le maniement des codes privés**

**139.** Au stade de l'élaboration du code, la méthodologie à adopter est la même quel que soit le type de code. Un état des lieux s'impose afin de définir les engagements pris par la société en fonction des objectifs attendus. Ces derniers conditionnent la formulation des recommandations édictées. En effet, se juxtapose au sein d'un même écrit des dispositions visant à interdire ou prescrire certaines pratiques mais aussi des recommandations dont l'intérêt est d'orienter et de modeler des comportements. Ainsi le degré de normativité varie au gré des recommandations. De ce qui est souhaitable en passant par des formulations plus affirmées pour parvenir enfin à des formules prescriptives voir impératives, ce panel témoigne de la grande souplesse de cet instrument normatif. Il offre également un large choix de nuances permettant de réguler au mieux la gouvernance des sociétés. Par ailleurs, les codes permettent l'affirmation de principes de bon fonctionnement et de transparence ainsi que le rappel de règles légales incontournables. En somme, les codes remplissent une fonction binaire, ils permettent un rappel de la loi ainsi qu'un renforcement normatif pour satisfaire les principes de bonne gouvernance.

**140.** Quant à la pratique proprement dite des codes, leurs modalités d'application sont souples et malléables. Conformément à la conception libérale qui irrigue la matière, c'est le principe de l'application volontaire qui définit la manière d'utiliser ces codes. Il n'existe pas de contraintes étatiques directes qui exigent leur recours, à l'exception des sociétés dont les titres financiers sont admis aux négociations sur un marché réglementé. Pour ces dernières le législateur précise les modalités d'application des codes de gouvernement d'entreprise.

**141.** Les articles L. 225-37 et L. 225-68 du code de commerce précisent les modalités d'application des codes de gouvernement d'entreprise<sup>76</sup>. Au terme de ces articles, le législateur offre un choix aux sociétés assujetties :

---

<sup>76</sup> Sur le sujet : B. Lecourt, *Code de gouvernement d'entreprise : recommandation de la Commission européenne sur le principe « appliquer ou expliquer »*, Rev. soc. 2014, p. 683 ; C. Granier, *L'attrait du droit souple dans l'encadrement des dirigeants sociaux*, Rev. Sociétés, 2016, p. 207 ; M.P et B. F, *Code de conduite : attention à l'écart de conduite ! RLDA 2013*, n°78 ; B. Fages, *Rôle, valeur et bon usage des codes de gouvernement d'entreprise*, BJS 2009, n°4, p. 432 ; P. Durand-

-soit se référer à un code de gouvernement d'entreprise élaboré par les organisations représentatives des entreprises et préciser auquel cas dans un rapport les dispositions de ce code qui ont été écartées et les raisons pour lesquelles elles l'ont été ;

-soit écarter un tel code, en précisant alors les raisons d'un tel choix et en indiquant de plus « *les règles retenues en complément des exigences requises par la loi* ».

**142.** Plusieurs remarques doivent être formulées à l'égard de ces dispositions. Le législateur ne désigne pas *stricto sensu* le code du MEDEF comme le code de référence en la matière. Il laisse une liberté de choix aux sociétés, avec malgré tout une condition : -le code doit émaner d'une organisation représentative des entreprises. Une deuxième remarque relative « *à la marge de manœuvre que la règle « se conformer ou expliquer » laisse aux sociétés* ». Les sociétés disposent de la latitude leur permettant de sélectionner au cas par cas les dispositions qu'elles appliqueront et celles qu'elles mettront à l'écart à l'unique condition d'en expliquer les raisons. Cela conduit à s'interroger sur la teneur des explications attendues. Comme le souligne M. B. Fages, « *le code du Medef reste muet sur le sujet*<sup>77</sup> ». Aucune exigence n'est formulée au regard de ces explications. Elles peuvent dès lors être succinctes au point d'être assimilées à une obligation formelle. En outre, une nouvelle remarque relative au contrôle et aux conséquences de la violation d'une disposition du code actée par la société. Cela pose la question de la force contraignante des codes. La force contraignante d'une norme réside dans l'existence d'un contrôle et de sanctions afin de garantir son effectivité. Concernant le contrôle du respect des codes, deux entités s'assurent du respect des recommandations. Il s'agit du MEDEF pour les sociétés se référant au code de cette organisation professionnelle ainsi que l'Autorité des marchés financiers. Dans le cas de la violation de recommandations, ces entités se limitent à un rapport public faisant état des manquements des sociétés cotées. Le rang de réglementation douce ne permet pas en l'état actuel du droit des sanctions coercitives.

**143.** Enfin une dernière précision s'impose. Le code est un outil incontournable de bonne gouvernance des sociétés commerciales. Toutefois, s'il constitue un outil créant une valeur ajoutée à la société, son efficacité nécessite que ce type de code soit inséré dans un programme plus vaste. Une démarche organisant une communication et une compréhension des recommandations par l'ensemble des acteurs sociaux, ainsi que des procédures de

---

Barthez, *Le principe « appliquer ou expliquer », Réflexions sur ses fondements et sa mise en œuvre dans le domaine du gouvernement d'entreprise*, Cah. dr. entr. 2016, n°2, doss.11.

<sup>77</sup> B. Fabres, art. cit., n° 4, p.432.

contrôle, des alertes mais encore, des sanctions et des actions correctives doivent s'ajouter en complément. C'est dans cette perspective globale que s'insère la pratique des codes.

**144.** Un second support permet de formaliser les devoirs d'autocontrôle auxquels les dirigeants s'assujettissent volontairement ; ils peuvent retranscrire les obligations qu'ils s'imposent par eux même au sein de règlement intérieur.

## **B-Le règlement intérieur**

**145.** A côté des codes qu'il peut venir compléter, le règlement intérieur est une procédure simple qui peut être utilisée par de nombreuses sociétés commerciales afin d'améliorer leur fonctionnement. La pratique a depuis longtemps manifesté un fort intérêt envers cet outil juridique. Son importance est telle que les travaux préparatoires de la loi NRE de 2001 avaient envisagé de le rendre obligatoire pour les sociétés cotées<sup>78</sup>. Le rapporteur à l'Assemblée nationale soulignait que cet outil permettait « *de combattre la passivité du conseil d'administration*<sup>79</sup> », néanmoins cette proposition fut écartée. Pour l'heure le règlement intérieur n'a aucune existence légale<sup>80</sup>.

**146.** Les statuts de sociétés sont souvent complétés par un acte annexe, intitulé règlement intérieur. Le recours à cet outil est connu des associés ou actionnaires selon la forme sociale, ainsi que de certains organes à l'instar du conseil d'administration et du conseil de surveillance. En matière d'autocontrôle, l'intérêt se porte sur les règlements intérieurs édictés par les organes de direction et de contrôle. Par conséquent, l'attention se portera à ce stade du développement sur les règlements émanant de ces organes, en excluant temporairement<sup>81</sup> l'étude du règlement intérieur des associés.

**147.** La pratique du règlement intérieur au sein des sociétés commerciales a été intensifiée par le mouvement de gouvernement d'entreprise. Si cet instrument est depuis longtemps utilisé, la mouvance de la bonne gouvernance a propulsé le règlement intérieur du conseil d'administration sur le devant de la scène, en faisant de cet outil une pièce maîtresse du bon fonctionnement de cet organe. Le rapport *Bouton* préconisait en 2002, l'existence d'un règlement intérieur au sein des sociétés cotées et formulait des recommandations quant à son contenu. Dans la lignée de ce rapport c'est aujourd'hui le code du MEDEF et de l'AFEP, ainsi

---

<sup>78</sup>A. Viandier, *Le règlement intérieur du conseil d'administration*, RJDA 2003, p.1003.

<sup>79</sup>Rapport n° 2327 à l'Assemblée nationale de E. Besson sur le projet de loi relatif aux NRE p. 209.

<sup>80</sup>Référence au règlement intérieur à l'article L. 225-37 du C.com pour la participation aux réunions du conseil par visioconférence.

<sup>81</sup>V. infra p. 77.

que l'Autorité des marchés financiers qui expriment la nécessité de recourir à un règlement intérieur pour les conseils d'administration de sociétés anonymes et apportent également une grande précision quant à leur contenu. Ainsi le rayonnement de ces recommandations favorise le recours aux règlements intérieurs. Le rapport de l'Autorité des marchés financiers de 2009, sur la pratique du gouvernement d'entreprise et du contrôle interne montre que 82 % des sociétés cotées disposent d'un règlement intérieur. Si la doctrine a focalisé son attention sur le règlement intérieur des sociétés cotées, il n'en reste pas moins vrai que, l'adoption d'un tel outil peut être opportune pour les sociétés non cotées. La formalisation d'un autocontrôle au sein des sociétés fermées grâce au recours du règlement intérieur n'est pas sans intérêt.

**148.** Élément de *soft law*, les règlements intérieurs à l'instar des codes privés proviennent d'une initiative propre aux organes souhaitant leur mise en place. Chaque société élabore son règlement en fonction de critères et d'objectifs qui lui sont propres. L'intérêt du règlement intérieur relève principalement de son régime juridique. Son adoption est décidée par l'organe concerné et ne nécessite aucune autorisation préalable. Sa rédaction est libre sous réserve de ne pas contrevenir aux statuts et à l'ordre public. Dans la pratique, son utilisation peut être préférée aux statuts dans la mesure où il présente plus de souplesse. En effet, contrairement aux statuts, la modification du règlement intérieur n'est pas soumise au régime rigide de la modification des statuts. Si la modification des statuts requiert la réunion d'une assemblée générale extraordinaire, celle du règlement intérieur se réalise par une simple réunion de l'organe intéressé. Ainsi, « *l'adaptation aux pratiques appréciées par les marchés devient donc plus simple*<sup>82</sup> ». Le règlement constitue un instrument incontournable, il permet de s'adapter régulièrement au contexte fluctuant en matière de gouvernance. Ce travail d'actualisation peut d'ailleurs être inclus dans les dispositions du règlement. De plus relativement à son statut juridique, le règlement intérieur n'exige aucune publicité même si cette dernière est recommandée notamment pour les sociétés cotées. Cette absence de publicité rend le règlement intérieur inopposable aux associés ainsi qu'aux tiers. En revanche, il faut noter qu'il est opposable par les actionnaires aux administrateurs et au président du conseil d'administration. Parce qu'il ajoute aux prescriptions légales, le règlement est un vecteur d'obligations à la charge des administrateurs.

**149.** L'ensemble de ces paramètres font de cet instrument un outil intéressant en matière d'organisation de la gouvernance. Il permet avec une grande souplesse de s'adapter aux

---

<sup>82</sup> P. Le Cannu, *La gouvernance choisie*, in *La société à directoire, forme d'élection de la gouvernance ?* Colloque, RLDA 2007, suppl. n°18.

exigences imposées par le marché. La question de la finalité du règlement intérieur doit alors être traitée de manière plus précise. *Le règlement intérieur répond à quelles finalités ?*

**150.** Sans déborder sur des questions de fond ni même sur la substance des règlements intérieurs, il est néanmoins important de préciser les finalités recherchées par les auteurs d'un tel document. Deux fonctions sont recherchées dans la pratique du règlement intérieur. Il permet de préciser les règles de fonctionnement de l'organe et ses attributions ainsi que de renforcer les droits et devoirs des administrateurs.

**151.** La première fonction consiste à améliorer le fonctionnement de l'organe intéressé par le règlement. Lorsque ce dernier est initié par le conseil d'administration ou le conseil de surveillance, il permet notamment dans une perspective d'autocontrôle de formaliser des procédures qui assurent un meilleur contrôle de la direction.

**152.** En sus, le règlement du conseil d'administration permet d'augmenter les droits et les devoirs des administrateurs toujours dans une perspective d'autocontrôle. Cette démarche confère au conseil l'opportunité d'accroître l'intensité de son contrôle exercé sur les instances dirigeantes. De plus « *il exprime les valeurs du conseil, son éthique, l'importance qu'il porte à sa mission et aux engagements qui sont pris par les administrateurs lorsqu'ils exercent leur mandat*<sup>83</sup> ». C'est notamment dans le préambule du règlement intérieur qu'est manifestée la « *volonté d'inscrire la conduite de la direction de la société dans le cadre des règles les plus récentes garantissant le respect des principes fondamentaux du gouvernement d'entreprise, ou de valoriser le management de la société dans l'esprit de la politique de gouvernement d'entreprise*<sup>84</sup> ».

**153.** Par conséquent, le règlement est un outil efficace pour améliorer le fonctionnement interne du conseil ainsi que ses relations avec les instances dirigeantes. En établissant des règles, le règlement permet de faire œuvre de discipline et « *de réguler un espace délimité de relations sociales par une technique calquée sur celle de la loi et de ses dérivés, la technique de toutes les normes, des commandements abstraits, généraux et permanents*<sup>85</sup> ».

**154.** Pour conclure, qu'il s'agisse du règlement intérieur ou des codes privés, ces deux outils répondent à une même problématique, celle de matérialiser des procédés d'autocontrôle au sein des organes dirigeants. Ils participent au phénomène d'autorégulation et poursuivent

---

<sup>83</sup> E. du Boullay, *Règlement des conseils d'administration*, BRDA 2014/03.

<sup>84</sup> A. Viandier, art. cit., p.1003.

<sup>85</sup> J. Carbonnier, *Droit civil – Introduction*, PUF, 26<sup>ème</sup> éd., 1999 n° 111 p. 209.

l'objectif de la responsabilisation des organes de direction et de contrôle. Ils constituent des supports de choix pour mettre en œuvre une telle démarche. A cette fin, ils ne doivent pas être négligés, au contraire, un soin particulier doit être apporté à leur contenu. C'est l'étude du contenu de ces deux instruments qui s'inscrit dans la suite du développement. Après un travail d'analyse sur les supports, l'attention doit maintenant se porter sur leur contenu. Dans un souci de pragmatisme et de promotion de l'autocontrôle, il paraît intéressant de recenser quelques dispositions permettant de satisfaire cet objectif.

## **§2-L'objet des engagements d'autocontrôle**

**155.** L'analyse du contenu de ces instruments normatifs met en lumière la volonté de leurs auteurs de s'inspirer de l'ensemble des recommandations exprimées par la doctrine relative au gouvernement d'entreprise. La littérature est abondante sur le sujet, les thématiques sont nombreuses, ce qui engendrerait un travail de recensement hors de propos. En l'espèce l'intérêt ne réside pas dans une énumération générale des recommandations précitées. Il s'agit d'offrir aux dirigeants de sociétés, une liste de dispositions permettant de mettre en œuvre une démarche d'autocontrôle. Si une direction et des organes de contrôles autorégulés sont porteurs d'un large bénéfice pour la société, sa matérialisation n'est pour autant pas toujours aisée. Ainsi il s'agit de conférer aux lecteurs une série de pistes à approfondir afin de parvenir à un autocontrôle effectif et efficace au sein des sociétés commerciales.

**156.** Pour ce faire, le choix a été fait de classer les dispositions selon la dichotomie suivante. Deux leviers d'action doivent être amorcés en vue de parvenir à une gestion « autocontrôlée ». Il s'agit de s'appesantir sur les mécanismes de bonne gouvernance (A) ainsi que sur les mécanismes de gestion des risques (B).

### **A-Les dispositifs de bonne gouvernance**

**157.** L'enjeu d'une bonne gouvernance est de parvenir « à *mettre sur pied une dirigeance impartiale, plus exigeante dans son contrôle et sachant échapper aux conflits d'intérêts éventuels*<sup>86</sup> ». Les dirigeants sont ainsi les premiers acteurs concernés. Il s'agit pour ces derniers de mettre en place des outils pour atteindre au mieux cet objectif. Pour ce faire, les dirigeants doivent s'imposer une autodiscipline, ce qui se traduit par un renforcement des contraintes à leur égard (a). Par ailleurs, la dirigeance doit être plus exigeante dans son

---

<sup>86</sup> M. Germain, *De la gouvernance à la dirigeance*, in *Gouvernance et dirigeance : l'art de diriger une entreprise*, LPA 2016, n° 10, p.6.

contrôle, ce qui la conduit à améliorer son contrôle au travers notamment l'amélioration du fonctionnement du conseil d'administration pour les sociétés anonymes (b).

### **a-Un renforcement volontaire des contraintes**

**158.** *En quoi le renforcement des contraintes imposées volontairement aux dirigeants participe à un meilleur contrôle de la gestion ?* Le terme de contrôle doit ici être traduit au sens de maîtrise. La question à se poser est alors de savoir dans quelle mesure l'adjonction volontaire de contraintes imposées aux dirigeants favorise un meilleur encadrement de la gestion. La réponse paraît évidente. L'assujettissement volontaire des dirigeants à de nouvelles contraintes édictées par eux-mêmes favorise un encadrement plus strict de la fonction. Aux dispositions légales visant à encadrer le statut de dirigeant s'ajoutent celles librement consenties par ces derniers afin de mettre en œuvre une autodiscipline comportementale (ce sont les dispositions visant la déontologie, les rémunérations ou encore les conflits d'intérêts) ainsi que des dispositions visant à exercer une supervision de la gestion à proprement parler (ce sont alors les dispositions visant la transparence, les autorisations préalables). Ce qui nous amène à affirmer que la surveillance de la gestion et sa maîtrise forment un tout indissociable. Par conséquent il est opportun d'étudier successivement le renforcement des contraintes liées au statut de dirigeant (1) ainsi que celui des contraintes liées au contrôle du pouvoir de gestion (2).

#### **1-Les contraintes volontaires liées au statut de dirigeant**

**159.** Le renforcement des contraintes par les dirigeants et pour eux-mêmes peut se matérialiser par diverses dispositions. Ils doivent s'astreindre à « *une sorte d'hygiène des chefs*<sup>87</sup> ». Pour ce faire, une déontologie des chefs doit être mise en avant. C'est l'impartialité qui doit primer. Pour y parvenir, les dirigeants peuvent inclure des dispositions visant à accroître les devoirs à leur charge où a tout le moins à rappeler les devoirs légaux à leur charge. Cependant il est intéressant pour les dirigeants de suivre les recommandations de la place et d'insérer des clauses relatives à leur rémunération, d'autres relatives à la prévention des conflits d'intérêt ou encore des clauses relatives à la transparence.

**160.** Il est opportun de rappeler la déontologie dont doivent faire preuve les dirigeants dans l'exercice de leur fonction. Il s'agit de rappeler les valeurs attendues de ces derniers. Les règlements intérieurs, les codes de gouvernement d'entreprise et les codes de bonnes

---

<sup>87</sup>M. Germain, *Idid*.

conduites sont des supports de choix. Leur analyse nous renseigne sur les valeurs à promouvoir. Le code du MEDEF-AFEP dans une rubrique intitulée *Déontologie de l'administrateur* rappelle notamment que les administrateurs doivent agir en toutes circonstances dans l'intérêt social de l'entreprise, que l'administrateur doit faire preuve d'assiduité. En ce sens certains règlements intérieurs prévoient une sanction pour les administrateurs irrespectueux de leur obligation d'assiduité « *Lorsqu'un administrateur a été absent à plus du tiers des réunions au cours d'une année, celui-ci s'engage à donner sa démission*<sup>88</sup> ». A cela s'ajoute un devoir d'information ou encore de collaboration. Ces devoirs doivent être élargis à l'ensemble des dirigeants et non seulement aux administrateurs. Le triptyque à promouvoir est intégrité, impartialité et transparence. Par ailleurs, dans la lignée des recommandations de Responsabilité sociale et économique des sociétés, les dirigeants se doivent d'adopter une conduite éthique. Enfin pour finir cet énoncé, les dirigeants doivent éviter les conflits d'intérêts.

**161.** Les conflits d'intérêts sont une thématique centrale dans la doctrine du gouvernement d'entreprise. L'ensemble des acteurs de la place s'attache à définir des dispositions en vue d'éviter ou de minimiser les conflits d'intérêts potentiels entre les dirigeants et la société ainsi qu'entre les dirigeants et les parties prenantes. Plusieurs modalités existent afin de parvenir à un tel objectif. Il peut s'agir en amont de prendre des dispositions pour que l'intérêt personnel des dirigeants n'influence pas la prise de décision. Une obligation de prévention peut être mise à la charge des dirigeants, qui prévoirait que les dirigeants doivent éviter de se placer dans une situation de conflit d'intérêts potentiel. Des interdictions peuvent même être érigées avec une sanction en cas de non-respect de celles-ci. C'est notamment le cas des règles relatives au cumul des mandats : -elles posent une limite à ne pas dépasser pour les dirigeants<sup>89</sup>. Ce qui peut également être recherché c'est un alignement des intérêts. Pour ce faire, les dirigeants devraient posséder à titre personnel un nombre significatif d'actions. Cette exigence figurait jusqu'en 2008 dans le Code de commerce mais elle fût abrogée par le législateur. Pourtant, cette préconisation apparaît comme essentielle du point de vue de la prévention des conflits d'intérêts. Pareillement, les actions attribuées aux dirigeants doivent être allouées suivant des critères de performance. De même que les stock-options devraient être attribuées suivant les mêmes critères. Une autre mesure préventive doit inciter les

---

<sup>88</sup> A. Viandier, art. cit., p. 1003.

<sup>89</sup> Art. 19 Code MEDEF-AFEP révisé en 2015, p.21. Une limite à deux mandats est imposée au dirigeant mandataire social et tandis qu'une limite de quatre autres mandats pour les administrateurs. La loi impose également des limites relatives au cumul des mandats sociaux. L'art. L. 225-94-1 al. 1 du C.com. pose un plafond global de 5 mandats sociaux. Pour les mandats de directeur général, le législateur pose le principe d'un mandat unique (art. L. 225-94 du C. com.) sous réserve de dérogations légalement prévues aux art. L. 225-54-1, al.2 et L. 225-67, al.2 du C.com.



dirigeants à déclarer les conflits d'intérêts même potentiels et doivent s'abstenir de prendre part au vote de la délibération correspondante. Les dispositions relatives aux rémunérations des dirigeants vont dans le même sens.

**162. La rémunération des dirigeants** - Le sujet des rémunérations<sup>90</sup> des dirigeants est particulièrement sensible. Les rémunérations excessives des dirigeants de grandes sociétés commerciales ont souvent fait la une de la presse. La société civile revendique plus de rigueur et de transparence tandis que les lobbies militent en faveur d'une liberté en matière de fixation des rémunérations. Le législateur quant à lui a pris le parti d'une réglementation permettant d'éviter les excès tout en laissant aux intéressés le soin d'organiser les modalités. La *soft law* détient une place prépondérante dans la réglementation de la rémunération des dirigeants. Pour les sociétés fermées à l'instar de la société à responsabilité limitée, en l'absence de dispositions législatives, la Cour de cassation<sup>91</sup> énonce que c'est aux associés de déterminer la rémunération du ou des gérants soit par une décision collective soit dans les statuts. C'est donc aux associés de déterminer directement la rémunération du dirigeant. Le risque de conflit d'intérêts n'est donc pas par conséquent très élevé. En revanche, dans les sociétés anonymes, il relève de la compétence du conseil d'administration<sup>92</sup> ou du conseil de surveillance d'en déterminer le montant : d'où une attention particulière portée aux rémunérations au sein de ces sociétés. La pratique dans les sociétés cotées montre en réalité qu'il y « *a bien une négociation et la détermination de la rémunération procède d'un accord entre l'intéressé et le conseil*<sup>93</sup> ». Conscient de cette dérive, le législateur a encadré, à l'occasion de la loi du 21 août 2007<sup>94</sup>, la rémunération des dirigeants des sociétés cotées lors de leur cessation de fonction, en soumettant celle-ci à des conditions de performance et à la procédure des conventions réglementées. Si un plafond a été édicté pour la rémunération des dirigeants de sociétés du secteur public, il n'en est rien pour ceux du secteur privé. Le législateur a préféré recourir à une consultation privée<sup>95</sup>, au terme de laquelle le principe de

---

<sup>90</sup> Sur le sujet notamment : N. Cuzacq, *De l'éthique de la rémunération à la rémunération éthique du dirigeant*, BJS 2013, n°10 ; P. Portier, *La vertu érigée en norme : vingt ans de réglementation des rémunérations des dirigeants*, BJB 2012, n°12 ; E. Dubois et J. Chacornac, *Les limites de l'autorégulation en droit des sociétés*, BJS 2013, n°11 ; O. Dufour, *Le say on pay prend ses marques en France !* LPA 2014, n°195 ; F. Barrière, *La rémunération des dirigeants sociaux : un encadrement évolutif*, Dr. sociétés 2013, n°10, étu. 18 ; A. Mairot, *L'encadrement coercitif des rémunérations des dirigeants ou l'Arlésienne des pouvoirs politiques*, Dr. sociétés 2013, n°10, al. 47.

<sup>91</sup> Au visa de l'art. L223-18 du C.com., Cass. com., 25 sept. 2012, n°11-22.754, JCP R 2012, 1758, note D. Gallois-Cochet.

<sup>92</sup> Art. L. 225-53 al. 3 du C.com.

<sup>93</sup>A. Viandier, *L'avis consultatif de l'assemblée des actionnaires sur la rémunération des dirigeants sociaux (Code de gouvernement d'entreprise des sociétés cotées, juin 2013)*, JCP E 2013, 1417

<sup>94</sup> Loi n° 2007-1223 du 21 août 2007 en faveur du travail, de l'emploi et du pouvoir d'achat dite TEPA.

<sup>95</sup> B. Fages, *Consultation sur la rémunération des dirigeants d'entreprise*, Rev. soc. 2012, p. 598.

l'autorégulation prévaut. Ainsi tout projet de loi<sup>96</sup> d'encadrement des rémunérations a été abandonné, laissant à la *soft law* le soin de réguler la pratique.

**163.** En ce sens, le code du MEDEF-AFEP recommande la pratique du *Say on Pay*<sup>97</sup> dans l'enceinte des sociétés cotées françaises. Ce mécanisme d'origine anglo-saxonne<sup>98</sup> consiste à solliciter l'avis consultatif des actionnaires, soit sur la politique de rémunération des mandataires sociaux dans leur ensemble, soit sur la rémunération de chacun des associés.

**164.** Si la rémunération des dirigeants peut apparaître à première vue éloignée des dispositifs de contrôle de la gestion, elle constitue une source indéniable de conflits d'intérêts et doit être en ce sens contrôlée. En outre, sa détermination est une décision sociale aux conséquences juridiques et économiques importantes. Si le contrôle de la rémunération réside dans la compétence attribuée à un autre organe d'en fixer le montant et les modalités, cette mesure est dépourvue d'efficacité dans les faits. Le silence du législateur sur le sujet, incite donc à une autorégulation des dirigeants en la matière. L'ensemble de ces éléments justifie la présence de cette problématique à ce stade du développement.

**165.** En plus des dispositions volontaires visant à mieux encadrer le statut de dirigeant pour éviter les dérives, il est opportun de prendre des mesures afin d'organiser de manière consentie un meilleur contrôle de la gestion.

## **2-Les contraintes volontaires liées au contrôle de la gestion du dirigeant**

**166. Autorisations préalables et obligations d'information** - Dans cette liste de préconisations peut figurer la mise en place de procédures d'autorisations préalables. Sans ôter aux dirigeants leur autonomie dans la gestion sociale, il est recommandé d'établir une liste d'actes de gestion nécessitant une autorisation préalable du conseil d'administration ou du conseil de surveillance, qui irait au-delà du champ du mécanisme des conventions réglementées. En ce sens, l'article 4 du code MEDEF-AFEP propose de prévoir dans le règlement intérieur du conseil d'administration « *le principe selon lequel toute opération significative se situant hors de la stratégie annoncée de l'entreprise doit faire l'objet d'une approbation préalable par le conseil d'administration* ».

---

<sup>96</sup> Projet de loi du 8 août 2012 pour encadrer les modalités de rémunération des dirigeants sociaux dans les sociétés privées.

<sup>97</sup> A. Viandier, art. cit., 1417.

<sup>98</sup> Pratique née au Royaume-Uni en 2003, appliquée dans neuf autres pays de l'Union européenne, ainsi qu'aux Etats-Unis et au Canada. Elle figure de plus dans deux recommandations de la Commission européenne de 2004 et de 2009.

**167.** En sus des obligations légales d'information, les dirigeants peuvent tirer avantage d'une conduite transparente des affaires sociales. Ainsi ces derniers peuvent s'acquitter de manière volontaire de la communication et de la publication d'informations essentielles en prenant garde toutefois de préserver un secret des affaires nécessaire au bon fonctionnement des sociétés. De nouvelles obligations d'information peuvent alors peser à la charge des dirigeants. Par exemple, les dirigeants doivent informer le conseil d'administration en cas de prise de décision stratégique pour la société. Des obligations d'information peuvent être créées à destination du marché. Le code du MEDEF prévoit notamment que « *le conseil veille à ce que les investisseurs reçoivent une information pertinente, équilibrée et pédagogique sur la stratégie, le modèle de développement et les perspectives à long terme de l'entreprise*<sup>99</sup> ». Dans un autre ordre d'idées, les dirigeants peuvent s'astreindre à déclarer annuellement, et de manière très précise, les intérêts qu'ils détiennent dans d'autres structures commerciales.

**168. Recours volontaire aux experts de gestion** - Sans s'étendre à ce stade du développement sur le contrôle du commissaire aux comptes ou sur celui du comité d'audit, les dirigeants de petites et moyennes sociétés trouvent un intérêt indéniable à recourir aux services d'experts en gestion. Les experts au titre desquels on retrouve les commissaires aux comptes, le comité d'audit, les experts comptables, sont des atouts pour les dirigeants. Leurs compétences doivent être utilisées aux fins d'un meilleur contrôle de la gestion. Leur analyse de la gestion permettra de soulever les erreurs ou les incohérences pouvant présenter un risque juridique économique ou financier pour la société.

**169. Auto-évaluation** - Une bonne pratique de la gouvernance requiert une évaluation régulière des dirigeants. Le code du MEDEF-AFEP recommande que le conseil d'administration « *procède à l'évaluation de sa capacité à répondre aux attentes des actionnaires qui lui ont donné mandat d'administrer la société, en passant en revue périodiquement sa composition, son organisation et son fonctionnement*<sup>100</sup> ». Le code est très précis en ce qui concerne l'objet et les modalités de cet autocontrôle<sup>101</sup>. Le contrôle doit examiner les modalités de fonctionnement du conseil, vérifier que les questions importantes sont bien préparées et débattues, ou encore mesurer la compétence et l'assiduité de chaque administrateur. De plus, le code renseigne sur les modalités à suivre pour mettre en œuvre un

---

<sup>99</sup> Art. 2.1.4 Code MEDEF-AFEP révisé en 2015, p. 2.

<sup>100</sup> Art 10.1 Code MEDEF-AFEP révisé en 2015, p. 12.

<sup>101</sup> Sur le sujet cf. : E. Boullay et Colomb J-B., *L'apport de l'évaluation des conseils d'administration au gouvernement d'entreprise*, Cah. dr. entr. 2016, n° 2.

contrôle efficace. Il éclaire sur la fréquence du contrôle, et sur sa publicité. A noter que ces modalités doivent être adaptées au fonctionnement de chaque société.

**170.** Outre le contrôle du conseil en lui-même, le code et les règlements intérieurs recommandent une évaluation des autres dirigeants de la société. Hors la présence des administrateurs exécutifs, une réunion devrait avoir lieu une fois par an « *au cours de laquelle serait réalisée l'évaluation des performances du président, du directeur général, du ou des directeurs généraux délégués et qui serait l'occasion périodique de réfléchir à l'avenir du management* <sup>102</sup> ». A côté de nouveaux devoirs peuvent s'ajouter des dispositions visant à améliorer le fonctionnement interne des organes dirigeants afin qu'ils exercent un meilleur contrôle.

### **b-L'amélioration du fonctionnement de la dirigeance**

**180.** Afin d'être plus efficace dans son contrôle, la *dirigeance*<sup>103</sup> doit s'attacher à améliorer le fonctionnement interne des organes de gestion. En ce sens, la *corporate governance* a principalement axé sa réflexion sur le conseil d'administration. Les dérives des grandes sociétés anonymes ont été perpétrées en raison de la passivité de cet organe dans sa fonction de contrôle. Les administrateurs n'exerçaient pas ou peu de contrôle sur les mandataires sociaux. L'attention s'est donc portée sur les moyens juridiques pouvant être mis en œuvre pour améliorer leur fonctionnement et ainsi exercer pleinement l'ensemble de leurs attributions. Plusieurs pistes ont été suivies, dont la plupart prennent appui sur la *soft law*. Au nombre des dispositions permettant d'améliorer le fonctionnement du conseil figurent notamment la création de comités, la présence d'administrateurs indépendants et l'amélioration du formalisme.

**181. Les comités** - A la lecture des règlements intérieurs et des codes privés, les comités sont un sujet récurrent. Une forte promotion de ces nouveaux organes est mise en œuvre depuis plusieurs années. A l'origine, la pratique des comités est née au XIX<sup>ème</sup> siècle et a connu un regain d'intérêt au sein des sociétés cotées dans lesquelles, le haut niveau de spécialisation des compétences demandé aux administrateurs, ne permettait pas au conseil d'administration, ne se réunissant que périodiquement, d'accomplir convenablement sa mission. Ainsi, dans un souci d'amélioration de l'efficacité du conseil et sous l'influence de la doctrine de la *corporate governance*, la pratique a imaginé la création d'organes spécialisés. A côté d'organes

---

<sup>102</sup> Art 10.4 Code MEDEF-AFEP révisé en 2015, p. 12.

<sup>103</sup> La notion de *dirigeance* concerne les aspects de la direction de la société exercée par les dirigeants pris au sens large du terme, ce qui englobe les mandataires sociaux ainsi que les administrateurs.

légaux, sont apparus des comités, regroupant exclusivement des personnes physiques et « dont la dénomination est aussi variable que laissée à la fantaisie de chaque société<sup>104</sup> ». Il s'agit d'organes collégiaux à vocation interne, ne devant en rien dépouiller le conseil de ses attributions ni même alléger ce dernier de ses responsabilités. Si le législateur reconnaît la possibilité pour le conseil d'administration, à l'article R. 225-29 du code de commerce, « de décider la création de comités chargés d'étudier les questions que lui-même ou son président soumet, pour avis, à leur examen », cette pratique est devenue sous l'ère de la gouvernance, la norme à suivre. Elle est de plus, largement revendiquée par le code du MEDEF-AFEP notamment pour les comités de nomination ou de sélection ainsi que pour le comité des rémunérations<sup>105</sup>. A noter que le comité d'audit a, quant à lui, pris une dimension légale, depuis l'ordonnance du 8 décembre 2008<sup>106</sup>, au sein des sociétés cotées. Ainsi au visa de l'article L. 823-19 du code de commerce, au sein de ces sociétés et dans diverses autres entités, la loi impose la création d'un comité « d'audit ». A l'exception des sociétés cotées, ce comité peut être instauré volontairement dans d'autres sociétés.

**182.** La composition de ces comités spécialisés est librement définie par le conseil d'administration, qui peut nommer des personnes n'étant pas administrateur. La doctrine sur la gouvernance des entreprises, préconise, la nomination d'administrateurs alliés avec des personnes tiers. En revanche, le législateur est quelque peu plus restrictif s'agissant de la composition des comités au sein des sociétés à directoire. Dans cette hypothèse, l'article R. 225-26 énonce que des commissions peuvent être créées mais au sein du conseil. Autrement dit, la loi restreint l'accès de ces commissions aux seuls membres du conseil de surveillance. Concernant les attributions de ces comités spécialisés, elles sont librement définies par le conseil. Le conseil reste libre de déterminer les domaines d'intervention de ces comités dans le règlement intérieur. Il pourra s'agir de comités chargés de conseiller le choix d'un candidat à un poste d'administrateur, d'un comité chargé de conseiller sur la rémunération des dirigeants, d'un comité en charge d'évaluer la pertinence des méthodes d'établissement des comptes ou encore des comités qualifiés de stratégiques. La liste est difficilement exhaustive, tant ces comités sortent de l'imagination des dirigeants. Au terme de l'article R. 225-29 du code de commerce, ces comités ne peuvent assumer que des fonctions consultatives. Ils ont un rôle « d'étude, d'information ou de préparation mais ne sauraient, en aucun cas, se substituer

---

<sup>104</sup> J-M. Calendini, *Les comités de direction*, BJS 1992, p. 851.

<sup>105</sup> Se référer respectivement aux principes 15 et 16 du code de l'AFEP-MEDEF.

<sup>106</sup> Ord. n° 2008-1278 du 8 décembre 2008 transposant la directive 2006/43/ CE du 17 mai 2006 et relative aux commissaires aux comptes.

au conseil d'administration en prenant eux-mêmes une décision<sup>107</sup>». Généralement, leur rôle est essentiellement d'assister et de compléter les attributions légales dévolues aux différents organes sociaux. Ils ne doivent avoir aucune vocation à supplanter le conseil, qui a seul le pouvoir de décision, ni conduire à un démembrement de ce collègue<sup>108</sup>. Ainsi les comités présentent un double avantage quant à la maîtrise de la gestion, celui d'apporter un regard averti et éclairé sur la gestion quotidienne de la société ainsi que celui de permettre une collégialité garantissant un échange de points de vue préalable à la prise de décisions. De plus, ils permettent une meilleure surveillance de la gestion avec notamment la pratique des « reportings », lorsqu'il est conféré à ces derniers une mission plus tournée vers le contrôle.

**183. Administrateurs indépendants-** La présence d'administrateurs indépendants au sein des conseils d'administration est une recommandation centrale du gouvernement d'entreprise. Cette recommandation s'inscrit dans la continuité des dispositions légales<sup>109</sup> visant à organiser la composition du conseil. La pratique préconise une certaine propension d'administrateurs dits indépendants au sein des conseils d'administration. Sont indépendants, les administrateurs qui n'entretiennent aucune relation de quelque nature que ce soit avec la société, son groupe ou sa direction, qui puisse compromettre l'exercice de sa liberté de jugement.

**184.** D'origine anglo-saxonne, cette notion est apparue en France, dans les rapports *Viénot* et *Bouton*, dans lesquels était exposée la nécessaire présence d'au moins deux administrateurs indépendants au sein des conseils des sociétés cotées. Au fil des rapports<sup>110</sup> de place, le nombre d'administrateurs indépendants, n'a eu de cesse d'être revu à la hausse. La présence de tels administrateurs au sein des conseils<sup>111</sup> contribue à l'amélioration de la gouvernance des sociétés et ce pour plusieurs raisons. D'une part, pour reprendre la formule employée par le Professeur Viandier, la présence de tiers extérieurs à la société au sein d'un conseil possède indéniablement des « *vertus prophylactiques* », en ce sens, que leur présence préserve la gestion de comportements manifestement abusifs. L'objectivité et l'indépendance des administrateurs qualifiés indépendants doit permettre une mise en cause plus aisée des

---

<sup>107</sup> V. Magnier, *Gouvernance des sociétés cotées*, Rép. sociétés Dalloz, 2010.

<sup>108</sup> Art. 13 du code de l'AFEP-MEDEF.

<sup>109</sup> V. notamment l'obligation de parité hommes/femmes au sein des conseils des sociétés cotées, au visa de l'art. L. 225-18-1 du C. com.

<sup>110</sup> Le rapport Viénot II (1999) fixe un objectif, un tiers des membres du conseil doivent être des administrateurs indépendants. Quant au rapport Bouton de 2002, le nombre d'administrateurs indépendants devrait représenter la moitié du conseil d'administration.

<sup>111</sup> Sur le sujet voir notamment : A. Viandier, *L'administrateur indépendants des sociétés cotées*, RJDA 2008, p. 599 ; « *Le membre indépendant* », *apanage de la gouvernance d'entreprise*, F. Kerebel, Dr. sociétés 2016, n°4, al.19 ; *Les défis actuels de la gouvernance des sociétés cotées*, K. Grévin-Lemercier, Dr. sociétés 2013, n°5.

décisions des dirigeants lorsque celles-ci semblent en contradiction avec l'intérêt social. Ils peuvent améliorer la gestion des conflits d'intérêts, notamment, en palliant l'absence de contrôle de certaines conventions comme celles relatives à la rémunération des dirigeants<sup>112</sup>. D'autre part, leur présence participe au panachage des compétences au sein des conseils, ce qui a un impact positif sur l'efficacité de la gestion<sup>113</sup>.

**185.** Pour finir cette liste non exhaustive de propositions visant à améliorer le fonctionnement des organes dirigeants, une attention particulière doit être portée aux modalités de fonctionnement du conseil.

**187. Précisions sur les modalités de fonctionnement** - Il est opportun pour les conseils de préciser de manière rigoureuse son fonctionnement. « *De la fréquence des réunions aux règles de quorum et de majorité, en passant par la transmission des informations aux administrateurs, l'élaboration et l'approbation du procès-verbal, notamment... tout peut être précisé*<sup>114</sup> ».

**188.** Cette liste indicative doit se poursuivre avec l'étude d'une autre thématique peu connue des concepts du droit. Il s'agit d'étudier les moyens juridiques à mettre en œuvre par les dirigeants afin de contrôler au mieux la gestion sociale. Le contrôle du management sur la gestion est devenu un sujet central en droit des sociétés, faisant ainsi apparaître des nouveaux concepts à l'instar des dispositifs de gestion des risques.

## **B-Les dispositifs de gestion des risques**

**189.** Les dirigeants sont au cœur du fonctionnement des sociétés commerciales et se doivent par conséquent d'en contrôler l'ensemble des paramètres. Leurs fonctions exécutives les placent au centre du contrôle de la gestion. Dans cette perspective, les dirigeants deviennent auteur du contrôle et l'exercent aux moyens d'une série de procédures. Le législateur a pris acte de cette nécessité afin d'assurer la pérennité des sociétés commerciales. La loi de Sécurité financière de 2003 a d'ailleurs introduit une obligation pour les sociétés cotées de rendre compte dans un rapport annuel des procédures de contrôle interne et de gestion des risques<sup>115</sup> existant dans la société. Cette démarche du législateur démontre l'intérêt porté aujourd'hui au contrôle et à la gestion des risques dans l'entreprise. Au-delà de

---

<sup>112</sup> E. Scholastique *L'administrateur indépendant, quelle indépendance*, Cah. dr. entr. 2005, n°5, p. 34.

<sup>113</sup> V. notamment le rapport consolidé de l'Afep et du Medef, oct. 2003, recom. N°8.2 et IFA, *La gouvernance des sociétés cotées*, synthèse des recommandations sur le rôle et les modes d'actions des conseils, mai 2007, § 1.3.3.

<sup>114</sup> E. du Boullay, art. cit., BRDA, 2014/03.

<sup>115</sup> Art. L. 225-37 C.com.

cette obligation légale, la doctrine du gouvernement d'entreprise préconise une réflexion autour de cette problématique au sein de l'ensemble des sociétés commerciales.

**190.** Les dirigeants sont incités à s'interroger sur le système de contrôle de la gestion mis en place au sein de leur société. L'intérêt majeur est une amélioration de la gestion. Mieux maîtrisée, la gestion sociale est plus performante. Il s'agit du second aspect du *contrôle de la gestion*, il trouve indéniablement sa place dans le développement relatif à l'autocontrôle. Excepté pour les sociétés cotées, cette démarche relève d'une initiative volontaire. De plus, même pour celles-ci, il ne s'agit que d'une obligation formelle. Les procédures et les moyens de contrôle mis en place relèvent de l'autorégulation. Il est préconisé à chaque dirigeant d'élaborer un dispositif de contrôle qui s'adapte au plus près aux caractéristiques de leur société. La question centrale est de savoir comment élaborer un dispositif efficace de contrôle de la gestion. Deux mécanismes permettent d'atteindre cet objectif, le dispositif de gestion des risques (a) et le contrôle interne (b).

#### **a-Les dispositifs de contrôle des risques**

**191.** Le risque est devenu au fil des années, une problématique juridique centrale<sup>116</sup>. Initialement cantonné au milieu des assurances, le risque s'est peu à peu glissé au sein de tous les pans du droit. Le droit des sociétés n'a pas dérogé à la règle et s'est emparé de cette notion à la lisière entre plusieurs matières.

**192.** On assiste ces dernières années à une mise en perspective du risque. Celle-ci est liée à l'ambivalence qui existe autour de cette notion. S'il est vrai que la prise de risque constitue dans le milieu des affaires, une condition indispensable à la réussite et à l'innovation, il n'en reste pas moins que les acteurs ont pris conscience du danger intrinsèquement lié au risque et de la nécessité de le gérer. La crise économique participe indubitablement à cette prise de conscience. Aujourd'hui les règles de la gouvernance aspirent à une performance sécurisée. Pour atteindre cet objectif, le management des risques juridiques s'impose. Les dirigeants d'entreprises ne peuvent plus, se désintéresser de la problématique de la gestion des risques. La pérennité de chaque société, aussi petite soit-elle mérite qu'une attention particulière soit portée à ces questions. En sus de l'impact négatif généré par la réalisation d'un risque juridique, une bonne gestion des risques peut être un vecteur d'opportunités pour l'entreprise.

---

<sup>116</sup> H. Barbier, *Qu'est-ce que le risque ?* Journ. sociétés 2013, p. 9. Du même auteur, *La liberté de prendre des risques*, th., Aix, PUAM, 2011.



On parle alors de l'impact positif de la gestion des risques juridiques. Elle peut littéralement générer un avantage concurrentiel pour la société.

**193.** Au-delà de la nature positive du risque, la gestion efficace des risques juridiques dans une entreprise est un gage indiscutable de performance et de viabilité de la société sur le long terme. Plus qu'une simple gestion, les sociétés doivent alors adopter une vision stratégique et managériale des risques juridiques pour atteindre des niveaux de performance plus élevés. Plus l'entreprise nourrit une stratégie au niveau de son environnement réglementaire, plus sa performance juridique en ressort grandie « *dans la mesure où elle peut contribuer à doter l'entreprise d'un avantage concurrentiel, soit parce que cette anticipation de l'environnement réglementaire constitue en elle-même un tel avantage, soit parce qu'elle permet à l'entreprise de renforcer d'autres facteurs de compétitivité*<sup>117</sup> ». Cette approche connue sous le nom de « *Law and Management* », consiste à démontrer que lorsque l'entreprise met en œuvre une gestion des risques juridiques et qu'elle détient la capacité d'exploiter les ressources juridiques, l'entreprise peut alors « *optimiser juridiquement sa gestion et même élaborer des stratégies juridiques qui peuvent lui conférer un avantage compétitif*<sup>118</sup> ». Le droit devient alors un outil au service de la performance.

**194.** Pour réaliser cette démarche, une méthodologie s'impose. Il est recommandé de suivre une logique visant à identifier les risques (1), les analyser (2) et pour enfin les traiter (3).

### **1-L'identification des risques**

**195.** Les risques sont par essence protéiformes, l'étude de l'ensemble des risques pesant sur l'entreprise n'est pas l'objet de ce travail. Seuls seront évoqués les risques juridiques. La définition de ce concept s'impose.

**196. Définition** - Le risque juridique est un concept émergent dont l'étude par la doctrine et le législateur est assez récente. Dès lors, aucune définition juridique ne s'impose comme référence. Néanmoins les spécialistes en la matière s'accordent sur une définition *sui generis* du risque juridique. Pour ces derniers, le risque juridique est défini comme « *la conjonction d'une norme et d'un évènement, l'un et/ou l'autre frappé(s) d'incertitude, générant des*

---

<sup>117</sup> C. Roquilly, *Performance juridique et avantage concurrentiel : chronique 1*, LPA 2007, n°86, p. 7.

<sup>118</sup> A. Masson et H. Bouthinon-Dumas, *L'approche "Law&Management"*, RTD com. 2011, p. 233.

*conséquences susceptibles d'affecter la valeur de l'entreprise*<sup>119</sup> ». Par conséquent, plusieurs éléments sont à l'origine d'un risque juridique.

**197.** Le premier résulte de la norme juridique. Les normes juridiques sont par leur complexité, leur profusion et leur mouvance perpétuelle, une source importante d'insécurité juridique. L'autre élément résulte quant à lui d'un événement qui se matérialise par la transgression d'une norme. Il s'agit d'un risque de non-conformité susceptible d'engager la responsabilité des dirigeants et de la société. Ainsi, un travail d'identification des risques doit être mis en œuvre afin de limiter les risques et leurs conséquences sur l'entreprise.

**198.** L'identification des risques juridiques est une étape cruciale de la gestion de ces derniers. Elle consiste à identifier « *les sources de risques, les domaines d'impact, les événements (y compris les changements de circonstances), ainsi que leurs causes et conséquences potentielles. Cette étape a pour objectif de dresser une liste exhaustive des risques basés sur les événements susceptibles de provoquer, de stimuler, d'empêcher, de gêner, d'accélérer ou de retarder l'atteinte des objectifs*<sup>120</sup>... ». Chaque société est ainsi conduite à analyser son environnement juridique. L'objectif étant d'identifier les normes applicables et de mettre en lumière les normes les plus sensibles génératrices de risques. Cette étape peut être réalisée notamment au moyen d'audits mis en place par les dirigeants. L'organisation d'une veille juridique est aussi un élément incontournable pour les sociétés commerciales. Une fois l'inventaire terminé, il s'agit d'apprécier le degré de gravité du risque identifié.

## **2-L'analyse des risques**

**199.** La liste des risques juridiques dressée, il est dès lors important de passer aux étapes suivantes : l'analyse et l'évaluation des risques. Au terme de l'analyse du risque, il s'agit de déterminer de manière objective le degré de gravité du risque juridique en question. Pour cela, il est nécessaire de définir des critères de risques propres à chaque société qui prennent en compte notamment : la stratégie de l'entreprise, les parties prenantes, les salariés, l'organisation... des documents de référence peuvent aider les dirigeants dans leur tâche pour exemple, le référentiel ISO 31000 etc. Une fois cette classification opérée, l'étape suivante consiste à cartographier les risques juridiques.

**200.** La cartographie est une technique dont l'objectif est de hiérarchiser les risques juridiques suivant leur gravité et leur occurrence. Elle offre aux dirigeants et à l'ensemble des acteurs du

---

<sup>119</sup> C. Collard, *Le risque juridique existe-t-il ? Contribution à la définition du risque juridique*, Cah. dr. entr. n° 1, p.8.

<sup>120</sup> Référentiel ISO 31000, 5.4.2, *Identification du risque*, p.17.

management de l'entreprise une lecture claire des risques et permet ainsi d'élaborer une stratégie pour traiter ces risques juridiques.

### **3-Le traitement des risques**

**201.** Dernière étape et non des moindres, elle permet de réfléchir à l'adéquation de l'organisation et du fonctionnement de la société aux risques juridiques. Elle peut conduire à apporter des modifications tenant à l'organisation sociale, à créer des politiques de conformité ainsi qu'à élaborer des procédures de contrôle interne à l'entreprise. Cette dernière étape de la méthodologie visant à gérer les risques juridiques met en lumière la nécessité de conjuguer cette analyse des risques avec des procédures de contrôle. C'est dans cette perspective que le concept de contrôle interne prend tout son sens.

#### **b-Le contrôle interne**

**202.** « *Le mouvement perpétuel qui anime le droit des sociétés réserve parfois des surprises à l'observateur*<sup>121</sup> ». C'est notamment le cas avec le concept émergent de contrôle interne. Ce sont les faillites des années 2000 qui ont mis en exergue la nécessité d'un contrôle interne au sein des sociétés commerciales. D'origine anglo-saxonne le contrôle interne est apparu inopinément dans la législation française aux articles L. 225-37 et L. 225-68 du code de commerce à l'occasion de la loi sur la Sécurité financière. Le législateur a emprunté un concept connu des sciences de la gestion et du management. Sans d'ailleurs en apporter de définition, le législateur s'est contenté d'énoncer une nouvelle obligation formelle à la charge des sociétés cotées sans en préciser le contenu ni même les contours. Ce sont les autres acteurs de la place à l'instar de l'Autorité des marchés financiers et des organisations professionnelles qui ont donné une définition au contrôle interne.

**203. Définition** – Le contrôle interne se définit comme un mécanisme juridique permettant de « *fournir une assurance raisonnable quant à l'accomplissement des objectifs suivants : la réalisation et l'optimisation des opérations, la fiabilité des informations financières et la conformité aux lois et règlements en vigueur*<sup>122</sup> ». Si le contrôle interne est une obligation à la charge des sociétés cotées, il n'en demeure pas moins qu'il est fortement recommandé à l'ensemble des sociétés commerciales, aussi petites soient-elles d'insérer un tel dispositif au contrôle de la gestion. Dans cette perspective, le contrôle interne ne doit pas être perçu comme une contrainte légale mais plutôt comme un outil de contrôle de la gestion à

---

<sup>121</sup> S. Sylvestre, *Le contrôle interne*, LPA 2003, n°228, p. 57.

<sup>122</sup> Référentiel COSO, Committee Of Sponsoring Organizations of the Treadway Commission.

l'initiative des dirigeants. Élément de *soft law*, le contrôle interne est un « *dispositif fonctionnel qui doit améliorer l'exercice du pouvoir au sein de l'entreprise en le rendant plus rapide, plus léger, plus efficace et d'une certaine façon plus sûr*<sup>123</sup> ». Le contrôle interne permet de surveiller et de faire remonter les risques juridiques potentiels. « *Il constitue un ensemble de procédures qui concourt à la prise de décisions des dirigeants et qui leur permet de suivre la mise en œuvre des objectifs fixés à l'entreprise*<sup>124</sup> ».

**204.** Pour satisfaire les objectifs ainsi fixés, les dirigeants élaborent un ensemble de procédures de contrôle de la gestion pour vérifier la conformité de l'action de l'entreprise au droit. Des procédures de contrôle effectives permettent de limiter les erreurs et les fraudes ainsi que leurs effets sur l'entreprise.

**205. Etablissement du contrôle interne** - De manière plus concrète, l'établissement d'un contrôle interne dans la société suppose l'élaboration d'un ensemble de procédures de surveillance qui vise à accroître la pérennité de l'entreprise et la performance de la gestion. Les objets des procédures de contrôle seront définis en fonction des caractéristiques de chaque société. Pour aider les dirigeants dans cette tâche, il existe des documents précisant le contenu général du contrôle interne dans les sociétés tels que celui de l'Autorité des marchés financiers, les recommandations du MEDEF-AFEP ou encore le COSO. Les procédures peuvent porter sur « *non seulement de procédures ayant trait directement à l'information financière mais également de celles concernant les contrôles divers, par exemple en matière de sécurité, de qualité, de respect de l'environnement, etc*<sup>125</sup> ». Elles peuvent en outre viser à s'assurer de l'application des instructions et directives fixées par les dirigeants.

**206.** Divers outils juridiques sont au service du contrôle interne parmi lesquels pourront être cités l'audit interne et l'alerte professionnelle. L'audit interne est un outil traditionnel à disposition des dirigeants. Il joue un rôle de contrôle et de conseil pour les dirigeants. Il permet d'évaluer le degré de maîtrise de la société par ses dirigeants. Cet outil permet de mettre en relief les défaillances ou dysfonctionnements de la gestion sociale et d'apporter des recommandations pour améliorer cette dernière.

---

<sup>123</sup> A. Felix, *Le contrôle interne : le concept*, LPA 2007, n°74, p.5.

<sup>124</sup> A. Felix, *Ibid.*

<sup>125</sup> Communication Ansa, comité juridique n° 3267 du 5 novembre 2003.

**207.** L'alerte professionnelle ou alerte éthique<sup>126</sup>, connue sous l'anglicisme *whistleblowing* est quant à elle un outil plus récent. L'intérêt de cet instrument est de conférer aux salariés le pouvoir de faire part à leur direction de malversations financières ou irrégularités comptables dont ils auraient connaissance. D'origine anglo-saxonne, l'alerte professionnelle est une pratique bien ancrée dans les sociétés commerciales. En 2005, soixante pour cent des sociétés du CAC 40 déclarèrent intégrer un tel dispositif. Le recours à cet outil s'explique notamment par la difficulté de transmission des informations et la détection des fraudes au sein des entreprises. Pour être efficace ce dernier doit apporter une protection adéquate aux salariés auteurs d'une éventuelle dénonciation.

---

<sup>126</sup> Sur le sujet voir notamment : F. Barrière, *Le whistleblowing A propos de l'arrêt du 8 décembre 2009 de la Chambre sociale de la Cour de cassation*, Rev. soc. 2010, p. 483 ; C. Merle, *L'alerte éthique*, PA 2007, n°60, p.4 ; N. Lenoir, *Les lanceurs d'alerte, une innovation française venue d'outre-Atlantique*, JCP E 2015, n°42, 1492 ; V. Rebeyrol, *La réception du « whistleblowing » par le droit français*, JCP E 2012, n°24, 1386.



## ***Conclusion du Chapitre I***

**208.** La vocation de ce premier chapitre est d'apporter un éclairage aux dirigeants sur les bonnes pratiques à mettre en œuvre au sein de leurs sociétés commerciales. Dans la profusion de la *soft law*, il est important de guider les dirigeants comme le font les organisations professionnelles avec le code de gouvernement d'entreprise du MEDEF-AFEP. Néanmoins celui-ci ne s'adresse principalement qu'à un public d'initiés dont les grandes sociétés cotées sont les principales actrices. Or il est intéressant d'agrandir le périmètre du gouvernement d'entreprise. Les petites et moyennes sociétés non cotées, sociétés de capitaux ou de personnes ont toutes un intérêt à ce que leurs dirigeants exercent une forme d'autocontrôle.

**209.** Les recommandations sur la bonne gouvernance des sociétés ne sont pas une nouveauté en droit des sociétés. La *soft law* est au cœur de la doctrine depuis maintenant un certain nombre d'années mais s'adresse essentiellement aux sociétés cotées. Il s'agit donc d'inciter les dirigeants de plus petites sociétés qui ne se sentent pas concernés par le sujet à s'approprier ces recommandations et bonnes pratiques.

**210.** L'autocontrôle est porteur de vertus quelle que soit l'échelle de la société. Une société aussi petite soit telle, en prenant garde toutefois de ne pas alourdir son fonctionnement doit intégrer en fonction de ses caractéristiques propres, certaines de ces recommandations. Pour les sociétés de plus petites tailles les statuts sociaux sont préférés en tant que support de l'autocontrôle ; les autres outils normatifs sont laissés aux sociétés de plus grande taille. Néanmoins quel que soit le support, l'intérêt d'une démarche d'autocontrôle des dirigeants reste le même pour toutes les sociétés commerciales. Même non formalisées ces recommandations sont préconisées pour l'ensemble des dirigeants et trouvent alors leur place dans la pratique.

**211.** Au sein des petites sociétés, les dirigeants ont une place prépondérante dans le fonctionnement des sociétés. Contrairement aux dirigeants des sociétés cotées, ils ne subissent aucune pression les incitant à mettre en œuvre les principes d'un bon gouvernement d'entreprise. Cependant, la pérennité et la performance de leur société devraient les pousser vers l'utilisation de ces outils de *soft law*.

**212.** *In fine*, tous les dirigeants de sociétés commerciales sont donc concernés par ces outils normatifs d'autorégulation au service d'un meilleur contrôle de la gestion. L'autocontrôle

participe à l'amélioration de la maîtrise et de la surveillance de la gestion. Ainsi cette démarche volontaire des dirigeants détient pleinement sa place parmi les instruments de contrôle de la gestion des sociétés commerciales.

**213.** Toutefois, aussi vertueux soit-il l'autocontrôle n'est efficace que dans la mesure où leurs auteurs s'assurent de son application dans les faits. Or dénuée de force contraignante la *soft law* révèle une de ses limites. Malgré les efforts consentis<sup>127</sup>, le postulat reste malgré tout le suivant : -le contrôle de la gestion des sociétés commerciales n'est effectif que lorsque cette tâche revient à d'autres organes sociaux. Si les dirigeants participent au contrôle de la gestion par l'autorégulation, celui-ci ne doit pas reposer sur cet unique fondement. Un fondement légal au contrôle est essentiel comme nous le verrons plus en aval dans le développement<sup>128</sup>. Néanmoins, le droit des sociétés confère au droit conventionnel une place prépondérante dans le contrôle de la gestion. Cela se traduit principalement par le pouvoir attribué aux associés d'encadrer la gestion sociale. Ces derniers disposent d'une large latitude pour contrôler aux moyens de dispositifs conventionnels, la gestion sociale.

---

<sup>127</sup> Les rapports annuels de l'AMF qui montrent une amélioration des pratiques de gouvernement d'entreprise dans les sociétés cotées.

<sup>128</sup> V. infra p. 121.





## Chapitre II - Les dispositifs contractuels au service des associés

**214.** Le droit des sociétés est un droit ambivalent dans lequel se juxtaposent impérialisme et libéralisme. Lorsqu'on retrace l'évolution du droit en la matière, on s'aperçoit de périodes de prévalence de l'un ou l'autre de ces impératifs. Les crises économiques et politiques ont rythmé les tendances législatives. Le début du XX<sup>ème</sup> siècle se caractérisait par son libéralisme, peu de dispositions régissaient les sociétés commerciales. Les crises et les abus ont inversé la tendance. C'est alors l'impérialisme<sup>129</sup> qui a marqué le milieu du XX<sup>ème</sup> siècle avec la loi sur les sociétés de 1966. C'est un droit des sociétés pointilleux et très réglementé qui s'est imposé. Cette tendance aurait pu sonner le glas de la liberté contractuelle en ce pan du droit. Toutefois, la liberté contractuelle n'a eu de cesse de se développer. En quête de malléabilité, les praticiens ont su conquérir les espaces de liberté laissés par le législateur. Depuis les années 1990, la liberté irrigue de plus en plus le droit des sociétés. Cette volonté d'assouplir le fonctionnement social et de l'adapter aux besoins des entreprises<sup>130</sup> a été prise en compte par le législateur. Pour preuve, la loi du 3 janvier 1994 crée la société par actions simplifiée et l'ouverture de celle-ci quelques années plus tard à toute personne physique ou morale. Dès lors le droit tend de plus en plus à conférer aux associés une liberté dans l'organisation et le fonctionnement des sociétés commerciales.

**215.** Dans le cadre de cette étude il est intéressant de s'interroger sur le rôle de cette liberté du point de vue du contrôle. *Peut-elle être mise au service du contrôle de la gestion ?* La réponse à cette question est éminemment positive. La liberté contractuelle est un levier à disposition des associés à ne pas négliger. A ce propos, une thèse sur le contrôle des dirigeants de la société anonyme<sup>131</sup>, met en avant le manque de pragmatisme du contrôle. Pour résoudre cette problématique son auteur préconise un renforcement du contractualisme au sein de ces structures.

**216.** C'est en ce sens que le contrat est un outil central du contrôle de la gestion des dirigeants sociaux. L'aménagement des rapports entre associés par le droit contractuel est bien connu. Les conventions entre associés ont fait l'objet d'études approfondies<sup>132</sup>. Cependant, le recours au droit conventionnel pour organiser le fonctionnement interne des sociétés dans une perspective de contrôle retient moins l'attention de la doctrine. Une des raisons à ce manque

---

<sup>129</sup> Impérialisme marqué pour les sociétés anonymes cotées ou non ainsi que les SARL en raison de la responsabilité des associés limitée aux apports.

<sup>130</sup> P. Bissara, *L'inadaptation du droit français des sociétés aux besoins des entreprises et les aléas des solutions*, Rev. Soc. 1990, p. 553 ; E. Du Pontavice, *Le droit des sociétés commerciales en question*, RJC 1989, p. 241.

<sup>131</sup> R. Nemedeu, *Le contrôle des dirigeants de la société anonyme*, 2000.

<sup>132</sup> D. Vélardocchio-Flores, *Les accords extra-statutaires entre associés*, 1991.

de notoriété : la place prépondérante des sociétés anonymes et des sociétés à responsabilité limitée dans le paysage économique français. En effet, 80% des sociétés adoptent ces deux formes sociales dans lesquelles l'institution demeure le pilier central. Dans ces dernières la place laissée au contractualisme est moins importante et la question du contrôle est abordée par le législateur. Néanmoins, à l'intérieur même de ces structures, le contrôle peut être optimisé par le recours aux techniques contractuelles. A ce titre, les associés vont pouvoir au moyen du contrat, moduler leur droit au contrôle sur la gestion sociale. Cette démarche est cruciale au sein des petites structures dans lesquelles le contrôle de la gestion ne repose que sur les associés. Dans cette perspective, il est essentiel de renforcer les dispositifs de contrôle légaux mis à leur disposition. De plus, au sein de sociétés de tailles plus importantes, le droit conventionnel est un moyen pour les minoritaires et les investisseurs de s'assurer d'un droit de regard plus important sur la gestion sociale pour vérifier que la majorité représentée par les dirigeants sociaux ne privilégie pas l'intérêt de la majorité au détriment de la minorité. Enfin, dans les sociétés de personnes, la liberté contractuelle plus largement admise permet encore plus aisément aux associés de renforcer leurs prérogatives de contrôle sur la gestion sociale.

**217.** Il est donc intéressant d'analyser plus en détail la liberté offerte aux associés pour intensifier leur droit au contrôle (Section I). A cette fin, une liste non exhaustive de clauses visant un renforcement du contrôle de la gestion sera dressée pour éclairer les associés quant aux possibilités qui s'offrent à eux en ce domaine (Section II).

### **Section I- L'aménagement conventionnel du contrôle de la gestion par les associés**

**218.** Le principe d'autonomie de volonté confère aux associés une liberté pour aménager et compléter les dispositions légales. Cette faculté peut être utilisée par les associés dans une perspective de contrôle (§1). Pour matérialiser cette démarche, les associés peuvent s'appuyer sur des supports conventionnels afin d'insérer des clauses leur permettant de satisfaire cet objectif d'intensification du contrôle (§2).

#### **§1- L'utilité des mesures conventionnelles**

**219.** Si la liberté contractuelle des associés est considérable en droit des sociétés (A), la protection des parties prenantes exige l'existence de limites à celle-ci (B). Ces limites sont imposées par la loi ainsi que par la jurisprudence qui au travers de principes généraux encadre la liberté contractuelle des associés.

## A- Une liberté d'aménager le contrat social

**220.** La conception contractualiste de la société explique le rôle central de la liberté en droit des sociétés (a). Elle s'exprime à travers différents aspects. L'un d'eux peut être l'utilisation de la liberté à des fins de contrôle (b).

### a- Le rôle de la liberté contractuelle en droit des sociétés

**221.** Le principe de l'autonomie de volonté en vertu duquel la volonté est une source créatrice de droits et d'obligations, reste un principe fondamental en droit des sociétés. La liberté contractuelle, principale composante de ce principe est en plein essor depuis plusieurs années malgré un autoritarisme marqué. La doctrine a relevée depuis longtemps cette tendance contradictoire, « *plus le droit des sociétés se dote de règles précises plus la liberté contractuelle est utilisée*<sup>133</sup> ». C'est une relation de cause à effet qui existe entre ces deux tendances. Si le législateur élabore une réglementation rigoureuse, c'est en vue de protéger certains intérêts. Cependant, cette démarche protectionniste fige la pratique des affaires. C'est alors que les praticiens réclament plus de flexibilité pour s'adapter de plus près aux besoins du fonctionnement des sociétés. Cette souplesse est recherchée vers la technique contractuelle, qui permet grâce à l'imagination de ses auteurs d'aménager les rapports sociaux. La liberté contractuelle s'est ainsi largement développée en droit des sociétés<sup>134</sup>. « *Après avoir courbé l'échine sous les assauts répétés, la liberté contractuelle connaît une seconde jeunesse et a trouvé de nouveaux terrains pour prospérer*<sup>135</sup> ».

**222.** Cette tendance à l'expansion de la théorie contractualiste remet sur le devant de la scène un débat doctrinal ancien relatif à la nature juridique de la société. Entre contrat et institution, la question était de savoir comment qualifier juridiquement le contrat de société. Deux théories s'affrontent. La première, favorable à la nature institutionnelle de la société, affirme que les associés « *adoptent ou rejettent globalement un ensemble de règles, sans pouvoir les modifier, sauf si la loi le prévoit expressément*<sup>136</sup> ». Les partisans de la seconde théorie considèrent quant à eux la société comme un contrat et que de ce fait « *les parties déterminent librement les obligations qui les unissent, sous réserve du respect de l'ordre*<sup>137</sup> ». Dans les

---

<sup>133</sup> S. Schiller, *Les limites de la liberté contractuelle en droit des sociétés, les connexions radicales*, 1999, p.18.

<sup>134</sup> M. Jeantin fait état « d'un renouveau contractuel qui a marqué le fonctionnement des sociétés au cours des dernières années, en réaction contre un ordre public jugé envahissant et sclérosant », in *Droit des obligations et droit des sociétés*, p.318.

<sup>135</sup> J.P. Bertrel, *Liberté contractuelle et sociétés, Essai d'une théorie du « juste milieu » en droit des sociétés*, RTD com. 1996, p. 595.

<sup>136</sup> P. Roubier, *Théorie générale du droit, Histoire des doctrines juridiques et philosophie des valeurs sociales*, Dalloz, 2005, p. 14.

<sup>137</sup> P. Roubier, *ibid.*

faits, la société a une nature hybride. Elle navigue entre institution et contrat au gré des domaines considérés.

**223.** La situation est assez fluctuante selon les formes sociales. Le législateur laisse une place importante à la liberté contractuelle dans les sociétés de personnes où la responsabilité des associés est illimitée ainsi que dans les sociétés par action simplifiée, tandis que pour les sociétés à responsabilité limitée et les sociétés anonymes, l'institution prime ne laissant que peu de place à la liberté.

**224.** A contre-pied de l'impérialisme, la liberté contractuelle « *s'exprime à travers une triple faculté : contracter ou ne pas contracter, choisir librement son cocontractant, déterminer librement le contenu du contrat*<sup>138</sup> ». Dans les rapports internes, c'est la liberté de déterminer le contenu du contrat de société qui amène la pratique. Pour le Professeur M. Paillusseau, « *la liberté contractuelle signifie essentiellement la possibilité pour les associés de choisir les règles relatives à l'organisation interne de la société, celles qui n'ont pas de conséquences sur les droits des tiers, des créanciers et du personnel. Ils peuvent également organiser de la même manière leurs relations*<sup>139</sup> ».

**225.** La liberté contractuelle dont bénéficie les associés leur offre une triple faculté quant à leur intervention sur l'organisation et le fonctionnement social. C'est le professeur Y. Guyon qui dans son ouvrage de référence<sup>140</sup> a développé l'étendue de la liberté contractuelle offerte aux associés. Ces derniers ont une liberté de choisir, de compléter le statut légal et d'infléchir dans une mesure plus limitée le statut légal. L'objet de ce développement n'est pas d'étudier l'ensemble des espaces de liberté à dispositions des associés mais seuls ceux qui ont une influence sur le contrôle de la gestion. Les associés pourront faire un usage de la liberté contractuelle pour conduire à une amélioration du contrôle.

### **b-Un usage de la liberté tourné vers le contrôle**

**226.** Deux leviers peuvent être actionnés pour renforcer le contrôle. A cette fin, les associés peuvent insérer des dispositions relatives à l'organisation (1) ainsi que des dispositions relatives au fonctionnement social (2).

---

<sup>138</sup> F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *Droit civil, les obligations*, Dalloz, 12<sup>ème</sup> éd., 2008, p. 24.

<sup>139</sup> J. Paillusseau, *La modernisation du droit des sociétés commerciales*, D. 1996, chron. p. 287, n° 19.

<sup>140</sup> Y. Guyon, *Traité des contrats, Les sociétés, Aménagements statutaires et conventions entre associés*, LGDJ, 4<sup>ème</sup> éd., 1999.

## 1- La liberté contractuelle dans l'organisation de la société

**227. Liberté de choix de la forme sociale** - Une des premières libertés offertes aux associés est une liberté de choix qui se manifeste dès la conception de la société, lorsqu'il s'agit de choisir une forme sociale parmi les modèles légaux<sup>141</sup>. Elle ressort des articles 1835 du code civil et l'article L. 210-2 du code de commerce qui disposent que la forme sociale est déterminée par les statuts de la société. Ce choix est dicté par diverses considérations<sup>142</sup>. Il s'opère notamment en fonction des objectifs fixés par les associés. « *Les futurs associés peuvent rechercher soit une collaboration, soit une collecte de capitaux, soit une limitation des risques, soit plusieurs de ces buts à la fois*<sup>143</sup> ». Si le contrôle de la gestion ne figure pas parmi les considérations premières des associés dans le choix de la forme sociale, les droits des futurs associés constituent néanmoins un critère important à ne pas négliger. De leur point de vue, le choix de la forme sociale résulte presque toujours de la comparaison entre les obligations que lui imposeront leur participation à la société et les droits qui en résulteront. Dans cette balance, les droits des associés doivent être pris en considération sachant que l'étendue de ces droits varie d'une société à l'autre. En effet, l'intensité du contrôle n'est pas la même dans toutes les formes sociales. Les sociétés de personnes confèrent un droit au contrôle plus approfondi pour l'ensemble des associés tandis que dans les sociétés de capitaux le contrôle est plus restreint. Le droit de regard sur la gestion est proportionnel à la responsabilité engagée par les associés. Par exemple, le droit à l'information est plus ou moins étendu selon la structure sociale. De même pour le droit de regard sur la gestion.

**228.** Or le positionnement minoritaire du futur associé doit pousser ce dernier à considérer pleinement le critère du contrôle de la gestion dans le choix de la forme sociale. Les minoritaires subissent au sein des sociétés la loi de la majorité. N'ayant pas le poids suffisant pour infléchir sur les décisions collectives ou pour être représenté aux organes de gestion, le statut de minoritaire exige une attention particulière. De même, pour l'ensemble des associés, il est opportun de s'interroger sur la forme sociale car celle-ci conditionne la physionomie du contrôle de la gestion. Par conséquent, la liberté de choix de la forme sociale est un levier conventionnel permettant aux associés de moduler le contrôle de la gestion.

---

<sup>141</sup> Sur la liberté de choix de la forme sociale : Sociétés commerciales, Mémento pratique, F. Lefebvre, 2014, p. 88 ; F. Pasqualini, *Le choix de la forme sociale*, Etudes de droit privé offertes à Paul Didier, 2008, p. 363 ; P. Didier et Ph. Didier, *Les sociétés commerciales*, T. 2, *Droit commercial*, Economica, 2011, p. 99.

<sup>142</sup> La liberté de choix peut être circonscrite. C'est le cas notamment, lorsque l'objet social de la société dicte la forme sociale ou restreint le choix de celle-ci. Une autre limitation réside dans l'hypothèse d'une modification de la forme sociale par les juges.

<sup>143</sup> Y. Guyon, op. cit., 153. Voir aussi sur le sujet : J. Mestre, D. Velardocchio et A-S. Mestre-Chami, *Lamy Sociétés Commerciales*, 2014, n°62,

**229. Liberté de choix et organisation de la direction** - Une fois, la forme sociale déterminée, la liberté des associés se manifeste au niveau de l'organisation de la société. Toutes les formes sociales de manière plus ou moins restreinte offrent aux associés la liberté d'organiser la direction. Les organes dirigeants pourront être plus ou moins aménagés. Pour les sociétés à responsabilité limitée, les associés peuvent décider d'une gérance collective ou d'un gérant unique, ce qui est aussi valable pour la société en nom collectif. Pour la société en commandite tous les commandités sont gérants sauf stipulations statutaires contraires. Quant aux sociétés anonymes, la liberté des associés réside dans la forme choisie de direction de la société suivant des modèles légaux, une société avec conseil d'administration ou une société anonyme à directoire et conseil de surveillance. Là encore, le choix de l'organisation des organes dirigeants est un élément important du point de vue du contrôle de la gestion.

**230.** Pour les sociétés dans lesquelles l'organe de gestion est un gérant, les associés disposent de l'opportunité d'instaurer une gérance collective. La collégialité induite par cette modalité de gérance peut être un facteur d'amélioration du contrôle de la gestion. Les décisions collégiales exigent un dialogue et une concertation préalable entre les différents gérants. De plus, la gérance collective impose une obligation de surveillance mutuelle<sup>144</sup> entre les différents gérants. Ces divers éléments militent en faveur de la mise en œuvre de la liberté conventionnelle offerte aux associés.

**231.** Dans l'hypothèse où l'assemblée des associés prend le parti d'une gérance collective, il revient aux statuts de déterminer la répartition des tâches entre les différents gérants et de définir les modalités de prise de décisions sachant qu'il est important de noter que ces règles statutaires ne seront pas opposables aux tiers.

**232.** Pour les sociétés anonymes, le choix de l'organisation des organes de gestion constitue un élément qui peut influencer l'intensité du contrôle de la gestion. Suivant la forme adoptée, société anonyme à conseil d'administration ou société anonyme à directoire et conseil de surveillance, le contrôle n'a pas la même vigueur dans les faits.

**233.** La société à directoire est pour certains<sup>145</sup>, un modèle de gouvernance d'entreprise. « *Le système de gouvernance dualiste prévu aux articles L. 225-57 à L. 225-93 du Code de*

---

<sup>144</sup> Dans l'hypothèse d'une gérance collective, un droit de veto permet à chacun des gérants de s'opposer à toutes opérations non encore conclues (Art. L. 221-4 al. 2 du C.Com. et Art. L. 223-18 al.4 du C.Com. sur renvoi). De plus, une obligation de co-surveillance pèse sur chacun des gérants. En ce sens : CA Paris, 16 nov. 1988, Trillaud c/ Horel, BJS, 1989, n°2, p. 189, note P. Le Cannu.

<sup>145</sup> C. Malecki, *Éclairage* - « *Structure de gouvernance de l'entreprise : critères de décisions* » *Les 16 bonnes pratiques de l'IFA*, BJS 2013, n°4, p. 242. Voir aussi sur le sujet : Y. Chaput, CREDA, coll. *La société à directoire, forme d'élection de la*

*commerce instaure une mécanique juridique garantissant de véritables « contre-pouvoirs »<sup>146</sup>*. Cependant, bien qu'en théorie, la société à directoire représente l'organisation idéale selon les principes du gouvernement d'entreprise, il n'en demeure pas moins qu'en pratique, cette structure du pouvoir est délaissée, à l'exception de sociétés cotées, en raison « *d'éventuels défauts d'équilibre entre le directoire et le conseil de surveillance, aux rigidités de fonctionnement de chacun de ces organes et de l'ensemble*<sup>147</sup> ».

**234.** Enfin, c'est dans la société par action simplifiée que la liberté d'organisation est la plus importante. L'une de ses caractéristiques principales est la liberté de ses associés fondateurs de pouvoir définir librement le mode de direction. La loi laisse aux associés une totale liberté pour fixer dans les statuts la composition de l'organe de direction de la société par actions simplifiée. En effet, le renvoi opéré par l'article L. 227-1 alinéa 3 du code de commerce au régime de la société anonyme exclut expressément du régime des sociétés par action simplifiée, les dispositions relatives à la direction, à l'administration et aux assemblées d'actionnaires de la société anonyme. Néanmoins, le législateur pose une limite à cette liberté, en imposant la nomination d'un président chargé de représenter la société auprès des tiers. A cette exception près, les associés peuvent définir dans les statuts les modalités d'exercice du pouvoir de direction.

**235.** Cet organe peut prendre la forme d'un dirigeant unique ou bien d'un organe collégial composé du président siégeant avec d'autres dirigeants. Dans ce dernier cas, les statuts doivent définir avec soin la répartition des pouvoirs et des tâches assignées respectivement à chacun des membres de l'organe collégial. Il est important de relever, que la loi opère une distinction entre la représentation de la société à l'égard des tiers, qui est à la charge du président, et la direction de la société, qui est quant à elle, à la charge de l'organe désigné par les associés. Du fait qu'il n'existe aucun système légal pré-organisé, les associés doivent réfléchir à l'organisation de la direction. Ils sont libres de définir une organisation en adéquation avec les exigences du contrôle de la gestion, tant au niveau des organes, qu'au niveau de la composition de ces derniers. Selon la conception des associés, il faudra déterminer si le pouvoir de gestion et le pouvoir de contrôle et de surveillance doivent être réunis entre les mains d'une seule personne, ou bien si la direction doit dissocier ces deux fonctions. La pratique démontre une tendance des rédacteurs de statuts de société par action

---

*gouvernance*, 2006 ; CREDA, J. Boucourechliev, H. Serbat, A. Levi, M. Bouyssi et D. Baschet, *La pratique de la société à directoire*, Litec, 1980, p. 207.

<sup>146</sup>C. Malecki, op. cit., p. 242.

<sup>147</sup> P. Le Cannu et B. Dndero, *Droit des sociétés*, Montchrestion, Lextenso éd., 2013, p. 536.



simplifiée à se diriger vers des structures connues. On retrouve classiquement, des sociétés par action simplifiée avec un unique dirigeant qui sera le président, assimilable à un gérant, ou un dirigeant assumant la gestion et un conseil, assimilable à une société anonyme avec conseil d'administration, ou encore, une société par action simplifiée avec un dirigeant et un conseil chargé du contrôle de la gestion, assimilable dans ce dernier cas, à une société anonyme avec directoire et conseil de surveillance.

**236.** D'autres font le choix d'organisations tout à fait originales, avec notamment une séparation sectorielle des pouvoirs, par des comités spécialisés. Cependant, s'inspirer de structures et d'organisations existantes, présente certains avantages. Cela permet notamment de poser dans l'esprit des dirigeants, une répartition claire des fonctions et des responsabilités. De plus, la liberté statutaire permet d'aller plus loin dans l'organisation pour contrôler au mieux la gestion. Compte tenu, des bénéfices de la séparation des pouvoirs au sein des sociétés quant au contrôle de la gestion, il paraît opportun, pour les associés de se diriger vers une organisation séparant le pouvoir de gestion et de contrôle afin d'optimiser au mieux à la fois la maîtrise de la gestion, grâce aux compétences professionnelles de l'organe en place et la surveillance de la gestion par un autre organe.

**237.** Ainsi la liberté de choix des associés relativement à l'organisation sociale détient son importance vis-à-vis du contrôle de la gestion. La mise en œuvre de cette liberté permet de jeter les bases du contrôle de la gestion. Au-delà de l'organisation, le législateur réserve également aux associés un espace de liberté conventionnel relativement au fonctionnement de la société.

## **2- La liberté des associés dans le fonctionnement social**

**238.** Le droit des sociétés laisse une prééminence à la liberté conventionnelle pour organiser les rapports internes entre les associés et les dirigeants. De plus, le renforcement des pouvoirs de contrôle au bénéfice de certains associés passe aussi par un aménagement des rapports entre associés.

**239. L'aménagement des rapports entre associés et dirigeants** - Les organes de gestion disposent d'une compétence légale pour agir en toutes circonstances au nom de la société. Ils sont seuls compétents pour prendre des décisions de gestion courante. Cependant, pour renforcer le contrôle de la gestion, les associés disposent dans certaines limites<sup>148</sup>, de la liberté

---

<sup>148</sup> V. infra p. 86.

d'aménager leur pouvoir. C'est le principe de la liberté contractuelle qui conduit à autoriser l'aménagement des pouvoirs des dirigeants. S'agissant de rapports internes, sans conséquences sur la protection des tiers, la liberté détient une place importante.

**240.** Dans certaines hypothèses la loi reconnaît expressément cette liberté. On peut citer pour exemple, l'article L. 221-4 du code de commerce relatif aux sociétés en nom collectif qui énonce que « *dans les rapports entre associés, et en l'absence de la détermination de ses pouvoirs par les statuts, le gérant peut faire tous actes de gestion dans l'intérêt de la société* ». De même l'article L. 223-18 du code de commerce reconnaît pour les sociétés à responsabilité limitée, que « *dans les rapports entre associés, les pouvoirs des gérants sont déterminés par les statuts, et dans le silence de ceux-ci* ». Enfin, l'article L 227-6 du code de commerce dispose en ce qui concerne les sociétés par action simplifiée que « *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 délégué, peuvent exercer les pouvoirs confiés à ce dernier par le présent article* ».

**241.** Outre l'aménagement des rapports entre associés et dirigeants, l'aménagement des rapports entre associés peut être un levier permettant à certains d'entre eux d'accroître leur contrôle sur la gestion sociale.

**242. L'aménagement des rapports entre associés** - « *Les choix de la collectivité peuvent être complétés par des choix individuels* ». La faculté est reconnue à l'associé de « *modeler individuellement son statut* ». En effet, les associés ont la possibilité de compléter les droits qu'ils détiennent en vertu de la loi, ce qui leur confère le droit d'aménager et/ou de renforcer leurs droits. Du point de vue du contrôle de la gestion, la mise en œuvre de cette faculté permet d'intensifier conventionnellement le droit de regard des associés sur la gestion.

**243.** En pratique, cette opportunité est largement utilisée par les investisseurs en position minoritaire. Ces derniers cherchent à protéger leurs investissements en surveillant de plus près la gestion sociale. N'ayant pas le poids nécessaire pour imposer leur point de vue en cours de vie sociale puisqu'ils subissent la loi de la majorité, c'est au moment de la constitution de la société ou à l'occasion d'une augmentation de capital, que ces investisseurs minoritaires vont négocier des obligations supplémentaires ou renforcées celles à la charge des dirigeants et/ou des associés majoritaires.

**244.** « *Aujourd'hui, des pactes extra-statutaires ou des clauses statutaires permettent souvent au minoritaire d'accroître ses pouvoirs ou ses possibilités d'expression. Ainsi, les minoritaires pourront disposer de prérogatives exceptionnelles comme des droits de vote doubles ou des droits de veto sur certaines décisions qui empêcheront le majoritaire d'imposer sa volonté*<sup>149</sup> ».

**245.** *Quel est alors l'intérêt pour les majoritaires de consentir aux minoritaires des privilèges de contrôle ?* Ce sont les besoins en financement des sociétés qui poussent les premiers à consentir des privilèges de contrôle aux seconds. La crise économique conjuguée avec un accès de plus en plus difficile au crédit justifie le besoin pour les sociétés d'investisseurs en fonds propres. Ainsi il est opportun pour les minoritaires de négocier notamment des conventions renforçant leur surveillance sur la gestion sociale.

**246.** Cette pratique est aisée au sein des sociétés par action simplifiée car la liberté d'organisation dans ces structures « *permet aux minoritaires de faire inscrire dans les statuts des droits les protégeant mieux que dans une société anonyme, soumise en tout état de cause à la domination de la majorité*<sup>150</sup> ».

**247.** Cette démarche est opportune dans la mesure où les minoritaires exercent une véritable fonction de contrôle dans le déroulement de la vie sociale. Si le législateur assure une protection de la minorité<sup>151</sup> au sein des sociétés cotées, dans les structures non cotées et qui plus est de plus petites tailles, les « *minoritaires sont sacrifiés par le législateur*<sup>152</sup> ». D'où l'importance de renforcer la protection légale par des dispositions conventionnelles. Cependant, la liberté contractuelle même utilisée au service d'un renforcement du contrôle de la gestion doit connaître certaines limites. Si le législateur laisse libre cours à la liberté contractuelle au travers de dispositions permissives, il existe néanmoins des limites à cette permissivité.

## **B-Les limites à l'aménagement du contrôle de la gestion**

**248.** Le postulat de départ concernant la liberté contractuelle est que tout ce qui n'est pas interdit est permis<sup>153</sup>. Ainsi l'étendue de la liberté des associés à aménager le contrôle de

---

<sup>149</sup> J-B. Drummen, A. Omaggio et S. Schiller, *Les conflits entre associés*, Cah. dr. entr. 2010, entre. 5.

<sup>150</sup> M. Germain et P-L. Périn, *Sociétés par actions simplifiées*, J.-Cl « Sociétés Traité », Fasc. 155-20, 2016.

<sup>151</sup> Etudes sur la protection des minoritaires : J-P. Sortais, *Protection des minoritaires*, Rép. Sociétés Dalloz ; R. David, *La protection des minoritaires dans les sociétés par actions*, Sirey, 1929 ; D. Schmidt, *Les droits de la minorité dans la société anonyme*, Sirey, 1979.

<sup>152</sup> S. Schiller et F. Patrizio, *Les minoritaires sacrifiés dans les entreprises de taille intermédiaire*, D. 2013, p. 2862.

<sup>153</sup> Cass. com. 3 juin 1986, D. 1987, p. 95, note J-J. Daigre ; RTD civ. 1996, p. 151, note J. Mestre.

la gestion dépend de ce qui est interdit de stipuler. L'ordre public constitue donc la première limite à la liberté des associés en la matière (a). Toutefois au-delà de l'ordre public, les dispositions visant à renforcer le contrôle de la gestion ne doivent en aucun cas contrevenir à l'intérêt de la société (b).

### **a-L'ordre public**

**249.** L'ordre public sociétaire se compose de dispositions légales (1) auxquelles s'ajoute des principes généraux édictés par le juge (2). C'est donc cet ensemble de règles qui conditionne la validité des stipulations permettant de renforcer le contrôle de la gestion des dirigeants.

#### **1-L'ordre public légal**

**250.** La liberté conventionnelle des associés ne peut être sans limite. C'est d'ailleurs reconnaître cette liberté que de lui poser des limites « *Dès lors la promotion et la sauvegarde de la liberté contractuelle nécessite d'en fixer des limites*<sup>154</sup>. ». A cette fin, l'article 6 du code civil énonce d'ailleurs qu'il est « *impossible de déroger par des conventions particulières aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs* ». La première limite à la liberté contractuelle doit être recherchée dans le concept d'ordre public.

**251.** Pour appréhender ce concept, il est important de se diriger vers sa définition. L'ordre public se définit comme l'ensemble des règles qui sont déterminées comme obligatoires. Ce concept a été érigé pour protéger l'intérêt général<sup>155</sup>. Pour Planiol, « *une disposition est d'ordre public toutes les fois qu'elle est inspirée par des considérations d'intérêt général qui se trouvent compromises si les particuliers étaient libres d'empêcher l'application de la loi* ». Si cette définition semble claire, la détermination de la notion n'est pas si aisée. Il est délicat de distinguer clairement les règles obligatoires en tant que telles.

**252.** Pour certaines règles, aucun doute n'apparaît quant à leur appartenance à l'ordre public. C'est le cas lorsque le législateur affirme lui-même le caractère d'ordre public d'une règle. Pour d'autres, l'intention du législateur est plus difficile à appréhender. Enfin pour certaines, c'est le juge qui appose le caractère d'ordre public à une disposition légale.

**253.** Une fois ces considérations d'ordre général exposées, il s'agit de revenir au droit des sociétés et de s'interroger sur le rôle de l'ordre public dans ce domaine. Ce dernier tient une

---

<sup>154</sup> S. Schiller, op.cit., p.19.

<sup>155</sup> Concept permettant d'assurer la défense d'un intérêt supérieur à l'intérêt particulier de chaque partie.

place importante en droit des sociétés. Depuis plusieurs années, la tendance est à « l'hypertrophie » des règles d'ordre public. En effet, soucieux de protéger les intérêts en présence depuis la loi de 1966, le législateur n'a eu de cesse de renforcer le socle de règles sur lesquelles les associés ne peuvent avoir d'influence. A côté des dispositions impératives du droit des sociétés viennent s'ajouter celles issues du droit des obligations, ainsi que la réglementation spécifique aux sociétés dont les titres sont inscrits sur un marché réglementé. Deux raisons expliquent ce positionnement.

**254.** La première, est une volonté d'assurer la *protection des tiers*. Lorsqu'ils contractent avec une société, ils doivent nécessairement connaître les garanties que leur offre la forme sociale et les pouvoirs des divers organes sociaux.

**255.** La seconde est quant à elle une volonté d'assurer la *protection des associés*. C'est d'ailleurs ce pan de l'ordre public qui retient l'attention dans les rapports internes. Le rapport de force est souvent déséquilibré entre les associés d'un côté et les dirigeants et fondateurs de l'autre. Cette affirmation se vérifie principalement au sein des sociétés anonymes. Le besoin de protection des actionnaires a poussé le législateur à garantir par des dispositions d'ordre public une protection *a minima* des associés. Cela se traduit notamment par des dispositions relatives à l'information ainsi que par l'existence de droits attachés au statut d'associé<sup>156</sup>. Cependant, il est important de rappeler que ces deux impératifs ne s'imposent pas de la même façon suivant la forme sociale considérée, ce qui permet d'affirmer que l'ordre public sociétaire est une limite à géométrie variable. Les sociétés de personnes subissent moins l'impact de l'ordre public dans l'aménagement des rapports internes<sup>157</sup> que les sociétés anonymes et les sociétés à responsabilité limitée. Dès lors, selon l'intensité des règles légales, les associés vont pouvoir perfectionner le socle de garantie qui leur est offert et ainsi renforcer le contrôle de la gestion des dirigeants.

**256.** Lors de la rédaction des conventions, les associés doivent vérifier suivant l'objet de la clause, que celle-ci ne heurte pas une disposition d'ordre public. Cette démarche est aisée pour les dispositions qualifiées expressément d'ordre public. Pour les autres, les associés devront naviguer entre les dispositions impératives et les dispositions supplétives.

**257.** Le champ ouvert à la liberté contractuelle n'est donc pas le même suivant les règles légales. Certaines règles légales suppriment toute liberté de compléter le statut légal, la loi

---

<sup>156</sup> Une disposition statutaire ne peut avoir pour effet de priver l'associé de son droit de vote. Voir notamment : JCP. 1999, n° 39, II 10168, note G. Blanc.

<sup>157</sup> V. supra p. 80 et s.

répute alors non écrites des clauses qui contreviennent « avec le droit commun des sociétés ou avec le statut de telle forme sociale particulière<sup>158</sup> ». C'est le cas par exemple des clauses léonines<sup>159</sup>.

**258.** D'autres dispositions légales confèrent en revanche expressément aux associés une liberté pour aménager les dispositions légales. Le législateur reconnaît expressément dans de nombreux cas la liberté d'aménager par les statuts les dispositions légales et ce notamment lorsqu'il s'agit de renforcer le contrôle exercé sur la gestion des dirigeants sociaux. Le législateur utilise à cette fin des règles supplétives. Les situations sont diverses et la liberté d'importance variable. Néanmoins, même lorsque l'ordre public est particulièrement développé, il existe toujours des joints de dilatation qui laissent une marge de manœuvre aux associés<sup>160</sup>.

**259.** Enfin, une dernière hypothèse à étudier, celle du silence de la loi. Dans ce cas de figure, le droit permet de laisser libre cours à l'imagination des praticiens afin de renforcer le contrôle de la gestion. Ces aménagements sont en principes valables. « *Toutefois ils ne doivent pas contrevir aux principes fondamentaux du droit des sociétés et aux droits des tiers* <sup>161</sup> ». Cette hypothèse relève l'importance des principes généraux qui viennent au gré des décisions de jurisprudence élargir le champ d'application de l'ordre public. Il convient de consulter la jurisprudence pour s'assurer de la validité de ces conventions.

## **2-Un ordre public légal complété par les juges**

**260.** Les juges se sont autorisés à fixer à côté du législateur, des limites à la liberté contractuelle. Ils renforcent l'ordre public légal selon deux procédés. Ils confèrent d'une part le caractère de règles obligatoires à certaines règles de fonctionnement des sociétés ( $\alpha$ ). D'autre part, les juges érigent certains principes au rang de principes d'ordre public : ce sont les principes généraux du droit ( $\beta$ ). Ainsi complété, l'ordre public limite les stipulations des associés en matière de contrôle de la gestion.

---

<sup>158</sup> Y. Guyon, op. cit., p. 153.

<sup>159</sup> La clause léonine est une stipulation attribuant à un associé la totalité du profit procuré par la société ou encore celle excluant totalement un associé du profit. Sur ces clauses, voir Le Nabasque et H. Barbier, *Les clauses léonines*, Dr. sociétés, Actes pratiques, 1996, n° 29.

<sup>160</sup> M-C. Monsallier, *L'aménagement contractuel du fonctionnement de la société anonyme*, LGDJ, 1998.

<sup>161</sup> M-C. Monsallier, *ibid.*

### **α-Le caractère d'ordre public octroyé à des règles légales par le juge**

**261.** Certaines règles légales relatives au fonctionnement des sociétés ont été affirmées comme impératives par la jurisprudence. La liberté conventionnelle est limitée par ces nouveaux impératifs. Les associés ne peuvent donc pas modifier certaines règles de fonctionnement de la société dans l'optique d'accroître leur contrôle sur les dirigeants. Parmi ces règles qualifiées par les juges d'ordre public, il est possible de citer les textes légaux relatifs à la répartition des pouvoirs au sein de la société anonyme. On retrouve également les dispositions relatives à certaines règles de majorité. De même, les juges ont conféré aux règles relatives à la révocation des dirigeants le caractère d'ordre public. En sus, la jurisprudence vient compléter l'ordre public par des principes généraux qui limitent corrélativement la liberté contractuelle des associés.

### **β-Des principes érigés au rang d'ordre public par le juge**

**262.** La jurisprudence a mis en lumière un certain nombre de principes généraux venant brider la liberté contractuelle des associés. Ces principes sont notamment utiles pour préserver l'équilibre dans les rapports sociaux surtout lorsque le législateur reste silencieux. Parmi ces principes il est intéressant de s'appesantir sur : le principe d'égalité et le principe de séparation des pouvoirs et de hiérarchie.

**263. Le principe d'égalité entre associés**<sup>162</sup>- Le principe d'égalité impose de respecter une proportionnalité entre la quotité du capital détenu et l'étendue des droits attribués. « *L'égalité entre associés constituait historiquement l'un des caractères essentiels du contrat de société* <sup>163</sup> ». Les travaux préparatoires du code civil<sup>164</sup> relevaient que le principe d'égalité constituait une des caractéristiques du contrat de société. Il impose que tous les associés collaborent en prenant soin de respecter une certaine égalité. Sa finalité est de protéger l'associé contre les effets tyranniques de la loi de la majorité et ses tentations discriminatoires.

**264.** On peut se demander si le principe d'égalité est un principe impératif exigeant son strict respect par les associés. Pour le Professeur Guyon<sup>165</sup>, la réponse est difficile dans la mesure où si d'un côté ce principe constitue l'un des fondements du droit des sociétés, d'un autre, la rupture d'égalité peut se justifier. La portée du principe a été ainsi restreinte au cours des

---

<sup>162</sup> Sur le sujet : J. Mestre, *L'égalité en droit des sociétés (aspects de droit privé)*, Rev. soc. 1989, p. 399 ; Meunveither-Perrin, *Permanence et renouvellement du principe d'égalité entre les actionnaires dans les sociétés anonymes*, th., Aix-Marseille, 1994 ; J.-M. Moulin, *Le principe d'égalité dans la société anonyme*, th., Paris V, 1999.

<sup>163</sup> S. Schiller, *L'égalité en droit des sociétés*, in *L'égalité*, Dalloz, Archives de philosophie du droit, 2008, p. 120.

<sup>164</sup> Travaux préparatoires du Code civil, Fenet, Tome XX, p. 390.

<sup>165</sup> Y. Guyon, op. cit., p.123.

derniers siècles. Il est donc intéressant de s'interroger sur la portée actuelle du principe comme limite à la liberté contractuelle des associés.

**265.** Aujourd'hui il est admis que des dispositions contractuelles puissent compléter de diverses manières les droits reconnus par la loi aux associés. L'égalité « *ne doit pas s'entendre de manière absolue, car tous les associés n'étant pas dans une situation égale, les statuts peuvent tirer les conséquences de ces différences objectives en leur donnant des droits inégaux, ce qui rétablit l'équilibre fondamental*<sup>166</sup> ». A ce jour, l'égalité doit donc s'apprécier *in concreto*. En d'autres termes, l'égalité est requise entre les associés d'une même catégorie. Dès lors le principe d'égalité interdit de prévoir par des conventions des droits politiques et/ou pécuniaires différents entre des associés d'une même catégories. Il est donc interdit de prévoir des pouvoirs de contrôle différents dans cette dernière hypothèse mais ce principe s'efface entre des associés de catégories différentes. En revanche, le principe d'égalité se manifeste toujours pleinement lorsqu' il s'agit d'assurer aux associés un droit à l'information. L'information doit être délivrée à tous les associés pour qu'ils puissent exercer leur contrôle sur la gestion sociale.

**266.** Si l'impérativité du principe d'égalité s'est réduite au fil des décennies, il n'en reste pas moins qu'il demeure une limite à la liberté contractuelle. *In fine*, replacé au niveau du contrôle de la gestion, les associés ne pourront stipuler conventionnellement des droits privilégiés de contrôle qu'au bénéfice de l'ensemble des associés ou au bénéfice d'une catégorie seulement d'actionnaires. Il sera interdit d'augmenter le droit de regard sur la gestion au profit d'un seul associé.

**267. Le principe de séparation des pouvoirs et de hiérarchie entre les organes sociaux -** Ce sont « *des principes d'organisation qui ont été esquissés à propos de la société anonyme dans le cadre de la théorie de l'institution, par l'arrêt Motte*<sup>167</sup> ». Ils visent tous deux à commander les rapports interorganiques. Certaines conventions ont tendance à venir porter atteinte à ces principes surtout au sein des sociétés anonymes en modifiant la répartition des pouvoirs sociaux. Or la jurisprudence, est venue poser un frein à ces pratiques énonçant « *qu'un organe de cette société ne saurait empiéter sur les prérogatives dévolues à un*

---

<sup>166</sup> S. Schiller, art. cit., p. 169.

<sup>167</sup> P. Le Cannu et B. Dondero, op. cit., p. 281.



*autre*<sup>168</sup> ». Il ressort de cet énoncé un double principe largement inspiré de la théorie institutionnelle.

**268.** Il existe au sein de la société anonyme une répartition légale des pouvoirs qui révèle une hiérarchie entre les organes sociaux. Chaque organe dispose de pouvoirs propres qui ne peuvent être transférés à un autre organe. Cette répartition ne peut subir de modifications, c'est donc un principe de séparation et de spécialisation des organes qui vient compléter le principe de hiérarchie.

**269.** Néanmoins, si l'usage de la liberté contractuelle ne peut heurter le principe de la répartition légale des pouvoirs, des aménagements sont en revanche autorisés, à condition toutefois, de ne pas vider de leur substance les pouvoirs légaux des organes sociaux. Cette limite à la liberté contractuelle a été instaurée par les juges dans un arrêt ancien du 11 juin 1965<sup>169</sup> et conditionne encore aujourd'hui la licéité des aménagements conventionnels. « *La société anonyme, en effet, est une société dont les organes sont hiérarchisés et il n'appartient pas à l'assemblée d'empiéter, par l'effet d'une clause des statuts, sur les prérogatives de ces organes*<sup>170</sup> ». Dès lors, les associés doivent prendre garde à stipuler des clauses qui ne viendront pas restreindre ou vider de leur contenu les pouvoirs des autres organes sociaux, notamment le pouvoir de gestion du dirigeant, au risque de voir retenir à leur égard la qualification de dirigeant de fait. En conséquence de quoi, cela fait courir aux associés le risque d'une action en responsabilité lorsque la société est en redressement judiciaire. Une immixtion trop importante des associés dans la gestion ou son contrôle par le jeu de clauses aménageant la répartition des pouvoirs peut être lourde de conséquences.

**270.** L'ordre public et les principes généraux du droit ne sont pas les seules limites à la liberté contractuelle des associés. « *Le respect de l'intérêt social apparaît également comme une condition de validité des conventions conclues entre associés ou actionnaires, qu'il s'agisse des statuts, de pactes extra statutaires*<sup>171</sup> ».

---

<sup>168</sup> Arrêt Motte, Cass. Civ., 4 juin 1946, S. 1947, 1, p. 153, note P. Barbry ; JCP 1947, II, 3518, note D. Bastian ; Gaz. Pal. 1946, p. 136.

<sup>169</sup> Cass. com., 11 juin 1965, Bull. civ. 1965, III, n° 361, D. 1965, jurispr. p. 782.

<sup>170</sup> Arrêt Motte, Cass. Civ., 4 juin 1946, S. 1947, 1, p. 153, note P. Barbry ; JCP 1947, II, 3518, note D. Bastian ; Gaz. Pal. 1946, p. 136.

<sup>171</sup> P. Bissara, *L'intérêt social*, Rev. soc.1999, p. 5.

## **b-L'intérêt social**

**271.** « *Les limites de l'ordre public sont floues. Ses objectifs (...) l'obligent à recourir à des notions imprécises comme l'intérêt social*<sup>172</sup> ». L'intérêt social est un standard juridique qui n'a reçu aucune définition légale de la part du législateur. Ce silence volontaire permet au juge « *de prendre en compte tantôt l'intérêt des associés, tantôt l'intérêt de la société, tantôt l'intérêt de l'entreprise*<sup>173</sup> » et ainsi de s'adapter à la diversité des situations. Pour l'heure, le but est de démontrer que l'intérêt social constitue une limite à la liberté contractuelle et plus particulièrement à la liberté d'aménager le contrôle de la gestion.

**272.** Souvent rappelé par les juges au sujet de diverses clauses statutaires ou extrastatutaires, un principe prévaut : les conventions doivent respecter l'intérêt social. Pour reprendre l'expression du Professeur Guyon, « *l'intérêt social est une limite générale de la validité des conventions portant sur les droits et les obligations des associés*<sup>174</sup> ». S'agissant des dispositions statutaires, c'est dans la notion de cause que doit être recherchée la justification de cette limite à la liberté contractuelle. En effet, la thèse avancée par le Professeur Guyon affirme que les conventions doivent respecter l'intérêt social, à défaut elles seraient dépourvues de cause. Cette même justification doit être appliquée aux dispositions extrastatutaires, qui sont « *l'accessoire ou le complément des statuts, ce qui explique qu'ils doivent être en relation, au moins indirecte, avec l'intérêt et l'activité de la société*<sup>175</sup> ».

**273.** Dès lors, les conventions élaborées par les associés doivent nécessairement permettre à la société « *de réaliser davantage de bénéfices ou d'économies car c'est là l'objectif final de ces personnes morales*<sup>176</sup> ». Sans nécessairement procurer un avantage à la société, la convention ne doit pas être préjudiciable à la société. Cela revient à appréhender l'intérêt social comme l'intérêt de la société.

**274.** Pour illustrer ces propos, il est possible de se référer à la jurisprudence relative aux conventions de vote. Les juges posent le principe selon lequel, les conventions de vote sont valables si elles respectent une série de conditions parmi lesquelles figure la conformité à l'intérêt social. En effet, ils énoncent que « *ces conventions doivent être conformes à l'intérêt*

---

<sup>172</sup>Y. Guyon, op. cit., p. 291.

<sup>173</sup> G. Goffaux-Callebaut, *La définition de l'intérêt social, Retour sur la notion après les évolutions législatives récentes*, RTD. com. 2004, p. 35.

<sup>174</sup> Y. Guyon, op. cit., p. 327.

<sup>175</sup> Y. Guyon, op.cit., p. 327.

<sup>176</sup> Y. Guyon, op. cit., p. 157.

*de la société ou du groupe*<sup>177</sup> ». Dans le cas contraire, les conventions seront jugées comme nulles dans la mesure où elles empêchent les actionnaires de déterminer librement les choix qui s'imposent. « *Tel est par exemple le cas de la convention prévoyant la dévolution de la présidence du conseil d'administration d'une société anonyme à des personnes déterminées car les membres de ce conseil ne peuvent pas, à tout moment, se faire en conscience, une opinion de l'intérêt social et l'exprimer par un vote libre* <sup>178</sup> ». De même, une convention de vote passée entre le dirigeant et les actionnaires pour éviter la révocation du premier n'est pas valable car contraire à l'intérêt social en empêchant les actionnaires de décider librement la révocation du dirigeant. Il est également possible de citer les conventions venant aliéner les droits essentiels de l'associé tel que les clauses d'inaliénabilité qui ne sont licites qu'à condition d'être « *fondées sur un intérêt légitime, confondu avec ou apprécié l'aune de l'intérêt social et, limitées dans le temps* <sup>179</sup> ».

**275.** A côté de la jurisprudence, le législateur impose lui-même à ce que certaines clauses respectent l'intérêt social, notamment à l'article L. 233-3 I du code de commerce relatif à la notion de contrôle, qui énonce que « *lorsqu'elle dispose seule de la majorité des droits de vote dans cette société en vertu d'un accord conclu avec d'autres associés ou actionnaires et qui n'est pas contraire à l'intérêt de la société* ».

**276.** De plus, une acception différente de l'intérêt social vient élargir le champ de cette limite à la liberté contractuelle. Les juges font aussi référence à l'intérêt des associés pour invalider certaines conventions. Cette orientation a été retenue par la jurisprudence lorsqu'il s'agit d'assurer la protection des associés. Elle découle directement des principes de gouvernement d'entreprise. Pour une partie de la doctrine<sup>180</sup>, l'intérêt social se définit comme « *l'intérêt commun des associés et qui s'oppose à ce que certains s'avantagent en délaissement des autres* <sup>181</sup> ». Elle s'appuie notamment sur l'article 1833 du code civil qui énonce que la société est constituée dans l'intérêt commun des associés. Cette notion permet de sanctionner la rupture d'égalité entre les associés. Le juge impose de respecter la pluralité des intérêts au sein de la société et de ne pas privilégier les intérêts des seuls majoritaires. Ces différents exemples démontrent que l'intérêt social est une condition de validité des conventions statutaires et extra-statutaires. Dès lors, l'intérêt social s'inscrit comme une limite

---

<sup>177</sup> CA Paris 17 déc. 1954, Rev. soc. 1974, p. 685, note Oppetit ; RTD com. 1975, p. 130, note Houin. Dans le même sens, voir : A. Viandier, *Observations sur les conventions de vote*, JCP 1986, I, n° 3253.

<sup>178</sup> D. Poracchia, *Le rôle de l'intérêt social dans la société par actions simplifiée*, Rev. soc. 2000, p. 223.

<sup>179</sup> D. Poracchia, *ibid.* n° 9.

<sup>180</sup> D. Schmidt, *Les droits de la minorité dans les sociétés anonymes*, Sirey, 1970, n° 200 et s.

<sup>181</sup> D. Schmidt, *De l'intérêt social*, JCP E. 1995, 488, n°4.

à la liberté contractuelle des associés. Les associés ne pourront donc aménager le contrôle de manière à l'amplifier ou à le minorer que dans la mesure où les stipulations ne contreviennent pas à l'intérêt de la société.

**277.** Ainsi, le respect de l'ensemble de ces limites est indispensable à la validité de toutes clauses et notamment celles dont l'objet est de renforcer le contrôle exercé sur les dirigeants. Il est donc indispensable d'avoir connaissance de ces limites pour ne pas risquer la mise en cause ultérieure de leur validité. Une dernière considération d'ordre général s'impose pour renseigner au mieux les associés. Il s'agit de l'exposé des supports recueillant les clauses contractuelles.

## **§2-L'exposé des différents supports**

**278.** La liberté contractuelle se matérialise par différents supports. Deux sont principalement retenus en pratique. Il s'agit des statuts (A) et des pactes d'actionnaires (B). Ce sont deux instruments de choix pour renforcer conventionnellement le contrôle de la gestion au sein des sociétés commerciales. Pour autant, tous deux ne sont pas dotés de la même efficacité.

### **A-Les conventions sous forme de clause statutaire**

**279.** Les statuts « *désignent l'acte qui matérialise le contrat de société et qui en précise les caractéristiques ainsi que les règles de fonctionnement*<sup>182</sup> ». Les statuts formalisent la volonté des associés fondateurs de la société et « *fixent la loi fondamentale de la société*<sup>183</sup> ». Les statuts devront prendre la forme d'un écrit qui sera signé par l'ensemble des associés. Cet acte matérialise leurs droits et leurs obligations, ce qui explique notamment que la modification des statuts devra nécessairement suivre une procédure stricte. La liberté contractuelle des associés permet à côté des dispositions impératives qui régissent les statuts, d'aménager ces derniers. Si certaines mentions sont obligatoires à l'instar du nom, du lieu du siège social, « *pour l'essentiel, le contenu est soumis à la liberté contractuelle*<sup>184</sup> ». L'insertion de clauses relatives à l'organisation ainsi qu'au fonctionnement de la société dans les statuts est opportune pour plusieurs raisons qui tiennent notamment à la bonne pérennité et à l'efficacité de celles-ci.

---

<sup>182</sup> Mémento Francis Lefebvre, *Sociétés commerciales*, 2014, p. 91.

<sup>183</sup> M. Jeantin, *Droit des sociétés*, Montchrestien, 3ème éd., 1994, n°41, p. 27.

<sup>184</sup> S.Schiller, op. cit., n° 9, p. 8.

**280. Pérennité des clauses-** Le formalisme attaché à l'élaboration des statuts est rigoureux. Selon le principe du parallélisme des formes, la modification des dispositions statutaires impose ce même formalisme auquel sont ajoutées des règles de majorité renforcée. Susceptible de remettre en cause le pacte social initial, la modification des statuts requiert en principe l'unanimité des associés sauf clause contraire en vertu de l'article 1836 du code civil. Néanmoins des conditions de majorité différentes sont prévues suivant les formes sociales considérées. Ainsi pour les sociétés anonymes, l'article L. 225-96 du code de commerce exige une majorité des deux tiers des actionnaires présents. L'article L. 223-30 prévoit pour les sociétés à responsabilité limitée une décision prise à la majorité des associés représentant au moins les trois quarts des parts sociales. Dans les sociétés en nom collectif, l'unanimité est requise sauf clause contraire des statuts. Et enfin pour la société par action simplifiée, il revient logiquement aux statuts de définir les conditions de majorité et de quorum nécessaire à une modification de ceux-ci. A noter, que le législateur prévoit des modalités particulières de majorité pour certaines modifications statutaires<sup>185</sup>.

**281.** A cela s'ajoute, la primauté des statuts sur les autres actes sociaux. Divers documents ponctuent la vie d'une société. L'autonomie de volonté dont disposent les associés leur permet de matérialiser leur volonté au sein d'une pluralité d'actes sociaux. Parmi eux on peut citer le préambule, le règlement intérieur, les statuts et les pactes d'associés. Sans rentrer dans le détail de deux premiers documents, le préambule est considéré comme une annexe des statuts. Il permet d'aiguiller les juges quant à l'interprétation à donner aux statuts. Sa vocation est pour les fondateurs de rappeler « *les raisons pour lesquelles la société a été constituée et les principes généraux d'organisation qui doivent la régir* », tandis que le règlement intérieur a vocation à régler les relations internes de la société. Il doit pour être valable ne contenir aucune disposition contraire aux statuts et à l'ordre public. En effet, il existe un principe de hiérarchie entre les documents sociaux, dans lequel culmine au sommet de la hiérarchie les statuts sociaux. Ainsi les clauses inscrites dans les autres documents sociaux ne devront pas heurter une disposition statutaire. Dans l'hypothèse d'une contrariété, la disposition statutaire prévaut. Cette supériorité des statuts confère à leurs clauses une pérennité incontestable. Un autre facteur explique la faveur accordée aux statuts sociaux comme support de dispositions conventionnelles : l'efficacité des clauses statutaires.

---

<sup>185</sup> Conditions dérogatoires de majorité pour certaines modifications statutaires. Certaines situations requièrent une majorité plus souple (pour exemple : les augmentations de capital avec incorporation de réserves ou de bénéfices), tandis que d'autres requièrent une majorité plus stricte (pour exemple : la décision des associés visant à modifier la forme ou l'objet social).

**282. Efficacité des clauses statutaires-** La force obligatoire des statuts est le premier facteur qui participe à l'efficacité des clauses statutaires. Selon l'article 1165 du code civil, les statuts ont force de loi à l'égard des associés. Cette opposabilité absolue vaut aussi bien pour les associés présents que ceux à venir. En effet, « *Elle s'étend aux associés qui entrent en cours de vie sociale par acquisition de droits sociaux ou par souscription à une augmentation de capital*<sup>186</sup> ». Ces derniers sont réputés avoir accepté l'ensemble des clauses figurant dans les statuts. De plus, la force obligatoire des statuts s'impose aussi aux dirigeants. En tant qu'organe de la société investis d'un mandat social, les dirigeants doivent respecter les dispositions édictées sous peine d'engager leur responsabilité à l'égard de la société et des associés. En revanche, si les statuts sont en principe opposables aux tiers, des exceptions existent<sup>187</sup>.

**283.** Le second facteur relève quant à lui du régime juridique de la violation des statuts. Lorsque que ce sont les dirigeants qui sont à l'origine de la violation des statuts, ces derniers engagent leur responsabilité. La situation est simple. En revanche, lorsque c'est une délibération collective qui viole une disposition statutaire, la situation est plus complexe. La jurisprudence a longtemps hésité sur le principe à retenir dans cette hypothèse. Néanmoins, depuis l'arrêt *Larzul* du 18 mai 2010<sup>188</sup>, une position domine : « *sous réserve des cas dans lesquels il a été fait usage de la faculté, ouverte par une disposition impérative, d'aménager conventionnellement la règle posée par celle-ci, le non-respect des stipulations convenues dans les statuts ou dans le règlement intérieur n'est pas sanctionné par la nullité* ». Dès lors, dans l'ensemble des sociétés commerciales, la nullité peut alors être réclamée pour la violation d'une disposition statutaire qui précise les conditions d'application d'une règle légale. Dans les autres hypothèses, notamment lorsque la stipulation statutaire est de source purement conventionnelle, il faut alors rechercher l'annulation de la délibération sur un autre fondement juridique. On peut alors chercher dans le droit commun les modes d'annulation des conventions. Il peut alors être utile de se placer sur le terrain de la fraude ou sur celui de l'abus de droit. L'arrêt *Larzul* affaiblit quelque peu la force obligatoire des dispositions statutaires relevant du domaine contractuel. Cependant, d'autres sanctions peuvent assurer le respect de dispositions statutaires.

---

<sup>186</sup> A. Lecourt, *Statuts et actes annexes*, Rép. sociétés, Dalloz, 2015, n°38.

<sup>187</sup> Principe d'inopposabilité des statuts aux tiers : lorsque les statuts ne sont pas publiés. De plus, seront inopposables les dispositions statutaires aménageant les pouvoirs des organes sociaux (ex : clause limitative de pouvoirs pour les dirigeants sociaux).

<sup>188</sup> Cass. com. 18 mai 2010, n° 09-14.855, Rev. soc. 2010, p.374, note P. Le Cannu. Cette solution initialement rendue pour les sociétés par actions simplifiées a été étendue aux sociétés civiles ainsi qu'à l'ensemble des formes sociales par un arrêt du 19 mars 2013 (Cass. com. 19 mars 2013, n° 12-15.283, RTD com. 2013, p.530, note M-H. Monsérié-Bon ; Rev. soc. 2014, p. 51, P. Le Cannu).

**284.** Au-delà de la nullité, c'est l'octroi de dommages et intérêts qui semble être privilégié par la jurisprudence. La Cour confirme dans un arrêt du 11 mars 2014, la sanction des dommages et intérêts dans l'hypothèse de la violation d'une clause statutaire de préemption. Au visa des articles 1134 et 1142 du code civil la Cour affirme que « *la violation d'une clause de préemption figurant dans les statuts d'une société à responsabilité limitée n'emporte pas par elle-même nullité de la cession de parts conclue entre deux associés*<sup>189</sup> ». Ainsi la jurisprudence paraît assujettir les clauses statutaires de préemption au régime de droit commun du pacte de préférence. Même si cette jurisprudence a un champ d'application restreint aux sociétés à responsabilité limitée, la doctrine déduit l'application de cette solution dans les autres sociétés commerciales à l'exception des sociétés par action simplifiée. Afin de pallier à ce manque d'efficacité, les associés peuvent stipuler d'autres sanctions telles qu'une clause pénale ou une astreinte conventionnelle.

**285.** Ainsi le droit des sociétés assure une sécurité juridique importante à ce support conventionnel. Les associés doivent donc favoriser cet instrument pour insérer des dispositions visant à accroître leur surveillance sur la gestion sociale. Malgré ces avantages les associés vont pouvoir privilégier le recours aux pactes d'associés.

### **B-Les conventions sous forme de pacte extra-statutaire**

**286.** La liberté des associés peut également s'exprimer dans des pactes d'actionnaires plus largement appelés des pactes d'associés. Ces pactes constituent après les statuts la forme d'expression plébiscitée par les associés. Discret et flexible, le recours aux pactes est considérable et ce principalement dans les sociétés anonymes. Enserrés dans une réglementation exigeante, les actionnaires utilisent les pactes d'actionnaires pour aménager les rapports sociaux.

**287.** Malgré la diversité des conventions, « *elles concourent toutes à l'organisation de la vie sociale, en régissant les rapports entre les associés ainsi que les relations que les associés ou certains d'entre eux entretiennent avec la société, ses dirigeants ou des tiers*<sup>190</sup> ». Ils ont pour « *but essentiel de pallier les insuffisances des statuts. Les pactes sont censés rééquilibrer au profit des actionnaires minoritaires les conséquences d'une loi de la majorité quelque peu*

---

<sup>189</sup> Cass. com. 11 mars 2014, n°13-10.366, *Sanction de la violation d'une clause statutaire de préemption*, Lettre Creda-sociétés, 2014, n° 12 ; Rev. soc. 2014, p. 384, note B. Saintourens ; RTD civ. 2014, p. 650, note H. Barbier ; D. 2014, p. 2156, note J. Moury.

<sup>190</sup> F. Pasqualini, *Les conventions extra-statutaires, outils de modulation de la rémunération des associés*, Rev. soc. 2010, p.79.

*abrupte*<sup>191</sup> ». En effet, les pactes d'actionnaires offrent aux minoritaires un instrument pour compenser cette infériorité au moyen de toutes sortes de garanties. Ils permettent notamment d'accentuer leur rôle dans la surveillance de la gestion. Toutefois, si le pacte constitue un des outils les plus utilisés en pratique, les associés doivent néanmoins connaître les conditions de validité mais surtout les effets juridiques attachés à ces pactes. La localisation des clauses est importante, les pactes n'offrent pas aux parties à l'accord la même sécurité juridique que les statuts.

**288. Validité des pactes-** Ils doivent respecter les conditions générales de validité applicables à tout contrat. En outre, par application du principe de la primauté des statuts, aucune clause du pacte ne doit heurter les dispositions statutaires, ni même empiéter sur le domaine réservé des statuts. En effet, certaines dispositions ne trouvent leur place que dans les statuts de la société. Si certains ont pu douter de cette suprématie des statuts, la jurisprudence a énoncé ce principe à de multiples reprises. De plus, les dispositions du pacte doivent être licites, respecter l'ordre public applicable aux contrats en général, les dispositions impératives édictées par les articles 1832 et suivants du code civil et les lois sur les sociétés, et enfin les principes fondamentaux du droit des sociétés ainsi que l'intérêt social.

**289.** Concernant les pactes d'actionnaires de sociétés dont les actions sont admises aux négociations sur un marché réglementé, ils sont soumis à des conditions particulières notamment de publicité et ce notamment lorsque le pacte reçoit la qualification d'action de concert. Dans ce cas, il est assujéti à de lourdes obligations légales et réglementaires dont la violation entraînerait des sanctions civiles, pénales et réglementaires. Hormis ces diverses exigences, la liberté contractuelle confère aux parties du pacte, un espace de liberté considérable. L'absence de critères précis de validité laisse aux juges du fond une marge d'interprétation importante sur la licéité ou non de certaines clauses.

**290. Efficacité des pactes-** L'inconvénient majeur de ce support doit être recherché dans sa force obligatoire. En tant qu'acte purement conventionnel, le pacte ne lie que les parties à l'accord et « *ont la force obligatoire qui s'attache au contrat*<sup>192</sup> ». Ainsi la violation d'un pacte donne lieu à des dommages et intérêts sauf stipulation d'une clause pénale. La doctrine a lancé le débat sur l'application possible de l'article 1142 du code civil dans cette hypothèse. Les juges rejettent l'exécution forcée néanmoins quelques brèches ont été ouvertes par la

---

<sup>191</sup> F-D. Pointrinal, *Pactes d'actionnaires* *Pactes d'actionnaires*, in *Mélanges en l'honneur de P. Bézard*, Montchrestien, 2002, p. 129.

<sup>192</sup> D. Velardocchio-Flores, *Les accords extra-statutaires entre associés*, PUAM, 1993, n° 301, p. 248 ; B. Brignon, *Les pactes d'associés : que la force soit avec eux !* Dr. sociétés 2014, n° 6, alert. 20.



jurisprudence<sup>193</sup>. Les juges ont reconnu à l'occasion d'une cession survenue en violation d'un pacte, la nullité de la cession et la substitution de l'acquéreur à une double condition : la connaissance par le tiers, à la fois, de l'existence de la clause et de l'intention du bénéficiaire de s'en prévaloir. Cependant, en pratique cette double preuve semble difficile à satisfaire. La réparation pécuniaire reste la sanction de principe. Cependant, l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats revalorise l'efficacité des pactes<sup>194</sup>. En effet, l'ancien articles 1142 du code civil laisse désormais la place à l'article 1221 dudit code qui fait clairement de l'exécution forcée en nature le principe en matière d'obligations de faire sauf si cette exécution est impossible ou s'il existe une disproportion manifeste entre son coût pour le débiteur et son intérêt pour le créancier. L'exception ne correspondant guère à la pratique des pactes d'associés, il est donc possible d'affirmer que l'effectivité de l'exécution des pactes sort renforcée de la réforme attendue du droit commun des contrats. Le législateur lève ainsi l'obstacle majeur qui entravait l'efficacité des pactes, ce qui permet de revaloriser ces derniers vis-à-vis des statuts.

**291.** Dans les rapports avec la société, sauf l'éventualité où la société est partie à l'accord, le pacte est inopposable à cette dernière. Dès lors, la violation d'une disposition extrastatutaire, ne peut engendrer l'annulation de la décision sociale. Par exemple, la cession passée en violation d'une clause extrastatutaire de préemption ne permet pas d'annuler l'aliénation opérée au profit d'un acquéreur de bonne foi. Par conséquent l'efficacité des pactes est relativement limitée.

**292.** Fort de ces enseignements, les associés peuvent opter pour l'un de ces supports pour accueillir leurs clauses tendant à renforcer le contrôle de la gestion des dirigeants. Pour guider encore un peu plus les associés, l'étude doit se poursuivre sous un angle plus technique. Il s'agit de recenser les clauses ayant une influence directe sur le contrôle de la gestion.

## **Section II - L'étude analytique des clauses renforçant le contrôle de la gestion**

**293.** L'heure est à l'analyse des clauses contractuelles. Une grande diversité existe parmi celles insérées dans les statuts et les pactes d'actionnaires. L'intérêt du présent développement est de mettre en relief les clauses dont la finalité est d'améliorer la surveillance des associés sur la gestion sociale (§2). Celles-ci ne sont pas très nombreuses et

---

<sup>193</sup> Cass. ch. Mixte, 26 mai 2006, n° 03-19.495 et n° 03-19.376, D. 2006, p. 1861, note P.Y. Gautier et Mainguy ; Gaz. Pal. 2006, p. 12, note Dagonne-Labbe ; BJS 2006, p. 1072, note H. Le Nabasque.

<sup>194</sup> Voir sur la portée de la réforme : D. Mazeaud, *L'exécution forcée en nature dans la réforme du droit des contrats*, D. 2016, p. 2477.

touchent à des domaines variés. Toutefois, un éclairage préalable doit être apporté sur les techniques contractuelles utilisées pour arriver à cette fin (§1).

## **§1-Les techniques contractuelles**

**294.** Trois techniques majeures sont utilisées par les associés pour accroître leur contrôle sur la gestion sociale. On retrouve : la technique des actions de préférence (A), celle des conventions de vote (B) et les promesses de porte-fort (C).

### **A-Les actions de préférence**

**295.** Les actions de préférence peuvent être une technique juridique permettant aux associés d'accroître leur contrôle sur la gestion. Elles permettent de créer une catégorie d'action avec des droits privilégiés. Le principe associé à ce mécanisme est le suivant : il s'agit de créer des actions auxquelles seront attachés des droits particuliers de toute nature. La nature juridique des actions de préférence limite leur recours aux sociétés par actions. Il s'agit de titres de capital, elles ne sont donc admises que dans les sociétés anonymes, les sociétés en commandite par actions, les sociétés par actions simplifiées ainsi que dans les sociétés d'exercice libéral. Cependant, elles sont principalement utilisées lors d'un financement en fonds propres dans les sociétés anonymes non cotées, « *afin de donner aux actionnaires minoritaires des droits spécifiques que les actions ordinaires et leur situation de minoritaires ne leur confèrent pas*<sup>195</sup> ».

**296.** Le législateur est venu unifier la pratique des actions à droits prioritaires. L'ordonnance n° 2004-604 du 24 juin 2004 élabore un régime unique. Avant cette réforme, la pratique avait recours aux « actions préférentielles », aux « actions-privilégiées » ou encore aux « actions de catégorie » tandis que le législateur utilisait la notion d'« actions de priorité ». Les actions de préférence sont donc depuis 2004, les seules actions « *pouvant être émises et auxquelles il est possible d'attacher des droits spécifiques*<sup>196</sup> ». L'article L. 228-11 du code de commerce dispose que « *Lors de la constitution de la société ou au cours de son existence, il peut être créé des actions de préférence, avec ou sans droit de vote, assorties de droits particuliers de toute nature, à titre temporaire ou permanent. Ces droits sont définis par les statuts dans le respect des dispositions des articles L. 225-10 et L. 225-122 à L. 225-125* ».

**297.** Comme le souligne le législateur, la création d'actions de préférence peut avoir lieu à différents moments de la vie de la société. A l'occasion de la constitution de la société ou plus

---

<sup>195</sup> R. Arakelian, *Action de préférence*, Rép. sociétés Dalloz, 2015, n°6.

<sup>196</sup> R. Arakelian, *ibid.*

tardivement lors d'une augmentation de capital, donnant lieu à la création de nouvelles actions, mais également dans l'hypothèse d'une conversion d'actions. La loi ne limite pas le nombre de catégorie d'actions de préférence au sein des sociétés sauf en ce qui concerne les actions de préférence sans droit de vote. Les associés peuvent créer au sein d'une même sociétés plusieurs catégories d'actions de préférence. Pour ce faire, des contraintes procédurales sont imposées par le législateur. Toute émission d'actions de préférence est soumise au respect d'une procédure spéciale. Elle doit faire l'objet d'un rapport spécial du commissaire aux comptes. Les caractéristiques des droits spécifiques doivent être développées dans les statuts sociaux. L'intérêt de ces actions tient à la généralité des termes employés par la loi, qui confère une liberté considérable aux investisseurs-actionnaires.

**298.** En effet, l'article L. 228-11 du code de commerce précise que les actions de préférence « *peuvent être assorties de droits particuliers de toute nature* ». « *L'éventail des « préférences » susceptibles d'être octroyées est assez large et la limite des droits pouvant être accordés est fonction de l'imagination des praticiens*<sup>197</sup> ». Parmi ce large choix, la doctrine distingue deux catégories de droits particuliers : les privilèges financiers et les privilèges non financiers. L'utilisation des actions de préférence dans le but d'accroître le contrôle de la gestion, justifie que l'attention soit portée sur la seconde catégorie.

**299. Les privilèges non financiers-** L'imagination des praticiens est large en ce qui concerne cette catégorie de privilèges. Sans rentrer dans le détail des clauses à ce stade du développement, un privilège de contrôle peut être stipulé au bénéfice des actionnaires minoritaires soucieux de surveiller la gestion de leur fonds. Dès lors ces derniers peuvent par exemple, stipuler des clauses allant dans le sens d'un renforcement de l'information qui leur est due, se faire attribuer un droit de consultation préalable, ou encore se faire attribuer un droit d'investigation.

**300.** En ce sens, les actions de préférence sont une technique contractuelle opportune pour les associés pour renforcer leur surveillance sur la gestion sociale. Une deuxième technique vient compléter celle des actions de préférence : les conventions de vote.

## **B-Les conventions de vote**

**301.** Les conventions de vote sont une technique contractuelle permettant à plusieurs associés de s'engager réciproquement « *à voter dans un sens déterminé lors des scrutins d'où*

---

<sup>197</sup> R. Arakelian, *ibid.*, n°109.

*sortiront les décisions sociales, ou renoncent à prendre part à certains votes, ou s'engagent à voter dans un sens déterminé<sup>198</sup> ». C'est une technique par laquelle, « les parties vont chercher à aménager contractuellement le pouvoir dans la société notamment en pesant sur le processus de désignation des mandataires sociaux mais aussi en convenant d'arrêter une position commune sur chaque ou certaines résolutions figurant à l'ordre du jour de la prochaine assemblée <sup>199</sup>».*

**302.** Les conventions sont apparues dans la pratique. Aucune disposition législative n'apparaissait sous l'empire de la loi de 1867, la pratique a naturellement eu recours à ces conventions en vertu du principe de liberté contractuelle. Des abus sont venus jeter l'opprobre sur les conventions de vote. Ainsi la doctrine et la jurisprudence n'ont pas toujours vu d'un très bon œil ces conventions dans la mesure où elles peuvent porter atteinte à une prérogative essentielle de l'associé : son droit de vote. Différentes positions sont adoptées par la doctrine à ce propos. Certains auteurs rejettent toute validité de ces conventions, à l'instar du professeur D. Schmidt<sup>200</sup>. D'autres reconnaissent leur validité sans profondes convictions<sup>201</sup>. Enfin et c'est la doctrine majoritaire qui prévaut admettant *a priori* la licéité des conventions de votes. Dans le même sens, la jurisprudence reconnaît le droit d'aménager le droit de vote<sup>202</sup>.

**303.** Cependant, des conditions de validité de ces conventions ont été imposées par les juges, la loi restant quant à elle silencieuse en ce domaine<sup>203</sup>. Selon une jurisprudence établie, les conventions sont licites à une triple condition. Les actionnaires doivent être éclairés, la convention ne devant pas être contraire à l'intérêt social ni même aux dispositions d'ordre public. D'autres sont en revanche résolument marquées du sceau de l'illicéité : celles visant à céder le droit de vote contre un avantage en nature ou pécuniaire ou encore les conventions de vote permanente. Dans ces circonstances, une précision doit être apportée ; l'actionnaire prenant part à la convention doit nécessairement garder une réelle liberté de réflexion lors de la prise de décision en assemblée. Ainsi pour une convention de vote relative à la nomination des mandataires, l'objet de celle-ci ne peut être d'imposer une personne prédéterminée<sup>204</sup>. En revanche sont licites les conventions qui imposent aux actionnaires de choisir parmi une liste de noms.

---

<sup>198</sup> Dictionnaire permanent de droit des affaires, Les conventions de vote, n° 2.

<sup>199</sup> J-M. Moulin, *Sociétés anonymes, Pactes d'actionnaires*, J.-Cl « commercial », fasc. 1486, 2017, n°70.

<sup>200</sup> D. Schmidt, *Les droits de la minorité dans la société anonyme*, th., Sirey, 1969, p. 421.

<sup>201</sup> J. Mestre et D. Velardocchio-Flores, *Sociétés commerciales*, Lamy, 2008, n°776.

<sup>202</sup> CA Paris, 30 juin 1995, JCP E 1996. II. 795, note J.-J. Daigre.

<sup>203</sup> Le législateur reconnaît implicitement la validité des conventions de vote lorsqu'elles respectent l'intérêt social à l'article L. 223-3 du Code de commerce ainsi qu'à l'article L. 233-10 du Code de commerce.

<sup>204</sup> Cass. com., 8 mai 1963, JCP E 1963, II, 13282.

**304.** Ces accords répondent à des problématiques variées. L'une d'elle peut être la possibilité pour les actionnaires minoritaires d'accorder un droit de regard sur la gestion. « *Par la convention de vote, la loi contractuelle supprime la loi de la majorité et donne voix au chapitre à une minorité que l'application mécanique de la loi de 1966 ravalerait au rang de simple spectatrice*<sup>205</sup> ». Ainsi dans les sociétés anonymes par exemple, un groupe d'actionnaires minoritaires peut convenir avec les majoritaires d'une représentation des premiers au conseil d'administration, ce qui serait impossible sans convention en appliquant la loi de la majorité. Outre le droit de regard, certaines conventions peuvent avoir pour objet de conférer aux minoritaires le pouvoir de peser dans la prise de décision. Ce sont notamment des conventions qui prévoient un droit de veto ou un accord unanime des actionnaires. De cette manière, les associés peuvent au-delà de surveiller la gestion, maîtriser les décisions de gestion stratégiques.

**305.** Toutefois, en tant que conventions entre associés, la violation d'une convention de vote n'est en principe sanctionnée que par l'octroi de dommages et intérêts<sup>206</sup>, ce qui limite l'efficacité de cette technique. Toutefois, malgré cet inconvénient, la pratique des conventions de vote est depuis ses débuts, largement utilisée par les actionnaires.

**306.** Enfin pour finir l'inventaire des techniques à dispositions des associés, il doit être passé en revue une technique civiliste ayant de nombreuses applications en droit des sociétés : la promesse de porte-fort.

### **C-Les promesses de porte-fort**

**307.** Nombreux sont les pactes d'actionnaires reposant sur une promesse de porte-fort. Fondée sur l'ancien article 1120 du code civil<sup>207</sup>, la promesse de porte-fort est une convention par laquelle une personne promet le fait quelconque d'un tiers. Souvent perçue comme un instrument permettant de contourner les règles impératives du droit des sociétés, la doctrine n'a pas toujours porté d'intérêt à la promesse de porte-fort. Néanmoins, la pratique montre une certaine vitalité de la promesse de porte fort en ce pan du droit<sup>208</sup>. Les associés ont

---

<sup>205</sup> A. Viandier, *Observations sur les conventions de vote*, JCP E 1986, n°19, act. 15405.

<sup>206</sup> CA Paris 30 juin 1995 : « lorsqu'il s'agit d'une obligation de faire, le créancier peut réclamer l'exécution en nature de l'obligation à chaque fois que cette exécution est possible ».

<sup>207</sup> L'ordonnance n° 2016-131 du 10 fév. 2016 réforme la promesse de porte fort. Désormais, cette technique est prévue au nouvel article 1204 du Code civil qui énonce que « l'on peut se porter fort en promettant le fait d'un tiers ». La réforme n'apporte au sujet de la promesse de porte-fort que de simples correctifs levant ainsi certaines ambiguïtés et incohérences. Voir sur le sujet : M. Mekki, *L'ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, D. 2016, p. 494 ; M. Mekki, *Les incidences de la réforme du droit des obligations sur le droit des sociétés : rupture ou continuité ?* Rev. soc. 2016, p. 483.

<sup>208</sup> G. Tillement, *Promesse de porte-fort et droit des sociétés*, Rev. soc. 1993, p.51.

recours à la promesse de porte-fort principalement pour aménager les effets juridiques de la cession de parts sociales ou d'actions. Lorsqu'une cession entraîne un changement de contrôle, le cédant qui cherche à assurer la pérennité de la société peut avoir recours à cet instrument, en vertu duquel le cessionnaire se porte-fort « *des décisions qui seront ultérieurement prises, tant par les organes de gestion que par les assemblées générales*<sup>209</sup> ». De même, le cédant peut vouloir garder un rôle dans la gestion de la société malgré la cession du contrôle financier. La promesse s'adapte aussi parfaitement à la prise de contrôle. Une personne désireuse de prendre le contrôle d'une société négociera avec un ou plusieurs des associés de celle-ci qu'ils se portent forts d'obtenir le consentement de leurs coassociés à la cession de leurs parts ou actions<sup>210</sup>.

**308.** Les effets juridiques de la promesse sont réduits. Lorsque le tiers ne ratifie pas la promesse, le promettant engage sa responsabilité contractuelle<sup>211</sup>. La responsabilité du tiers n'étant pas engagée en vertu de l'effet relatif des conventions. Si au contraire, le tiers donne son consentement à la promesse, le promettant est alors libéré rétroactivement de ses obligations. Ce procédé engendre une obligation de résultat pour le promettant. A noter enfin que les conditions de validité des promesses de porte-fort doivent être rattachées à celles des conventions de vote.

**309.** La pratique de la promesse de porte-fort suppose un rapport juridique à trois personnes. En droit des sociétés, la promesse est le plus souvent utilisée entre le promettant qui sont les majoritaires et les bénéficiaires de la promesse, les minoritaires. Le tiers étant l'organe compétent suivant l'objet de la promesse. Dans cette hypothèse, la promesse offre une sécurité juridique importante dans la mesure où, le tiers en général le dirigeant social subit l'influence directe des associés majoritaires. Dès lors, la ratification de la promesse bénéficie d'un haut degré de certitude. C'est la « *quasi-identité de fait entre tiers et promettant*<sup>212</sup> » qui confère à cette technique une sécurité juridique importante. En effet, dans certaines sociétés il existe « *une dissociation entre la maîtrise de fait (l'associé majoritaire) et le pouvoir (les représentants légaux de la société). Quoi de plus naturel par conséquent que ce soit le détenteur de cette maîtrise de fait qui s'engage au nom de la société qu'il contrôle*<sup>213</sup> ». Par conséquent, la promesse s'adapte parfaitement aux rapports sociaux. Elle permet au

---

<sup>209</sup> M. Storck, *La promesse de porte fort*, J.-Cl. « civil », fasc. unique, art. 1120, 2017, n° 12.

<sup>210</sup> V. en ce sens : CA Paris, 18 juin 1987.

<sup>211</sup> L'alinéa 2 de l'article 1204 nouveau du Code civil précise que dans l'éventualité d'une inexécution de la promesse, ce dernier peut être condamné à des dommages et intérêts.

<sup>212</sup> G. Tillement, art. cit., p. 51.

<sup>213</sup> G. Tillement, *ibid.*, n°3.

« majoritaire de se porter fort des engagements de la personne morale, sans outrepasser ses droits et en respectant la répartition des pouvoirs<sup>214</sup> ».

**310.** Du point de vue du contrôle de la gestion, l'intérêt de cette technique est de garantir aux associés minoritaires bénéficiaires de la promesse l'application de procédures de contrôle instaurées par les associés dans les statuts ou dans un pacte d'associés. Ainsi, les majoritaires se portent-fort du respect des procédures de contrôle par les dirigeants sociaux. Elle s'inscrit donc dans la liste des techniques contractuelles à disposition des associés pour renforcer leur contrôle sur la gestion. Au-delà de l'étude de ces techniques, une étude analytique des clauses s'avère opportune.

## **§2-Les clauses relatives au contrôle de la gestion**

**311.** Le renforcement du contrôle de la gestion se matérialise par une série de clauses. Un inventaire des principales clauses s'impose pour éclairer les associés sur les différents leviers à actionner afin d'accroître leur surveillance sur la gestion sociale. L'imagination fertile des praticiens limite cependant à un énoncé non exhaustif des clauses contractuelles. Seront étudiées, celles relatives à l'encadrement du pouvoir de gestion (A), ainsi que celles concernant les droits des associés (B). Enfin, une étude des clauses sur l'aménagement des modalités des prises de décisions collectives viendra clore cette analyse (C).

**312.** La forme adoptée sera celle d'une liste de clauses qui se succéderont, pour offrir aux lecteurs un aperçu clair des clauses types en la matière, qui pourront par à la suite être adaptées aux besoins spécifiques de chaque société commerciale.

### **A-L'encadrement du pouvoir des dirigeants**

**313.** Différentes clauses permettent d'encadrer le pouvoir de gestion. Certaines y parviennent en créant un nouvel organe, d'autres encadrent le pouvoir du dirigeant en lui imposant un commissaire aux comptes. Des clauses relatives à la répartition des sièges au conseil d'administration permettent également d'encadrer le pouvoir de gestion et enfin les clauses satisfaisant le plus directement cet objectif sont les clauses limitatives de pouvoirs.

**314. Création nouvel organe** – A côté des organes institutionnels, la liberté contractuelle permet aux associés de créer un organe qui viendrait intégrer la sphère des organes sociaux. Cette démarche peut être réalisée dans un but de contrôle de la gestion. A cette fin, l'organe

---

<sup>214</sup> M. Mekki, *Les incidences de la réforme du droit des obligations sur le droit des sociétés : rupture ou continuité ?* Rev. soc 2016, p. 483.

créé sera par exemple « *un conseil de surveillance, censeurs, comité de contrôle, d'audit, d'avis comité stratégique, comité financier etc.*<sup>215</sup> ».

**315.** Par exemple, au sein même d'une structure sociale fortement institutionnalisée comme la société à responsabilité limitée, une pratique visant à ajouter un conseil de surveillance a pu être relevée<sup>216</sup>. Elle permet d'instituer conventionnellement un contrôle supplémentaire de la gérance. De même, la société par actions simplifiée est le théâtre de la création d'organes contractuels, en ce sens que seul le président est légalement imposé, pour le reste il en va de la liberté des associés d'organiser pleinement dans les statuts leur structure sociale.

**316.** Néanmoins, en vertu du principe de la répartition légale des pouvoirs abordé plus haut<sup>217</sup>, l'ajout d'un nouvel organe ne doit pas avoir pour effet d'empiéter sur les attributions des organes légaux.

**317. Clause nomination d'un commissaire au compte** – La présence des commissaires aux comptes est obligatoire dans certaines formes sociales en fonction d'effet de seuil. Le rôle déterminant de cet organe peut pousser les associés à instituer par des dispositions statutaires la présence d'un commissaire aux comptes. Acteur incontournable du contrôle de la gestion, cette possibilité doit être exploitée par les associés.

**318.** Les sociétés dans lesquelles cette opportunité est possible sont les sociétés en nom collectif ou en commandite simple, les sociétés à responsabilité limitée et les sociétés par actions simplifiées. Dans cette hypothèse, le régime juridique du commissaire aux comptes facultatif est calqué sur celui où le recours au commissaire aux comptes est obligatoire.

**319. Clause organisant la présence de minoritaires au sein des organes sociaux** - Pour les actionnaires minoritaires des sociétés anonymes, il est intéressant de prévoir dans un pacte d'actionnaires des clauses aménageant leur présence au sein des organes sociaux. La présence de ces derniers au conseil d'administration ainsi qu'au conseil de surveillance permet aux bénéficiaires de la clause d'exercer un contrôle plus étroit sur la gestion de la société.

**320.** Le principe concernant la nomination au poste d'administrateur est une liberté de choix. En cours de vie sociale, la nomination des administrateurs est de la compétence de l'assemblée générale. Or c'est la loi de la majorité qui guide la prise de décision. Les

---

<sup>215</sup> P. Le Cannu et B. Dondero, op. cit., p. 665, n°1029.

<sup>216</sup> Sous les dispositions antérieures à la loi de 1966, la loi instituait un conseil de surveillance pour les SARL composées de plus de vingt associés. Non reconduite par la loi de 1966, la présence d'un conseil de surveillance relève dès lors de la pratique contractuelle.

<sup>217</sup> V. supra p. 90 et s.



minoritaires n'auront pas les droits de vote suffisants pour s'assurer de leur représentation au conseil. Dès lors, ces clauses auront pour objet de limiter les effets de la loi de la majorité en permettant une représentation proportionnelle des administrateurs au capital.

**321.** Cependant, pour être valable le droit de vote doit être respecté. Un individu déterminé ne peut être imposé. Les actionnaires devront pouvoir porter leur choix sur plusieurs personnes. Il est donc opportun de préparer une liste d'administrateurs potentiels représentant les actionnaires minoritaires.

**322. Clause limitative de pouvoir** – Les dirigeants détiennent des pouvoirs légaux, qu'il est possible d'aménager<sup>218</sup>. Les rapports sociaux internes sont régis par le principe d'autonomie de volonté sous réserve de respecter l'ordre public. Dès lors sont licites les clauses limitatives de pouvoirs. « *La validité de ces clauses est reconnue de façon implicite par différents articles précisant que les clauses limitatives sont simplement inopposables aux tiers*<sup>219</sup> ».

**323.** Il est courant que les statuts étayent les limitations légales de pouvoirs imposées au dirigeant. C'est souvent le cas au sein des sociétés à responsabilité limitée. Le législateur reconnaît la licéité de ces clauses à l'article L. 223-18 al. 4 du code de commerce. Dans les sociétés en noms collectifs l'article L. 221-4 du code de commerce précise que les statuts peuvent librement déterminer les pouvoirs internes du gérant. Ces clauses peuvent également résulter d'aménagements contractuels ultérieurs.

**324.** L'objet de ces limitations est varié. Par exemple, on peut penser aux clauses stipulant que le dirigeant ne peut effectuer seul des opérations à crédit qui dépassent un certain montant ; des investissements d'un montant supérieur à XX euros ; des cessions de l'actif matériel de la société ; la cession du fond de commerce ; la création de filiales ; l'embauche ou le licenciement de salariés etc. De même, une clause statutaire limite le pouvoir d'agir en justice du représentant légal de la société<sup>220</sup>.

**325.** Une limite à ces clauses est retenue par la jurisprudence dans les sociétés anonymes. Les clauses limitatives ne doivent pas avoir pour « *effet de bouleverser la répartition légale des*

---

<sup>218</sup> CA Paris, 16 juin 2015.

<sup>219</sup> J. Mestre, D. Velardocchio et A-S. Mestre-Chami, op.cit., n°703.

<sup>220</sup> V. en ce sens : A-C. Rouand, *Les limitations statutaires au pouvoir d'agir du représentant légal de société*, Rev. soc. 2014, p. 415.

*pouvoirs, en retirant en fait au conseil d'administration ou à son président leur rôle d'organes de gestion* <sup>221</sup>».

**326. Clauses relatives au fonctionnement du conseil d'administration et du conseil de surveillance** - Toute une série de clauses peuvent être stipulées en ce domaine. L'encadrement du fonctionnement du conseil d'administration est important du point de vue du contrôle de la gestion. En tant qu'organe de contrôle, un encadrement précis de ses modalités de fonctionnement permet aux associés de s'assurer de l'effectivité du rôle de cet organe. Il est alors intéressant d'insérer des clauses relatives : aux modalités de convocation et de prise de décisions, à la présence des administrateurs lors des réunions du conseil. A ces clauses peuvent être ajoutées celles visant à accroître la fréquence des réunions au sein des conseils d'administration. La loi laisse à l'article L. 225-36-1 du code de commerce le soin aux statuts d'organiser la convocation du conseil. Le législateur prévoit la possibilité pour les administrateurs représentant le tiers des effectifs de demander la réunion du conseil s'il n'a pas été réuni depuis plus de deux mois. Dès lors les associés sont libres d'instaurer une certaine fréquence dans la convocation du conseil afin que le rôle de ce dernier soit pleinement effectif. Cette même démarche peut être appliquée au conseil de surveillance en vertu de l'article R. 225-45 alinéa1 du code de commerce.

**327. Clause aménageant la révocation des dirigeants** – La révocation est une des sanctions du contrôle de la gestion. Par conséquent les clauses aménageant la révocation des dirigeants peuvent être un vecteur de renforcement du contrôle lorsque celles-ci ont des modalités rendant plus facile cette révocation.

**328.** Il peut être opportun pour les associés d'organiser les modalités de révocation des cadres dirigeants. La jurisprudence n'est pas par principe hostile à de telles clauses, dès lors, qu'elles ne font pas échec à la libre révocation des dirigeants lorsque la loi le prévoit. Notons de plus, qu'il est important d'envisager une disposition stipulant que la révocation des dirigeants pourra être débattue en assemblée générale même si celle-ci n'est pas inscrite à l'ordre du jour. Cette clause facilite la révocation des dirigeants et limite les stratégies d'enracinement. Cet aménagement de la révocation des dirigeants est admis :

-pour les sociétés anonymes, l'article L. 225-61 du code de commerce confère aux associés la possibilité de prévoir une révocation du directoire par le conseil de surveillance.

---

<sup>221</sup> J. Mestre, D. Velardocchio et A-S. Mestre-Chami, op. cit., n°703.

-pour la société en commandite par actions, la révocation est laissée aux prévisions des statuts.

-pour les sociétés de personnes, la loi offre aux associés, à l'article L. 221-12 du code de commerce, une grande liberté au sein de la société en nom collectif et de la société en commandite simple, pour fixer les modalités de révocation du gérant et les conséquences de cette révocation. Pour la société en nom collectif, il faut préciser que les clauses sont admises dans deux hypothèses : lorsque le gérant est associé non statutaire ainsi que lorsque le gérant est non associé.

-enfin, pour la société par action simplifiée, les statuts sont libres de fixer les conditions de la révocation des dirigeants. On peut alors envisager une instabilité absolue du dirigeant avec une révocation *ad nutum*, ou bien prévoir une révocation décidée en assemblée avec ou sans motif. En revanche, les clauses de révocation ne sont pas admises dans les SARL.

**329. Clause de bad leaver**- Les clauses de *bad leaver* ont pour support une promesse unilatérale de cession de droits sociaux<sup>222</sup> consentie par un associé au bénéfice d'autres associés. Cette promesse est conclue sous la condition suspensive que l'associé promettant quitte ses fonctions de dirigeant ou de salarié. Le cas échéant, le prix de ces droits sociaux est apprécié selon la bonne ou mauvaise gestion. La nature juridique de ces clauses, cantonne leur recours à l'hypothèse où il a été permis au dirigeant de devenir actionnaire. La cession forcée des actions du dirigeant à un prix inférieur à la valeur vénale des titres lorsque la gestion est jugée inopportune peut être appréhendée comme une sanction dissuasive. Une décote sera appliquée notamment si le départ de l'associé dirigeant est dû à une faute de gestion de sa part.

**330.** La validité de ces clauses ne pose aucune difficulté puisqu'elles relèvent de la liberté contractuelle. Elles ont été validées par la jurisprudence<sup>223</sup>. Néanmoins, une réserve a été émise par la Chambre sociale de la Cour de cassation, lorsque qu'elle s'applique à un salarié. Par un arrêt du 21 octobre 2009<sup>224</sup>, la Cour avait invalidé la clause dans la mesure où elle constituait une sanction pécuniaire prohibée en droit du travail. En l'espèce, un salarié licencié pour faute grave, avait été privé par le jeu de la clause du bénéfice de ses stock-

---

<sup>222</sup> Par un arrêt du 6 mai 2014 (Cass. Com., 6 mai 2014, n° 13-17.349 et n° 13-19.066), la Cour refuse l'assimilation de la clause de *bad leaver* à une clause d'exclusion. Elle confirme la nature juridique de ces clauses. Elles doivent recevoir la qualification de promesse unilatérale de vente.

<sup>223</sup> Cass. Com., 3 févr. 2015, n° 13-28.164, BJS 2015 n°4, p. 188, obs. S. Schiller. Par cet arrêt, la Cour se prononce en faveur de la validité de la clause s'agissant d'un manager mandataire social.

<sup>224</sup> Cass. Soc., 21 oct. 2009, n° 08-42.026, JCP E 2010, n°1272, note S. Schiller et J-M. Leprêtre ; Dr. sociétés 2010, n° 26, p. 140, note D. Gallois-Cochet.

options. « Partant, il n'est pas impossible de penser que, dans la lignée de cette solution, les juges puissent considérer que constitue une sanction pécuniaire prohibée au sens de l'article L. 1331-2 du code du travail le fait de prévoir une décote du prix de cession des actions d'un salarié licencié pour faute ou démissionnaire<sup>225</sup> ». La doctrine conseille par conséquent, de déconnecter la décote de la rupture du contrat de travail pour parer à une éventuelle nullité. Cependant, l'utilisation de la clause est préconisée dans la cadre de cette étude dans l'éventualité de la perte du mandat social par le dirigeant. Le risque de nullité est donc écarté.

**331.** En effet, la chambre commerciale valide quant à elle ces clauses<sup>226</sup> et ne permet pas non plus une remise en cause de celles-ci sur le terrain des clauses potestatives<sup>227</sup>. La potestativité de la clause est rejetée par la Cour car elle peut être contestée en justice et ne dépend donc pas de la seule volonté de l'employeur. En revanche, la mise en œuvre de cette clause requiert le respect du formalisme prévu par les parties. Ajoutons qu'un soin particulier doit être apporté dans la définition des cas de levée de l'option pour éviter toute contestation au jour du départ du promettant.

**332.** Par ses avantages<sup>228</sup>, la clause de *bad leaver* est un instrument contractuel intéressant visant à inciter le dirigeant à mettre en œuvre une bonne gestion. Elle permet un contrôle indirect de l'action des dirigeants. Une autre série de clauses viennent intensifier le contrôle de la gestion, celles dont la finalité est de renforcer les droits des associés.

## **B-Le renforcement des droits des associés**

**333. Clause de consultation et/ou d'autorisation préalable** – Il est possible d'instaurer dans les sociétés non soumises à la procédure des conventions réglementées une procédure similaire. Il peut s'agir d'insérer une clause visant une consultation préalable ainsi qu'une clause prévoyant l'autorisation préalable des associés pour une liste de décisions sociales.

---

<sup>225</sup>J. Mestre, D. Velardocchio et A-S. Mestre-Chami, op. cit., spé. n°1082.

<sup>226</sup> Cass. Com 7 juin 2016, n° 14-17.978 : Après avis de la Chambre sociale, la Chambre Commerciale, confirme la validité du mécanisme pour un manager salarié, en dépit de l'invocation des règles protectrices du droit du travail. Voir commentaires : JCP 2016, n° 36, doct. 939, note F. Azoulay ; D. 2016, p. 2042, note D. Baugardet et N. Borga ; Gaz. Pal., 2016, n° 30, p. 60, note J-M. Moulin.

<sup>227</sup> Cass. Com., 11 mars 2014, n° 12-12.074, JCP E 2014, 1515, note B.-O. Becker, M. Buchberger et M. Caffin-Moi.

<sup>228</sup> Les Hauts magistrats confirment que cette clause doit être pleinement accueillie en ce qu'elle participe avec d'autres à l'alignement des intérêts des salariés ou des mandataires sociaux sur ceux de la société. Une telle clause prévoyant la décote de la valeur des actions en cas de licenciement « participe de l'équilibre général du contrat et s'inscrit dans un processus d'amélioration de la rémunération de l'intéressée mais également d'association à la gestion et d'intéressement au développement de la valeur de l'entreprise, en contrepartie de son activité au profit de cette entreprise ».

Dans l'hypothèse d'une clause de consultation préalable, certaines décisions sociales nécessiteront au préalable de solliciter l'avis d'un ou plusieurs associés. Elle provoque une discussion entre majoritaires et minoritaires.

**334.** Dans l'hypothèse d'une autorisation préalable, une clause peut être insérée dans les statuts et qui indique que certaines décisions requièrent l'aval préalable soit de l'assemblée générale, soit du conseil de surveillance ou encore on peut l'imaginer du conseil d'administration. Lorsque la clause est extrastatutaire, elle prend la forme d'une convention de vote. En ce cas, l'autorisation peut être imposée envers tels ou tels associés déterminés. Deux catégories de décisions peuvent être concernées par ces clauses :

-Les autorisations préalables de modifications statutaires. Elles sont favorables lorsque l'investisseur ne détient pas la minorité de blocage lors de l'assemblée générale extraordinaire. Elles peuvent s'appliquer aux décisions d'augmentation du capital, aux décisions de modification de l'objet social, ou encore aux décisions de modification des pouvoirs de l'un ou l'autre des organes de la société.

-Les décisions de gestion : L'exemple le plus courant est de demander l'aval pour des décisions stratégiques aux associés minoritaires. S'ajoute les hypothèses suivantes que l'on retrouve régulièrement dans la pratique : les emprunts, les dépenses d'investissement, les dispositions d'actif corporel ou incorporel de plus d'un certain montant peuvent faire l'objet d'une autorisation préalable. Toutefois, il n'est pas rare de noter que la liste de décisions à soumettre à autorisation préalable s'élargit à des décisions touchant à la gestion plus quotidienne de l'entreprise. On peut citer : l'embauche des cadres, le lancement de nouveaux produits, l'ouverture de filiales etc<sup>229</sup>.

**335.** Une dernière précision doit être apportée sur le sujet. Un soin particulier doit être porté à la rédaction de ces clauses. Il est nécessaire pour les associés de définir avec précision et clarté les opérations visées par ces consultations et autorisations préalables.

**336. Clause d'information** – Le droit à l'information est un pivot du contrôle de la gestion. D'ordre public, le droit à l'information est réduit à quelques documents sociaux. Cela est d'autant plus vrai lorsque la société n'est pas cotée. Par conséquent, il est important pour les associés de prévoir dans les statuts ou dans un pacte d'actionnaires, des clauses mettant à la charge du gérant des obligations d'information les plus étendues possibles.

---

<sup>229</sup> F-D. Pointrinal, *Pactes d'actionnaires*, in *Mélanges en l'honneur de P. Bézard*, Montchrestien, 2002, p. 129. Sur le sujet voir aussi : G. Bouillet-Cordonnier, *Pactes d'actionnaires et privilèges statutaires*, Efe, 1992, p. 67.

Les investisseurs négocient souvent un droit de regard plus important sur la gestion, ce qui se matérialise notamment par l'insertion de clauses dont le but est d'intensifier leur droit à l'information. Ces clauses ont des objets variés. On peut citer les clauses dans lesquelles « *la société s'engage à fournir à l'actionnaire X toutes les informations demandées par celui-ci* » ; celles où la société s'engage à transmettre à l'associé les informations relatives à la marche générale de la société ou les informations relatives à sa situation financière. D'autres imposent un compte rendu semestriel de la situation comptable. Dans le même sens, les associés peuvent négocier une clause conférant le droit d'interroger le commissaire aux comptes. Les associés peuvent prévoir une alerte statutaire qui impose au dirigeant d'alerter les associés en cas de difficultés.

**337.** Ces clauses d'information sont essentielles dans les sociétés par actions simplifiées, pour lesquelles le législateur ne prévoit aucune disposition sur la teneur de l'obligation d'information. Il revient aux statuts le soin de préciser les modalités du droit à l'information des associés. En ce sens, un auteur<sup>230</sup> rappelle qu'il est essentiel de déterminer dans ces clauses : quels documents doivent être transmis, à quel moment, et de préciser sous quelle forme. Des clauses peuvent notamment « *prévoir que les associés aient le droit de prendre connaissance des livres de commerce et de comptabilité, des contrats, factures, correspondances, procès-verbaux et, plus généralement, de tout document établi par la SAS ou reçu par elle*<sup>231</sup> ».

**338.** A noter, que l'excès de communication peut présenter un risque pour la société. Il est donc opportun d'associer à ces clauses d'information, des clauses de confidentialité pour garantir un niveau acceptable de secret des affaires. Le droit à l'information peut être également complété par un droit à l'investigation.

**339. Clause d'investigation** – On peut supposer qu'il est tout à fait licite d'insérer des clauses visant à multiplier la fréquence des questions écrites lorsque celles-ci sont prévues par le législateur. Lorsque rien n'est prévu par le législateur à l'instar de la société par action simplifiée, il est important d'insérer des clauses octroyant aux associés le droit de poser des questions écrites au cours de l'assemblée générale.

**340.** Il est également possible de conférer à certains associés des droits d'investigations renforcés par le biais des pactes d'actionnaires notamment. En ce sens, est en principe licite

---

<sup>230</sup> J.Paillusseau, *L'organisation du pouvoir dans la SAS*, Dr. et patr. 2003, n°113.

<sup>231</sup> Etude Inforeg, *Les principales clauses du pacte d'actionnaires dans une SAS*, Cah. dr. entr. 2015, n°3, prat. 11.

une clause autorisant certains associés à désigner une personne pour procéder à une mission d'investigation. De même peut être stipulée une clause autorisant un associé à questionner sans restriction les personnes travaillant avec la société (expert-comptable ; commissaire aux comptes ; banquier...). Enfin, une dernière série de clauses peut interagir avec le contrôle de la gestion. Il s'agit des clauses qui améliorent les modalités de prise de décisions.

### **C-L'amélioration des modalités de prise de décisions**

**341. Clause de majorité** – La prise de décision est le lieu du pouvoir au sein des sociétés commerciales. Afin d'intensifier le contrôle sur la gestion, il est intéressant de moduler lorsque cela est admis par le législateur, les règles entourant la prise de décision. Cette démarche peut être entreprise au sein des organes de direction notamment.

**342.** Dans les sociétés à responsabilité limitée, les associés peuvent décider d'une gérance collective. La collégialité est déjà en soi un facteur de renforcement du contrôle. Cependant, il est possible d'aller plus loin et d'aménager les règles de fonctionnement de la gérance collective. Les associés peuvent alors élaborer des règles de majorité renforcées pour favoriser le contrôle mutuel entre gérants. De même, pour les sociétés anonymes à directoire ainsi que celles avec conseil d'administration, il est offert aux associés de fixer librement les règles applicables aux délibérations<sup>232</sup>.

**343.** Les clauses de majorité sont également présentes pour les décisions prises par la collectivité des associés. Dans les sociétés en nom collectifs, l'article L. 221-6 al. 1 du code de commerce confère aux associés le pouvoir de fixer librement dans les statuts les règles de majorité applicables aux décisions. Une clause peut prescrire que pour « *les décisions extraordinaires, la majorité des trois quarts des associés est requise* ». Une même clause est envisageable dans les sociétés en commandite simple. En revanche, elle est interdite dans les sociétés anonymes, les conditions de majorité ayant un caractère impératif.

**344.** Par ailleurs au sein de ces deux structures sociales, préalablement à la détermination du régime des décisions collectives, il est opportun afin de renforcer le contrôle des associés d'imposer hors des cas où l'assemblée est obligatoire, une consultation en assemblée plutôt que par correspondance. Cela vaut également pour la société à responsabilité limitée, il est

---

<sup>232</sup> Art. L. 225-37 du C.com. pour les SA à conseil d'administration.

propice d'ériger la consultation en assemblée comme le mode de consultation de principe, en limitant la consultation par correspondance à des décisions mineures<sup>233</sup>.

**345.** Des clauses de veto ou d'accord unanime peuvent enfin être stipulées pour des décisions importantes au sein de l'assemblée générale ou encore au sein du conseil de surveillance. Risquant de paralyser le fonctionnement social, ces deux clauses doivent être limitées à certaines décisions sociales. En outre, des clauses ayant comme finalité de libérer l'ordre du jour permettent de renforcer le contrôle de la gestion exercée en assemblée.

**346. Clause libérant l'ordre jour** – Pour les sociétés par actions simplifiées, le renforcement du contrôle de la gestion peut passer par une clause conférant aux associés minoritaires le droit d'inscrire des questions à l'ordre du jour. Cette prérogative peut être intéressante du point de vue du contrôle de la gestion. Elle permet que soient débattues en assemblée des interrogations générées par des décisions sociales.

**347.** Dans les sociétés à responsabilité limitée, les associés ne peuvent exiger l'inscription de projets de résolution à l'ordre du jour de l'assemblée sauf clause contraire des statuts. Afin de renforcer leur contrôle sur la gestion qui s'exerce principalement à l'occasion de l'assemblée générale, il est intéressant pour les associés minoritaires de se saisir de cette faculté et d'insérer dans les statuts une clause qui confère ce droit aux associés. « *A défaut d'entente avec les gérants, ils doivent solliciter du président du tribunal de commerce la désignation d'un mandataire chargé de convoquer l'assemblée et de fixer son ordre du jour* ». L'intérêt d'une telle clause est alors indiscutable.

**348.** La liberté de participer à l'élaboration est à ce point importante du point de vue du contrôle de la gestion, que le législateur a prévu dans les sociétés anonymes à l'article L .225-105 alinéa 2 du code de commerce la faculté pour les actionnaires répondant à des conditions de seuils, de requérir l'inscription à l'ordre du jour de points ou de projets de résolution. Enfin au-delà de ces clauses, il est opportun de prévoir dans certaines formes sociales des clauses de convocation en assemblée.

**349. Clause de convocation de l'assemblée**– Dans les sociétés par actions simplifiées, il peut apparaître opportun de prévoir une clause conférant aux associés minoritaires le droit de convoquer l'assemblée générale. Une telle clause n'est pas licite au sein des sociétés à responsabilité limitée ainsi que dans les sociétés anonymes. Ainsi se termine l'énoncé de

---

<sup>233</sup> Art. L. 223-27, al. 1 du C.com.



clauses permettant de renforcer par différentes modalités le contrôle de la gestion au sein des sociétés commerciales.



## ***Conclusion du Chapitre II***

**350.** Les associés disposent de prérogatives légales leur permettant d'exercer un contrôle de la gestion sociale. Néanmoins, le législateur ne peut tout prévoir et élabore un régime de contrôle *a minima* qui varie au gré des formes sociales ainsi qu'au gré de la taille de la société.

**351.** Par conséquent, en vertu du principe de la liberté contractuelle, les associés détiennent la possibilité de compléter les dispositions législatives pour renforcer leur contrôle. A cette fin, diverses clauses peuvent être insérées dans les statuts sociaux ou dans un pacte d'actionnaire. Outre cette faculté, les associés peuvent également opérer des choix offerts par la loi pour moduler le contrôle de la gestion. Le choix de la forme sociale en constitue une illustration.

**352.** Si l'usage de la liberté contractuelle est opportun pour les associés, certains écueils doivent néanmoins être évités. En premier lieu, les dispositions conventionnelles ne doivent en aucune mesure venir heurter l'ordre public sociétaire et l'intérêt social. Si la liberté des associés est grande, elle n'est pas sans limites. Dès lors, il doit être fait usage de cette dernière en respectant les dispositions impératives.

**353.** D'ailleurs, l'aménagement contractuel du contrôle de la gestion par les associés doit être raisonné. Une ingérence excessive des associés à l'égard du contrôle exercé sur le dirigeant fait peser sur les associés un risque de qualification de dirigeant de fait. De plus, un contrôle trop intense des associés risque d'alourdir le processus décisionnel. Ce manque de réactivité pourrait être dommageable pour la société. Enfin, le manque d'autonomie des dirigeants quant à la gestion courante peut être un frein à la compétitivité économique de l'entreprise. Il s'agit donc d'user de cette faculté avec « tact et mesure ».



## ***Conclusion du Titre I***

**354.** L'autorégulation ou autocontrôle possède intrinsèquement certaines limites inhérentes à son caractère non contraignant. On le constate par exemple au sujet de la rémunération des dirigeants. « *L'actuelle crise économique et financière et les récents scandales provoqués par des rémunérations excessives voire irréalistes ont montré que le législateur ne pouvait pas donner un blanc-seing à l'autorégulation* <sup>234</sup> ». La position souvent hégémonique des dirigeants ne favorise pas la mise en œuvre d'une démarche auto contraignante. Les limites de l'autocontrôle justifient donc l'intervention du législateur pour rééquilibrer le système.

**355.** De même, les associés disposent d'un pouvoir considérable pour renforcer le contrôle des organes directeurs. Si ce pouvoir est largement utilisé dans les sociétés de tailles importantes à l'instar des sociétés anonymes, pour les petites et moyennes sociétés, représentant pourtant 80 % du tissu économique français, la voie contractuelle est peu ou pas utilisée à cette fin. Les associés de ces petites structures ne bénéficiant pas pour la plupart d'une formation juridique, s'en remettent principalement aux dispositions législatives. Ainsi, le rôle du législateur est déterminant en matière de contrôle de la gestion sociale. Il organise un contrôle légal de la gestion des sociétés commerciales tout en laissant une marge de liberté aux dirigeants et aux associés pour renforcer volontairement celui-ci. Cette dualité relative à la nature du contrôle est un premier élément en faveur de l'existence d'un système de contrôle.

---

<sup>234</sup> E. Dubois et J. Chacornac, *Les limites de l'autorégulation en droit des sociétés*, BJS 2013, n° 11.



## **TITRE II - LES DISPOSITIFS LÉGAUX DE CONTRÔLE**





**356.** Si les dispositifs conventionnels ont une place centrale dans l'organisation du contrôle de la gestion des sociétés commerciales, ce sont les dispositifs légaux qui tiennent néanmoins la première place. Pour s'assurer du bon fonctionnement des sociétés commerciales, la gestion de celles-ci par les dirigeants exige un contrôle de leurs activités.

**357.** Or seul un contrôle de nature légale est en mesure d'assurer l'existence effective d'un contrôle de la gestion des sociétés. La nécessité de garantir la pérennité des sociétés commerciales ne permet pas de laisser l'organisation du contrôle des dirigeants à la seule volonté des associés. En effet, si ces derniers ne prennent aucune mesure en ce sens, le risque d'omnipotence et les risques de dérives liés à cette position prédominante des dirigeants font peser un danger trop important sur la pérennité des sociétés. Dans ces circonstances, le législateur est contraint de prévoir *a minima* des dispositifs légaux de contrôle.

**358.** A cette fin, la loi a érigé des dispositifs de contrôle de la gestion plus ou moins sophistiqués dans l'ensemble des sociétés commerciales. Des procédures de contrôle sont à la disposition des organes sociaux pour surveiller la gestion des affaires sociales par le dirigeant (Chapitre II).

**359.** Toutefois, en l'absence d'une vision éclairée de la gestion sociale, le contrôle de la gestion du dirigeant ne peut pas être exercé. La transparence s'impose donc comme une condition du contrôle (Chapitre I). Le législateur est donc contraint d'ériger en parallèle des mécanismes de contrôle, un ensemble de dispositions visant à assurer la circulation de l'information au sein des sociétés commerciales. Ces dispositions informationnelles indissociables des instruments de contrôle ne pouvaient être exclues de l'étude.

**360.** Cette indicibilité entre les instruments de contrôle et l'information atteste un peu plus de l'existence d'un système dans la mesure où du point de vue légal plusieurs paramètres sont à prendre en considération lorsqu'on s'interroge sur le contrôle de la gestion des sociétés commerciales.



## Chapitre I – La transparence : une condition du contrôle

**361.** L'information est le véhicule du savoir. Elle consiste en une communication collective de renseignements<sup>235</sup>. Dans le sens courant, cette notion renvoie à un ensemble de connaissances réunies sur un sujet déterminé. On pressent à la lumière de ces définitions, de l'intérêt porté à l'information en droit des sociétés. L'information est une condition préalable indispensable au contrôle. Logiquement, le contrôle d'une activité ne peut se réaliser que sur la base d'informations relatives à celle-ci ; l'opacité de l'activité donc est un frein à son contrôle.

**362.** C'est sur ce postulat, que l'information légale s'est développée. A l'origine<sup>236</sup>, l'information n'était pas un thème central du législateur. Au contraire, les lois antérieures à celle de 1966 faisaient état d'une information peu détaillée au bénéfice des organes sociaux. Même si l'information constituait une ligne forte en 1966<sup>237</sup>, le droit restait sur ce sujet encore lacunaire. C'est la doctrine par le biais des réflexions sur le gouvernement d'entreprise qui a mis en lumière l'impérieuse nécessité d'octroyer au bénéfice des organes de contrôle une information étendue de la gestion sociale. La transparence est avancée comme l'une des clés permettant d'éviter ou à tout le moins de minimiser les abus, de même que les conflits d'intérêts. Elle permet aussi de mettre en lumière des dysfonctionnements qu'il est nécessaire de résoudre pour s'assurer de la pérennité de la gestion. A l'échelle européenne<sup>238</sup> cette même démarche de transparence irrigue le droit des sociétés et participe à l'amélioration au plan national de l'information sociale.

**363.** La modernisation du droit a donc conduit à un développement de l'information à la charge des dirigeants et une extension de l'obligation de transparence dans toutes les sociétés<sup>239</sup>. La société « boîte noire » est devenue une « boîte de verre »<sup>240</sup>. Pour ce faire, deux axes ont été privilégiés par le législateur. Ce dernier s'est attaché à développer l'information des associés (Section I) ainsi que celle des autres organes de contrôle (Section II).

---

<sup>235</sup> Y. Guyon, *Les enjeux juridiques* in colloque CREDA, *L'information légale dans les affaires : Quels enjeux ? Quelles évolutions ?* JCP E 1994, n° 39, p. 387, édu. P. Grandjean.

<sup>236</sup> L'article 35 de la loi du 24 juillet 1867 ébauchait à peine un système d'information. L'information se résumait à la consultation au siège social avant l'assemblée, de l'inventaire de la liste des actionnaires, de la copie du bilan résumant l'inventaire et le rapport du commissaire aux comptes.

<sup>237</sup> I. Urbain-Parleani et M. Boizard, *L'objectif d'information dans la loi du 24 juillet 1966*, Rev. soc. 1996, p. 447.

<sup>238</sup> Avec notamment : le plan d'action de la Commission européenne intitulé « Modernisation du droit des sociétés et renforcement du gouvernement d'entreprise dans l'Union européenne- Un plan pour avancer ». La modernisation passe par le développement de l'information et par l'extension de l'obligation de transparence des sociétés cotées et non cotées.

<sup>239</sup> Les Lacunes les plus criantes ont été relevées dans le fonctionnement des sociétés anonymes. C'est au sein de ces sociétés que les avancées les plus importantes ont été mises en œuvre par le législateur. Néanmoins, il ne faut en aucun cas éluder les améliorations intervenues au sein des autres sociétés commerciales, notamment les SARL.

<sup>240</sup> M. Teller, *L'information des sociétés cotées et non cotées : une évolution certaine, de nouveaux risques probables*, RTD. com. 2007, p. 17.

## Section I - L'information des associés

**364.** La loi du 24 juillet 1966 a amorcé une œuvre considérable en instaurant une information moderne. Les dispositions relatives à l'information des associés ont été étoffées à cette occasion. A partir de cette date sont précisés : le droit de communication, les documents, les délais et la forme de l'information. Le décret du 23 mars 1967 détaillait avec minutie le système d'information. Toutes les sociétés commerciales étaient touchées par cette réforme de l'information. Néanmoins malgré les apports de la loi de 1966, l'information demeurait insuffisante. La loi NRE du 15 mai 2001<sup>241</sup> a donc poursuivi le mouvement de fond relatif à l'information légale à la charge des dirigeants. Par cette nouvelle contribution l'objectif du législateur est de « *doter les sociétés françaises d'un fonctionnement plus transparent* ». Cet objectif se concrétise au fil des réformes, essentiellement dans les sociétés par action, sans oublier pour autant les autres formes sociales.

**365.** Les réformes ont permis aux associés d'asseoir leur droit à l'information, ce qui par corolaire a élargi le domaine de l'information à la charge du dirigeant. L'obligation d'information s'examine traditionnellement sous l'angle associé/dirigeant lors de l'assemblée générale annuelle qui statue sur les comptes sociaux. Il s'agit pour l'essentiel, d'une obligation d'information relative aux états financiers de la société. Cependant, à côté de cet aspect traditionnel, une autre information a été introduite par le législateur au sein des sociétés de taille importante. En ce sens, les dirigeants se voient astreints à communiquer sur des éléments relatifs à la gouvernance de la société ainsi que sur des informations à caractère extra-financier.

**366.** Si l'on interroge sur les raisons d'un tel renforcement, il faut rechercher la réponse dans les rapports sociaux. En tant que mandataire social, le dirigeant a une obligation de rendre compte de sa gestion aux associés. Ces derniers ont un droit à l'information qui est « *inhérent à l'appartenance de l'associé à la société*<sup>242</sup> ». Il constitue le pendant du droit des associés de participer à la vie sociale. Cette participation ne peut avoir lieu sans une information préalable des associés pour éclairer leur vote. Or l'exercice du droit de vote matérialise le contrôle des associés sur la gestion des dirigeants. Dès lors, l'information est une condition de l'effectivité du contrôle.

---

<sup>241</sup> D. Velardocchio, *La transparence en droit des sociétés dans la loi sur les nouvelles régulations économiques*, Dr. et patr. 2001, n° 98.

<sup>242</sup> I. Urbain-Parleani et M. Boizard, art. cit., p. 447.

**367.** Il est donc nécessaire d'aller plus loin dans l'analyse du droit à l'information afin d'appréhender la manière dont le législateur garantit celle-ci auprès des organes de contrôle et notamment des associés. Sa teneur doit être recherchée dans les dispositions spécifiques à chacune des sociétés commerciales en raison de l'absence de régime uniforme. Néanmoins, l'information suit une même logique et s'organise suivant des principes communs dans l'ensemble des sociétés (§1). En marge de dispositions légales relatives à l'information, un régime spécifique s'applique aux sociétés cotées en raison de leur positionnement sur le marché. A côté des dispositions générales a donc été érigée par le législateur sous l'influence du droit communautaire une information réglementée (§2).

### **§1- Des mécanismes d'information généraux des associés**

**368. Evolution du droit à l'information** - Le droit des sociétés n'a eu de cesse ces dernières décennies d'améliorer l'information des associés. La réhabilitation des droits des associés, sous l'impulsion du droit communautaire et anglo-saxon a incité le législateur à développer les procédés d'information. Ce mouvement s'est amorcé avec le décret du 30 octobre 1935. La nécessité de protéger les associés avait principalement conduit le législateur à étendre le droit de communication préalable aux assemblées. La liste des documents à dispositions avait été revue à la hausse<sup>243</sup>. A cela s'ajoutait une seconde innovation majeure, un droit à la communication permanent des documents sociaux soumis aux assemblées des trois derniers exercices<sup>244</sup>. Malgré ces dispositions, la situation des actionnaires demeurait inchangée<sup>245</sup>. C'est la loi du 24 juillet 1966 qui amorce un renforcement du droit à l'information des associés et l'ensemble des sociétés sont visées par ce regain informationnel.

**369.** Les sociétés anonymes sont au cœur de la réforme, la nécessité d'attirer les actionnaires a forcé le législateur à améliorer la position de ces derniers. La distance entre le pouvoir et le capital explique le besoin spécifique de renforcer le droit à l'information de l'actionnaire. En effet, distant de la gestion quotidienne, les actionnaires peinent à exercer un contrôle en l'absence d'informations suffisantes. Toutefois, les autres sociétés commerciales ne sont pas en reste. La société à responsabilité limitée bénéficie en ce qui concerne le droit à la communication, d'un alignement sur les sociétés anonymes. Quant à la société en nom collectif, avant la réforme de 1966, il n'existait aucune organisation légale de l'information, le législateur est venu garantir aux associés en nom collectif un minimum d'informations.

---

<sup>243</sup> Art. 35 al. 2 nouveau de la loi du 24 juill. 1867 modifié par le Décret du 30 oct. 1935.

<sup>244</sup> Art. 35 al. 3 nouveau de la loi du 24 juill. 1867 modifié par le Décret du 30 oct. 1935.

<sup>245</sup> Une partie de la doctrine à l'instar de H. Solus, in *La réforme du droit des sociétés par les décrets-lois de 1935 et 1937*, Sirey 1938, spéc. n°301, considérait cette réforme comme une évolution marquante de la situation des actionnaires.

**370.** Ainsi depuis les années 1966, le droit des sociétés renforce l'information des associés<sup>246</sup> sous l'influence notamment des développements sur le gouvernement d'entreprise et celle du droit communautaire<sup>247</sup>. Il résulte de ces réformes, un régime d'obligations d'informations précis dans lequel se juxtaposent une information spontanée à la charge des dirigeants (A) et une information qui doit être mise à disposition sur demande (B).

#### **A-L 'information spontanée à la charge des dirigeants sociaux**

**371.** L'information spontanée fait référence à l'information due par les dirigeants aux associés sans initiatives de ces derniers. Dans un souci de clarté, la méthode adoptée sera de sérier les obligations d'informations en vigueur dans chaque société commerciale<sup>248</sup> en suivant la dichotomie classique : l'information permanente (a) et l'information ponctuelle (b).

#### **a-L 'information permanente**

**372.** Afin de s'assurer que les associés sont placés dans des conditions leurs permettant d'exercer un contrôle de la gestion, dans chaque forme sociale ou presque, le législateur a organisé au profit des associés un droit à la communication permanente. On qualifie d'information permanente, celle qui est due tout au long de l'année aux associés par opposition à l'information périodique qui fera l'objet du développement suivant.

**373.** Cette précision apportée, il faut noter que compte tenu de la diversité des régimes juridiques applicables aux différentes sociétés commerciales, une analyse exhaustive du droit à l'information impose d'identifier les mécanismes informationnels propres à chaque forme

---

<sup>246</sup> La loi NRE et les lois postérieures viennent affiner les obligations d'informations issues de la loi de 1966. Elles viennent notamment accroître la transparence sociale avec une information sur les conventions réglementées, sur la rémunération des dirigeants, sur l'identification des actionnaires ou encore mettre à disposition des associés des mécanismes destinés à renforcer l'effectivité du droit à l'information avec les injonctions de faire. Sur le sujet : D. Bureau, *La loi relative aux nouvelles régulations économiques. Aspects de droit des sociétés*, BJS 2001, n° 6, p.553 ; H. Le Nabasque, *Commentaire des principales dispositions de la loi n° 2003-706 du 1er août 2003 sur la sécurité financière intéressant le droit des sociétés*, BJS 2003, n° 8-9, p. 859.

<sup>247</sup> Dynamique européenne qui vise à accroître la transparence au sein des sociétés commerciales. Avec notamment, la loi du 3 juill. 2008 qui transpose en droit français des sociétés pas moins de deux directives communautaires (la directive n° 2005/56/CE du 26 octobre 2005 sur les fusions transfrontalières des sociétés de capitaux et la directive n° 2006/46/CE du 14 juin 2006 accroissant les obligations de transparence). Sur l'influence du droit communautaire en matière d'information des associés, voir notamment : S. Mousoulas, *L'information financière, la coordination du droit des sociétés dans la Communauté et la protection des actionnaires et des tiers*, LPA 1989, p. 71 s ; V. Jamet et M. Teller, *La directive « transparence » : étape décisive vers un big-bang annoncé de l'information financière ?* BJB 2004, n°4, p. 429 ; Colloque du 18 mai 2001, *L'entreprise sous les influences réciproques du droit européen et des droits nationaux*, Rev. soc. 2001, p. 191 et s., avec les conclusions du Pr. Y. Guyon, p. 314 ; L. Idot, *L'eupéanisation du droit des affaires, sens et portée*, in *Le droit des affaires du XXIe siècle*, colloque de l'association droit et commerce 2000, RJ com. 2001, p. 93.

<sup>248</sup> L'étude de la société en commandite simple n'est pas nécessaire en ce que les droits à la communication des associés sont les mêmes que ceux des associés en nom collectif. Le législateur opère un renvoi au régime de la SNC. De même que pour la société en commandite par actions, le droit à l'information des commandités est assimilable à ceux des associés en nom. Quant aux commanditaires, c'est une assimilation à la situation des actionnaires qui s'applique.

sociale. Si cette méthode s'applique pour l'information permanente, elle s'applique également à tous les aspects du droit à l'information.

**374. Société en nom collectif** – Concernant la société en nom collectif, l'article L. 221-8 du code de commerce autorise les associés non gérants à prendre connaissance des documents sociaux au siège social et ce à toute époque de l'année, en dehors de la tenue de l'assemblée générale annuelle. Néanmoins, le législateur limite l'exercice de ce droit à deux fois par associé durant l'exercice social. Les documents visés sont précisés à l'article R. 221-8 du même code. Il s'agit : des livres de commerce et de comptabilité, des contrats, factures, correspondances, procès-verbaux et plus généralement de tout document établi par la société ou reçu par elle. Dans l'exercice de ce droit, la loi précise que l'associé peut se faire assister d'un expert. Lorsque l'on compare l'étendue de ce droit avec ce qui est prévu dans les autres formes sociale, la société en nom collectif confère un droit de regard plus important sur la gestion. Cela se justifie par l'ampleur de la responsabilité incombant à chacun des associés.

**375.** Toutefois, si la formule retenue offre un large droit à l'information, ce dernier a malgré tout été revu à la baisse lors de la loi de 1966. Avant cette réforme la doctrine considérait que les associés pouvaient « *se procurer une information directe sur l'activité des gérants, d'avoir accès à l'ensemble des documents sociaux, d'interroger et d'observer les différents chefs de service, de suivre de manière concrète la marche de la société*<sup>249</sup> ». Une définition aussi large posait dans la pratique certaines difficultés d'ingérence des associés non gérants dans la gestion, ce qui favorisait l'émergence de conflits. Conscient de cette dérive, le législateur a réduit ce droit tout en garantissant aux associés un droit de regard suffisant.

**376. Société à responsabilité limitée** – Concernant la société à responsabilité limitée, l'article L. 223-26 alinéa 4 du code de commerce autorise les associés à obtenir à toute époque de l'année des documents sociaux concernant les trois derniers exercices. C'est l'article R. 223-15 qui dresse une liste limitative<sup>250</sup> des documents à communiquer. Il indique que « *Tout associé a le droit, à toute époque, de prendre par lui-même connaissance des documents suivants au siège social : bilans, comptes de résultats, annexes, inventaires, rapports soumis aux assemblées et procès-verbaux de ces assemblées concernant les trois derniers exercices. Sauf en ce qui concerne l'inventaire, le droit de prendre connaissance*

---

<sup>249</sup> V. Lecompte, *Le droit de contrôle des associés non gérants dans les sociétés en nom collectif*, Journ. Sociétés 1934, p. 273.

<sup>250</sup> La jurisprudence a affirmé le caractère limitatif de la liste dressée par le législateur. En ce sens, CA Besançon, 11 déc. 2001, Dr. sociétés 2002, com. 119, note J. Monnet.

*emporte celui de prendre copie* ». Il doit être ajouté à cette liste, le droit d'obtenir à toute époque de l'année la délivrance d'une copie conforme des statuts en vigueur<sup>251</sup>.

**377.** On constate dès lors que l'information permanente des associés de la société à responsabilité est moins étendue que pour les associés en nom collectif. Les associés ne peuvent consulter les documents sociaux de l'année en cours contrairement aux associés de société en nom collectif. Par contre, ils disposent de la même faculté de se faire assister d'un expert. Ce même constat est transposable à l'information permanente des associés de sociétés anonymes.

**378. Société anonyme** – Au terme de l'article L. 225-117 du code de commerce, tout actionnaire a le droit à toute époque de l'année d'obtenir communication des documents visés à l'article L. 225-115 portant sur les trois derniers exercices, ainsi que des procès-verbaux et feuilles de présence des assemblées tenues au cours de ces derniers. Le droit de communication porte sur les documents suivants : les comptes annuels, éventuellement les comptes consolidés, la liste des administrateurs ou membre du directoire et du conseil de surveillance, le rapport du conseil d'administration, et des commissaires aux comptes, le texte et l'exposé des motifs de résolutions proposées, les renseignements concernant les candidats au poste d'administrateur ou au conseil de surveillance, le montant global certifié des rémunérations versées aux personnes les mieux rémunérées, les procès-verbaux des assemblées tenues au cours des trois derniers exercices ainsi que les leurs feuilles de présence, et éventuellement les bilans sociaux (Art. L. 2323-74 du C. trav.). Il est important de noter que dans l'exercice de son droit de communication permanent l'actionnaire peut se faire assister par un expert.

**379. Société en commandite simple** -S'agissant de la société en commandite simple, le législateur confère à l'associé commandité le droit de prendre connaissance de tous les documents comptables qui reflètent la situation de la société et ce selon les mêmes modalités que l'associé en nom collectif. Le commanditaire a le droit d'obtenir communication des livres et documents sociaux deux fois par an (Art. L. 222-7 du C.com.). En vertu de cette attribution, il dispose du droit de prendre par lui-même, au siège social, connaissance des livres de commerces et de comptabilité, des contrats, des factures, des correspondances des procès-verbaux et de tout autre document établi ou reçu par la société. Ce droit de consultation emporte celui de prendre copie.

---

<sup>251</sup> Art. R. 223-14 du C.com.



**380. Société en commandite par action** - Cette forme sociale emprunte au régime des sociétés en nom collectif pour les associés commandités et au régime des actionnaires pour les associés commanditaires. Il convient donc d'effectuer un double renvoi à ces dispositions concernant le droit à l'information permanent de ces différentes catégories d'associés.

**381. Société par action simplifiée** - Concernant les associés de la société par action simplifiée, ils voient leur droit à l'information sensiblement réduit en comparaison avec l'actionnaire d'une société anonyme. En effet, les dispositions relatives aux assemblées générales sont écartées et l'associé se voit en outre privé du droit permanent à l'information prévu à l'article L. 225-117 du code de commerce.

**382. *In fine***, à l'exception de la société par actions simplifiée le législateur confère un droit de regard permanent plus au moins étendu sur la gestion sociale. Cette communication est complétée par une information périodique, permettant aux associés d'exercer un vote éclairé en assemblée générale.

#### **b-Les obligations d'information périodiques**

**383.** Les associés doivent pouvoir exercer leur droit de vote en pleine connaissance de cause, ce qui suppose d'imposer aux dirigeants des obligations d'information préalable aux assemblées. Le socle de cette information repose sur : les comptes sociaux, le rapport de gestion et le projet de résolutions, même si dans certaines formes sociales le législateur a considérablement étendu le domaine de cette information. La volonté de ce dernier d'améliorer la participation des associés en assemblée passe nécessairement par l'amélioration de l'information. La loi a su se réformer pour atteindre cet objectif.

**384.** Il est difficile d'appréhender l'information périodique en raison de sa complexité et ce spécifiquement pour la société anonyme. Dans ces circonstances, un exposé clair du contenu de l'information préalable pour chacune des formes sociales s'impose une nouvelle fois.

**385. Société à responsabilité limitée** – Au sein des société à responsabilité limitée, préalablement à l'assemblée générale annuelle, le gérant a l'obligation d'envoyer aux associés certains documents<sup>252</sup>. L'article R. 223-18 du code de commerce précise qu'au plus tard dans les quinze jours précédant l'assemblée, les comptes annuels, le rapport de gestion, le texte des résolutions proposées, ainsi que, le cas échéant, les comptes consolidés, le rapport sur la gestion du groupe et les rapports du commissaire aux comptes sur les comptes annuels et les

---

<sup>252</sup> Art. L. 223-26 du C.com.

comptes consolidés sont adressés aux associés. Ces documents sont envoyés au domicile des associés sans avoir besoin d'en réclamer l'envoi. L'inventaire est quant à lui pour des questions pratiques tenu à disposition des associés au siège social suivant ce même délai.

**386. Société en nom collectif-** Concernant les sociétés en nom collectif, le droit à l'information périodique des associés non gérant est réglementé à l'article L. 221-7 aliéna 2 du code de commerce, complété par les articles L. 232-1 et L. 232-6 du même code. Au terme de ces articles, il incombe au gérant de communiquer ou de mettre à disposition des associés une série de documents sociaux. Sont obligatoirement communiqués aux associés avant l'assemblée d'approbation des comptes : les comptes annuels et comptes consolidés (dans l'hypothèse où la société dispose de filiales), le rapport de gestion de la société et le rapport de gestion du groupe (dans l'hypothèse où la société dispose de filiales, l'inventaire. Il faut noter que par comptes annuels, il faut entendre : le bilan, le compte de résultat et l'annexe. A cette liste il doit enfin être ajoutés les documents qui ressortent de l'article L. 232-1 du code de commerce, à savoir les annexes du bilan qui font état des cautionnements consentis par la société. Les associés ont également droit selon le même texte à la communication des documents accessoires de l'assemblée générale. Il s'agit des projets de résolutions, ainsi que, lorsqu'un commissaire aux comptes est nommé, du rapport du commissaire aux comptes sur les comptes annuels ou sur les comptes consolidés et sur la gestion du groupe, selon les cas.

**387.** L'ensemble de ces documents doit être adressé aux associés, à l'exception de l'inventaire qui doit être tenu à la disposition des associés au siège social de la société. Cet envoi doit être obligatoirement réalisé au plus tard dans le délai de quinze jours précédant la tenue de l'assemblée<sup>253</sup>. A noter que cette procédure n'est exigée que pour l'assemblée générale annuelle. Pour les autres, il revient aux statuts de préciser les documents à communiquer aux associés. Enfin, le dépôt des comptes aux greffes du Tribunal de Commerce est obligatoire au terme de l'article L. 232-21 du code de commerce pour les sociétés en nom collectif dont les associés sont des sociétés à responsabilité limitée, des sociétés par actions ou des sociétés en nom collectif ou en commandite simple dont les associés infiniment responsables sont des sociétés à responsabilité limitée ou des sociétés par actions. *Qu'en est-il concernant les sociétés anonymes ?*

**388. Société anonyme** – La loi de 1966 et les réformes ultérieures ont considérablement renforcé l'information préalable des actionnaires afin qu'ils puissent se faire une opinion

---

<sup>253</sup> Art. R. 221-7 du C.com.

personnelle de la gestion. Elle s'organise autour de trois dispositions. Les dirigeants sont tenus à une mise à disposition de documents au siège social ainsi que d'adresser aux associés qui en font la demande certains documents dont la liste est fixée par les textes. En outre, tout envoi de procuration doit être accompagné d'un certain nombre de renseignements.

**389.** A compter de la convocation à l'assemblée générale, et pendant un délai de quinze jours, les actionnaires sont habilités par l'article R. 225-89 du code de commerce à prendre connaissance des documents listés par les articles L. 225-115 et R. 225-83 du même code. Figure dans cette liste notamment : les documents comptables (bilan, comptes de résultat et annexe) ainsi que le tableau d'affectation du résultat (Art. L.225-115 1° et R. 225-83 6° C.com), le cas échéant les comptes consolidés et le rapport de gestion du groupe (Art. L. 225-115 1° et R. 225-83 6° C.com), le texte et l'exposé des motifs des projets de résolutions, le rapport du conseil d'administration ou du directoire (Art. L. 225-115 2° et R. 225-83 4° et 6° C.com), un tableau faisant apparaître les résultats de la société au cours de chacun des cinq derniers exercices (Art. R. 225-83 6° C.com), le rapport du commissaire aux comptes (Art. L. 225-115 2° et R. 225-83 6° C.com), les observations du conseil de surveillance, s'il y a lieu, le montant global des rémunérations versées aux personnes les mieux rémunérées (Art. L. 225-115 4° C.com), la liste des actionnaires (Art. L. 225-116 et R. 225-90 al. 1 C.com), le dernier bilan social, le tableau récapitulatif des délégations de compétence, la communication de l'inventaire a quant à elle été supprimée par la loi du 17 mai 2011 de simplification et d'amélioration du droit.

**390.** Indépendamment des documents que les actionnaires ont le droit de consulter, ces derniers peuvent solliciter sous certaines conditions, que leur soit adressés un certain nombre de documents et renseignements spécifiés par les textes. Cette prérogative leur est offerte par l'article R. 225-88 du code de commerce. Ce dernier précise qu'« à compter de la convocation de l'assemblée et jusqu'au cinquième jour inclusivement avant la réunion, tout actionnaire titulaire de titres nominatifs peut demander à la société de lui envoyer, à l'adresse indiquée, les documents et renseignements mentionnés aux articles R. 225-81 et R. 225-83 ». Cette même faculté est offerte à tout actionnaire propriétaire de titres au porteur<sup>254</sup>. A noter que seul les documents expressément prévus par les textes doivent faire l'objet d'un envoi sur demande<sup>255</sup>.

---

<sup>254</sup> Art. R. 225-88 al. 2 du C.com.

<sup>255</sup> Ceux-ci ne peuvent exiger l'envoi des documents tenus à leur disposition au siège social. En ce sens, TGI Strasbourg, 26 sept. 1969, RTD com. 1970, p. 150, obs. R. Houin.

**391.** Pour résumer les documents visés sont : l'ordre du jour (Art. R. 225-81 1° C.com.), le texte des projets de résolution, les points ajoutés à l'ordre du jour à la demande des actionnaires, les noms des dirigeants, le rapport du conseil d'administration ou du directoire ainsi que le cas échéant, les observations du conseil de surveillance (Art. R. 225-83 4° C.com.), un exposé sommaire de la situation de la société pendant l'exercice écoulé (Art. R. 225-81 3° C.com.), le tableau des résultats de la société (Art. R.225-81 3° C.com), la liste des dirigeants(Art. R. 225-83 1° c.com), en cas de nomination d'un administrateur : les renseignements sur le candidat, une formule de procuration(Art. R. 225-81 al.1 C.com) et un formulaire de vote à distance(Art. R. 225-81 5° C.com), une formule de demande d'envoi de documents (Art. R. 225-81 4° C.com) .

**392.** S'ajoute à ces documents lorsqu'il s'agit de l'assemblée générale annuelle : les comptes annuels, les comptes consolidés et le cas échéant le rapport sur la gestion du groupe, les rapports du commissaire aux comptes<sup>256</sup>. L'étendue de l'information envoyée est moins importante que celle mise à disposition. Ainsi en est-il notamment du rapport du commissaire aux comptes ou du montant global des rémunérations. Des raisons pratiques guident ce choix du législateur.

**393.** Lorsque le dirigeant adresse une formule de procuration à des actionnaires, les documents de l'article R. 225-81 du code de commerce doivent nécessairement accompagner cette formule. Il s'agit : de l'ordre du jour de l'assemblée, du texte des projets de résolutions présenté par le conseil d'administration ou le directoire, un exposé sommaire de la situation de la société pendant l'exercice écoulé accompagné d'un tableau faisant apparaître les résultats de la société au cours de chacun des cinq derniers exercices ou si leur nombre est inférieur à cinq , de chacun des exercice clos depuis la constitution de la société ou l'absorption par celle-ci d'une autre société, une formule de demande d'envoi des documents et renseignements mentionnés à l'article R. 225-83 du même code. Enfin, il convient de joindre à la formule de procuration un formulaire de vote à distance, indiquant à l'actionnaire les choix de la formule de procuration.

**394. Société en commandite par action** – Pour la société en commandite par action, le commanditaire bénéficie des mêmes droits à l'information préalable à l'assemblée générale qu'un actionnaire de société anonyme. La situation du commandité nécessite un renvoi aux

---

<sup>256</sup> Ces différents rapports sont : le rapport sur les comptes annuels et le rapport spécial sur les conventions réglementées, éventuellement le rapport sur les documents de gestion prévisionnelle, éventuellement aussi le rapport sur la mise en œuvre de la procédure d'alerte.

dispositions de l'associé en nom collectif en cette matière. A noter que, les associés de la société en commandite simple suivent ces mêmes règles.

**395. Société par action simplifiée** – Enfin, les associés d'une société par action simplifiée privés de leur droit à la communication permanente, les associés se voient également retirer le droit à l'information préalable aux assemblées générales qu'instituent les articles L. 225-115 et L. 225-116 du code de commerce. Cela étant, même si aucune disposition légale n'impose de satisfaire une obligation d'information préalable aux assemblées, on peut penser que le droit de voter en pleine connaissance de cause, impose aux dirigeants d'informer les associés sur les sujets faisant l'objet de décisions collectives<sup>257</sup>. Les dirigeants doivent prendre les mesures nécessaires pour que les associés soient exactement informés avant la prise de décisions. En ce sens, les comptes annuels et le rapport de gestion doivent être communiqués aux associés selon les modalités fixées par les statuts ou à défaut, dans un délai suffisant pour que ces derniers aient le temps de les examiner et ainsi se prononcer en connaissance de cause.

**396.** Conjointement à l'information communiquée ou consultable au siège social, tous les associés disposent du droit d'interroger le dirigeant afin de parfaire leur connaissance de la gestion sociale.

### **B-L 'information réclamée**

**397.** Les associés peuvent ne pas se satisfaire de l'information systématiquement communiquée par les dirigeants. Afin de pouvoir exercer un contrôle plus étroit sur la gestion des dirigeants, les associés disposent d'un droit de poser des questions aux dirigeants. Ici encore il est nécessaire de distinguer deux situations. Le droit de poser des questions avant l'assemblée (a) et le droit de poser des questions durant l'exercice social (b).

#### **a-Le droit de questionner le dirigeant à l'occasion de l'assemblée générale**

**398.** Le législateur prévoit la faculté pour les associés, « à compter de sa convocation et jusqu'à l'ouverture de l'assemblée, de poser des questions écrites aux dirigeants afin de parfaire leur information sur des points particuliers<sup>258</sup> ». Ce droit est essentiel du point de vue du contrôle de la gestion. Il permet aux associés de mettre à jour, à l'occasion de l'assemblée générale des points sur la gestion qui nécessitent de plus amples développements.

---

<sup>257</sup> En ce sens : CA Limoges 28 mars 2012, BJS 2012, p. 623, note M. Germain et P.-L. Périn.

<sup>258</sup> J.-M. Moulin, *Sociétés anonymes, Droits des actionnaires*, J.-Cl « commercial », fasc. 1484, 2017, n°19.

Donc plus qu'un droit de questionner, cette prérogative offre un droit d'obtenir une réponse précise.

**399.** Cette faculté se trouvait initialement dans les textes relatifs aux sociétés en nom collectif et ceux sur les sociétés à responsabilité limitée. Elle a été ensuite étendue aux sociétés anonymes par la loi du 1<sup>er</sup> mars 1984. Au sein des sociétés dans lesquelles ce droit est octroyé aux associés, l'exercice de celui-ci est encadré de manière similaire. Une limite temporelle impose d'exercer ce droit qu'en prévision d'une assemblée.

**400. Société anonyme** - Pour les sociétés anonymes c'est l'article L. 225-108 alinéa 3 du code de commerce<sup>259</sup> qui dispose qu'« à compter de la communication prévue au premier alinéa, tout actionnaire a la faculté de poser par écrit des questions auxquelles le conseil d'administration ou le directoire, selon le cas, est tenu de répondre au cours de l'assemblée ». Cette prérogative est offerte à tout actionnaire et ce sans condition de pourcentage requis. Néanmoins une limite apparaît relative au sujet de la question. Celle-ci doit être en relation avec l'un des points de l'ordre du jour de l'assemblée.

**401. Société à responsabilité limitée** – Dans les sociétés à responsabilité limitée, dès la réception des documents nécessaires à la tenue de l'assemblée, tout associé quel que soit son poids dans la participation détient la faculté de poser par écrit des questions auxquelles le gérant est tenu de répondre au cours de cette assemblée<sup>260</sup>. Sous réserve de ne pas abuser de ce droit, le nombre de questions n'est pas limité, dès lors qu'elles sont en relation avec l'ordre du jour<sup>261</sup>. Cette prérogative permet aux associés de porter au débat des éléments non-inscrits à l'ordre du jour. Cependant, il n'en résultera aucun vote.

**402. Société par action simplifiée**- Par contre, à la différence des autres formes sociales, la société par action simplifiée n'offre pas aux associés la faculté de poser des questions aux dirigeants sociaux préalablement à la tenue d'une assemblée générale. Le régime ultra-libéral de la société par action simplifiée limite au strict minimum le droit à l'information des associés. Il revient à ces derniers d'organiser contractuellement leur droit au savoir. Cependant, le législateur ne limite pas le droit de poser des questions à la période de l'assemblée générale. Il octroie en outre aux associés le droit de questionner en cours d'exercice les dirigeants sociaux. Ce droit peut être mis en œuvre tout au long de l'année mais seulement deux fois par exercice.

---

<sup>259</sup> Sur cette disposition v. notamment : A. Viandier, *Questions écrites des actionnaires*, Rev. soc. 2014, p. 306.

<sup>260</sup> Art. L. 223-26, al. 3 du C.com.

<sup>261</sup> Exemple d'abus dans une SA: T. com. Paris, 11 mai 2004, JCP E 2004, 1154, note A. Viandier.

## **b-Le droit de questionner le dirigeant en cours d'exercice**

**403.** Il paraît fondamental de permettre aux associés de questionner les dirigeants sur la gestion en dehors des assemblées générales. Cette prérogative inhérente au droit de contrôle des associés permet de mettre en lumière certains points de gestion restés sous silence ou insuffisamment développés.

**404.** Ainsi la loi prévoit le droit de questionner le dirigeant en cours d'exercice dans plusieurs formes sociales. Pour autant le dispositif varie d'une société à l'autre, d'où l'importance d'analyser avec rigueur les différents dispositifs. Néanmoins, une constante commune ressort : le droit de questionner le dirigeant n'est pas absolu. Des dispositions précises viennent limiter l'exercice de ce droit afin d'éviter les abus et éviter le harcèlement du dirigeant. Le législateur cherche à travers ces dispositions un compromis entre le droit de regard des associés et la nécessaire autonomie de gestion des mandataires sociaux.

**405. Société anonyme** – Au sein des sociétés anonymes, l'article L. 225-232 du code de commerce autorise un ou plusieurs actionnaires représentant au moins 5 % du capital à poser deux fois par exercice, des questions sur tout fait de nature à compromettre la continuité de l'exploitation. Le président du conseil d'administration ou du directoire est tenu de répondre dans un délai d'un mois.

**406. Société à responsabilité limitée** – Concernant la société à responsabilité limitée, dans le cadre du dispositif d'alerte, le législateur octroie aux associés la faculté pour « *tout associé non gérant peut, deux fois par exercice, de poser par écrit des questions au gérant sur tout fait de nature à compromettre la continuité de l'exploitation* <sup>262</sup> ». Ici contrairement aux sociétés anonymes, aucune condition relative à la détention d'une fraction de capital n'est exigée pour ouvrir droit à cette faculté.

**407. Société en nom collectif** - Au sein de cette forme sociale, l'article L. 221-8 du code de commerce confère aux associés non gérant le droit de poser des questions au gérant. Cette prérogative peut être exercée à toute époque de l'année. Toutefois, la loi limite à deux fois par an le droit de questionner le gérant sur la gestion sociale.

**408. Société par action simplifiée** – Enfin, malgré un droit à l'information réduit dans les sociétés par actions simplifiées, certaines dispositions concernant les sociétés anonymes

---

<sup>262</sup> Art. L. 223-36 du C.com.

peuvent être invoquer, notamment le droit de poser, deux fois par an, des questions écrites au président sur tout fait de nature à compromettre la continuité de l'exploitation<sup>263</sup>.

**409. Société en commandite simple** – Concernant les associés commandités, ils sont placés dans la même situation que les associés en nom collectif. Il convient donc de se référer aux règles qui s'appliquent à eux notamment en ce qui concerne le droit à l'information. Quant aux commanditaires, ils ont le droit, deux fois par an de poser par écrit, à propos de la gestion sociale, des questions auxquelles il est répondu par écrit en vertu de l'article L. 222-7 du code de commerce.

**410. Sociétés en commandite par actions** – De même, que pour la forme sociale précédente, les associés commandités disposent du même statut que les associés en nom collectifs. Un renvoi à ces dispositions s'impose relativement au droit à l'information. Concernant les commanditaires, leur situation est calquée sur les actionnaires de la société anonyme. Par conséquent, il convient de se référer au droit pour les actionnaires de questionner le dirigeant d'une société anonyme.

**411.** Dans l'ensemble des sociétés, lorsque les associés usent de cette prérogative et ce quel que soit le moment, le dirigeant est tenu de fournir une information complète sur le point soulevé<sup>264</sup>. Il ne peut en aucun cas se limiter à des réponses de pures formes. Le dirigeant « *doit dans ses réponses, satisfaire la légitime curiosité des actionnaires*<sup>265</sup> » pourvu que les questions soient posées dans l'intérêt social<sup>266</sup>. Par l'exercice de ce droit l'associé « *sera dans une meilleure position pour demander ensuite, le cas échéant, la désignation d'un expert de gestion*<sup>267</sup> ».

**412.** Cet inventaire minutieux des dispositions informationnelles au bénéfice des associés témoigne de l'intérêt porté par le législateur à la transparence dans le fonctionnement social. Il s'est attaché à organiser scrupuleusement l'information de chacun des associés afin que ces derniers puissent être en mesure d'exercer leur contrôle sur la gestion sociale. L'ensemble des sociétés commerciales sont concernées par cette démarche. Néanmoins si la méthode employée est commune, les dispositions sont propres à chaque structure, ce qui explique la nécessité d'un exposé descriptif.

---

<sup>263</sup> Art. L. 225-232 du C.com.

<sup>264</sup> La réponse peut donner lieu à discussion. En ce sens : CA Paris, 23 avr. 1985, RJ com. 1986, p. 143, spéc. p. 149, note P. Le Cannu.

<sup>265</sup> Y. Guyon, *Assemblées d'actionnaires*, Rép. sociétés Dalloz, 2017, n° 87.

<sup>266</sup> T. com. Paris, 2e ch., 11 mai 2004, SA Suez c/Delville relatif à une société anonyme mais transposable aux autres sociétés, JCP E 2004. 1154, note A. Viandier ; CA Paris, 14 févr. 2006, RJDA 8-9/06, n° 908.

<sup>267</sup> J-P. Sortais, *Protection des minoritaires*, Rép. sociétés Dalloz, 2014, n° 29.



413. D'ailleurs, au sein des sociétés cotées la spécificité des dispositions informationnelles mérite d'être précisée de manière dissociée. Ainsi se juxtapose à côté de cette information générale des associés, des dispositions spécifiques aux sociétés cotées en matière d'obligations d'information. Cette spécificité mérite son propre développement.

## §2- Les obligations d'information spécifiques aux sociétés cotées

414. Le dirigeant de sociétés admises sur un marché réglementé est soumis encore plus que les autres dirigeants à une obligation de transparence envers le marché. Le contrôle de la gestion y est extrêmement rigoureux. En ce sens, l'étendue de l'obligation d'information à la charge du dirigeant est plus rigoureuse. « *Diffusion des rapports annuels et semestriels et de l'information financière trimestrielle, divulgation de toute information privilégiée.... Les textes applicables en la matière détaillent avec minutie, parfois même pointillisme, un ensemble d'obligations dont le maître mot, légitime, est la transparence des marchés*<sup>268</sup> ». Le droit anglo-saxon qui influence indéniablement la législation française<sup>269</sup> préconise une « *information aussi complète que possible*<sup>270</sup> ». Le droit communautaire n'est pas non plus étranger à l'accroissement des obligations d'information dans les sociétés cotées<sup>271</sup>.

415. Cette volonté d'augmenter la transparence au sein des sociétés cotées transparaît depuis la loi de 1966 et le décret de mars 1967. Les lois postérieures sont venues ajouter à cette abondance de détails relative à l'obligation d'information. L'objectif affirmé par le législateur est de redonner confiance aux investisseurs pour raviver le marché boursier français. Les apports législatifs successifs ont donné naissance à un régime juridique de l'information dite réglementée<sup>272</sup>. Les obligations d'information doivent être recherchées dans un corpus normatif dérogatoire au droit commun. Il se compose de disposition du code de commerce, de dispositions du code monétaire et financier (Art. L. 451-1 et suivants) et du règlement général

---

<sup>268</sup> D. Martin et O.Tat Tieu, *Rôle et responsabilité du conseil d'administration en matière d'information financière*, JCP 2009, doct. 122.

<sup>269</sup> Sur l'influence du droit anglo-saxon : J-J. Burgard, *L'information des actionnaires*, Dunod, 1970 ; W-R. Baker, *L'américanisation du droit par la fiance, mythe ou réalité ?* in *L'Américanisation du droit*, Dalloz, 2001.

<sup>270</sup> A. Tunc, *Le droit américain des sociétés anonymes*, Economica, 1985, spé. n°3.

<sup>271</sup> La directive transparence de 2004 remplace et modernise certaines dispositions relatives à l'admission de valeurs mobilières à la cote officielle et à l'information à publier de ces valeurs. Suite de la directive de 2001, elle traite de l'information périodique et permanente devant être publiées. Transposée par la loi du 26 juillet 2005 au sein du CMF, la directive transparence a nécessité une modification du règlement général de l'AMF. Elle a ensuite été complétée par la directive d'application 2007/14/CE de la Commission européenne portant sur les modalités d'exécution de la directive transparence. Sur l'influence du droit communautaire : R. Teller et V. Jamet, *La directive « transparence » : une étape décisive vers un big-bang annoncé de l'information financière ?* JBJ 2004, p. 429.

<sup>272</sup> L'ensemble des documents et informations publiés par les dirigeants de sociétés cotées constituent des informations réglementées dont le mode de diffusion fait l'objet d'une réglementation spécifique prévue par le Règlement général de l'AMF.

de l'Autorité des marchés financiers (Art. L. 221-1 et suivants). La pluralité des sources participe à la complexité du régime juridique des obligations d'information.

**416.** Cette information réglementée propre aux sociétés cotées suit néanmoins la même méthodologie que l'information des sociétés non cotées. Une information périodique complexe imposée aux directions des sociétés cotées (A) est complétée par une information occasionnelle rythmée par des événements qui ponctuent les exercices sociaux (B).

### **A-Les obligations dues par la société au travers de ses dirigeants**

**417.** A l'instar de la méthodologie adoptée par le législateur pour organiser l'information en droit commun des sociétés, il est possible de distinguer dans le régime juridique des sociétés cotées, les obligations d'information périodiques (a) et les obligations d'information permanentes (b).

#### **a-Les obligations d'information périodiques**

**418.** Le renforcement des obligations d'information spécifiques aux sociétés cotées s'illustre notamment dans le domaine de l'information périodique. En application de la directive européenne « Transparence », des dispositions ont été introduites par le législateur visant à renforcer l'information périodique. L'information périodique est celle donnée par les sociétés dont les titres sont admis aux négociations sur un marché réglementé à échéances régulières sur une base annuelle (1) et semestrielle (2) de façon obligatoire et trimestrielle de façon facultative<sup>273</sup>.

#### **1-Les obligations d'information annuelle**

**419.** Les dirigeants de sociétés cotées ont l'obligation de publier les résultats financiers annuels au travers d'une série de documents. Certains sont facultatifs<sup>274</sup> d'autres obligatoires. Ce sont uniquement ces derniers qui seront développés.

**420. Le rapport financier annuel** - Les émetteurs sont tenus de publier et de déposer auprès de l'Autorité des marchés financiers un rapport financier annuel dans les quatre mois suivants la clôture de l'exercice (Art. L. 451-1-2 du C. mon. fin.). Il comprend les documents suivants : les comptes annuels complets, les comptes consolidés le cas échéant, un rapport de gestion, une déclaration des personnes physiques qui assument la responsabilité du rapport financier annuel, et les rapports des commissaires aux comptes sur les comptes annuels et les

---

<sup>273</sup> L'obligation de fournir une information financière trimestrielle a été supprimée à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2015.

<sup>274</sup> Les documents périodiques facultatifs sont : l'avis financier, le document de référence et le rapport intégré.

comptes consolidés. Le rapport de gestion précité doit contenir *a minima* les informations suivantes<sup>275</sup> : -l'évolution des affaires, des résultats et de la situation financière de la société, les indicateurs clés de performance financière et non financière ayant trait à l'activité spécifique de l'entreprise, les principaux risques et incertitudes, les indications sur l'utilisation des instruments financiers, -les informations concernant la structure du capital de la société et les éléments susceptibles d'avoir une incidence en cas d'offre publique, -les informations portant sur le nombre d'actions achetées et vendues au cours de l'exercice dans le cadre d'un programme de rachat, -si l'émetteur est tenu d'établir des comptes consolidés, les informations mentionnées à l'article L. 225-100-2 du code de commerce relatif au contenu du rapport de gestion consolidé.

**421.** En sus, l'article L. 222-9 du règlement général de l'Autorité des marchés financiers précise pour les sociétés anonymes cotées, que les dirigeants doivent rendre publics au plus tard le jour du dépôt aux greffes du tribunal de commerce du rapport de gestion, les rapports mentionnés aux articles L. 225-37, L. 225-68 et L. 225-235 du code de commerce. Il s'agit du rapport joint au rapport de gestion qui renseigne sur la composition du conseil d'administration et l'application de l'équilibre homme/femme, les conditions de préparation et d'organisation des travaux, ainsi que les procédures de contrôle interne et de gestion des risques mises en place par la société. Ce rapport précise en outre les modalités particulières relatives à la participation des actionnaires à l'assemblée générale ou renvoie aux dispositions des statuts. Il présente les principes et les règles arrêtés par le conseil d'administration pour déterminer les rémunérations et avantages de toute nature accordés aux mandataires sociaux et il mentionne la publication des informations sur les éléments susceptibles d'avoir une incidence en cas d'offre publique.

**422.** Enfin le rapport joint, doit depuis 2009 indiquer si la société se réfère ou non à un code de gouvernement d'entreprise et précise les dispositions qui ont été écartées et les raisons pour lesquelles elles l'ont été. Le rapport du président du conseil doit faire l'objet d'un rapport du commissaire aux comptes, joint à leur rapport général. Doit figurer dans ce rapport les observations sur les procédures de contrôle interne relatives à l'élaboration et au traitement de l'information comptable et financière<sup>276</sup>. Pour les sociétés en commandite par action,

---

<sup>275</sup> Le rapport de gestion doit au minimum comporter les informations mentionnées aux articles L. 225-100, L. 225-100-3 et au deuxième alinéa de l'article L225-211 du C.com. et si l'émetteur est tenu d'établir des comptes consolidés, à l'article L. 225-100-2 du même code.

<sup>276</sup>Art. L. 225-235 du C.com.

rendent quant à elles publiques les informations mentionnées à l'article L. 226-10-1 du code de commerce dans les mêmes conditions.

**423.** Il faut noter que suite au rapport d'un groupe de travail, l'Autorité des marchés financiers a transmis au Garde des Sceaux en février 2016 des propositions de modifications législatives afin de regrouper au sein du rapport de gestion les informations fournies dans le rapport du Président sur les procédures de contrôle interne et de gestion des risques et de supprimer le rapport distinct des commissaires aux comptes à ce sujet.

**424. Publications au Bulletin des annonces légales obligatoires** – Les dirigeants ont l'obligation de publier au BALO dans les quarante-cinq jours qui suivent l'approbation des comptes, les comptes annuels approuvés, la décision d'affectation du résultat et les comptes consolidés<sup>277</sup>

**425. Dépôt de documents aux greffes** - De plus, dans le mois qui suit l'approbation des comptes annuels par l'assemblée générale ou dans les deux mois qui suivent cette approbation lorsque le dépôt s'effectue par voie électronique, les dirigeants doivent déposer aux greffes les documents suivants : les comptes annuels et le cas échéant les comptes consolidés, le rapport de gestion, le rapport du commissaire aux comptes sur les comptes annuels et le cas échéant sur les comptes consolidés, le rapport du président du conseil d'administration sur le gouvernement d'entreprise et sur les procédures de contrôle interne et de gestion des risques et la proposition d'affectation du résultat et la résolution votée par l'Assemblée. Un dernier document obligatoire doit être mentionné. Il s'agit du communiqué sur les honoraires des commissaires aux comptes.

**426. Communiqué sur les honoraires des Commissaires aux comptes** – L'article L. 222-8 du règlement général de l'Autorité de marchés financiers exige la publication dans un communiqué, au plus tard dans les quatre mois qui suivent la clôture de l'exercice, le montant des honoraires versés aux contrôleurs légaux. En sus, une information semestrielle vient compléter l'information annuelle en suivant la même trame quant à son organisation.

## **2-Les obligations d'information semestrielles**

**427.** Dans une large mesure, les obligations d'information semestrielles sont comparables à celles qui s'appliquent à la publication des résultats annuels. Comme pour le

---

<sup>277</sup> Art. R. 232-11 du C.com.

rapport annuel, une tendance de plus en plus large à la présence d'informations extra-financières se dessine ces dernières années.

**428. Rapports financiers semestriels** – Mentionné à l'article L. 451-1-2 III du code monétaire et financier ainsi qu' à l'article L. 222-4 du règlement général de l'Autorité des marchés financiers, le rapport financier semestriel doit comprendre : les comptes condensés pour le semestre écoulé, présentés sous forme consolidée le cas échéant, un rapport semestriel d'activité<sup>278</sup>, une déclaration des personnes physiques qui assument la responsabilité du rapport financier semestriel ainsi que le rapport des commissaires aux comptes sur l'examen limité des comptes condensés. Les émetteurs doivent publier et déposer auprès de l'Autorité des marchés financiers ce rapport financier semestriel dans les trois mois<sup>279</sup> qui suivent la fin du premier semestre de leur exercice (Art. L. 451-1-2 III C. mon. fin.).

**429.** Le rapport semestriel d'activité doit comporter les éléments suivants : les événements principaux survenus pendant le premier semestre et leurs incidences sur les comptes semestriels, une description des principaux risques et incertitudes pour le deuxième semestre de l'exercice et pour les émetteurs d'actions, les principales transactions entre parties liées. Comme le rapport financier annuel, le rapport financier semestriel doit être rendu public par voie électronique. Cependant contrairement au rapport financier annuel, le rapport semestriel ne requiert pas une publication au BALO. L'information périodique doit être tenue à disposition du public pendant au moins dix ans.

**430.** A noter enfin que depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2015, les informations financières trimestrielles ne sont plus obligatoires. Les dirigeants de sociétés cotées peuvent néanmoins décider de publier volontairement une information trimestrielle voir même des comptes trimestriels. Les obligations d'information périodiques ayant été énumérées, il est à présent utile de détailler les obligations d'information permanentes à la charge des dirigeants.

### **b-Les obligations d'information permanentes**

**431.** Outre le renforcement de ses obligations d'information périodiques, le dirigeant de sociétés cotées se trouve assujéti à une obligation d'information permanente. Cette dernière se compose de l'obligation de communiquer des informations privilégiées, des obligations relatives aux franchissements de seuils, des déclarations d'intention et

---

<sup>278</sup> Dont le contenu est précisé à l'article L. 222-6 du Règlement général de l'AMF.

<sup>279</sup> La loi n° 2014-1662 du 30 déc. 2014 est venue modifier le délai de publication du rapport financier semestriel. De deux mois, l'article L. 451-1-2 du C.mon. fin. prévoit désormais une publication et un dépôt auprès de l'AMF dans les trois mois de la fin du 1<sup>er</sup> semestre.

changements d'intention, de l'information relative aux pactes d'actionnaires. L'intérêt ici n'est pas d'exposer l'ensemble du domaine de l'information permanente mais de limiter nos propos à l'information privilégiée. En effet, les informations relatives notamment aux franchissements de seuils ainsi que celles concernant les pactes s'adressent non pas aux dirigeants sociaux mais aux actionnaires. Dès lors ces obligations n'étant pas à la charge des dirigeants, elles ne rentrent pas dans le cadre de l'étude<sup>280</sup>. L'information permanente est un outil indispensable pour la transparence du marché. Dernièrement, l'Autorité des marchés financiers a lancé une consultation publique en vue de l'entrée en application du Règlement européen sur les abus de marché, afin d'élaborer un projet de position/recommandation sur l'information permanente et la gestion de l'information privilégiée.

**432. L'information privilégiée** – L'article L. 223-6 du règlement général de l'Autorité des marchés financiers énonce que « *Toute personne qui prépare, pour son compte, une opération financière susceptible d'avoir une incidence significative sur le cours d'un instrument financier ou sur la situation et les droits des porteurs de cet instrument financier doit, dès que possible, porter à la connaissance du public les caractéristiques de cette opération* ». Dès lors l'information privilégiée peut être définie comme « *tout fait important susceptible, s'il était connu, d'avoir une incidence significative sur le cours des titres émis par une société faisant appel public à l'épargne et les droits des porteurs* <sup>281</sup> ». C'est le droit européen qui a posé le principe selon lequel l'émetteur doit veiller à communiquer au public les informations privilégiées. Initialement institué par la directive européenne abus de marché du 28 janvier 2003, le principe est aujourd'hui<sup>282</sup> repris par le règlement n° 596/2014/UE du 16 avril 2014 sur les abus de marché à l'article 7. Ce dernier article précise la notion d'information privilégiée utilisée par l'Autorité des marchés financiers.

**433.** L'article L. 223-1 du règlement général de l'Autorité des marchés financiers précise que l'information communiquée au public doit être « *exacte, précise et sincère* » sous couvert d'engager la responsabilité de l'émetteur. Elle doit être rendue publique « *dès que possible* ». Cependant, l'émetteur dispose du droit de différer sous sa responsabilité la publication de l'information. L'Autorité des marchés financiers considère que « *Si la confidentialité est momentanément nécessaire à la réalisation de l'opération et si elle est en mesure de préserver*

---

<sup>280</sup> L'intérêt est ici d'étudier les obligations d'informations à la charge des dirigeants en tant que représentant de la personne morale ou à titre personnel, afin d'exercer un contrôle ultérieur de la gestion à la lumière des informations fournies.

<sup>281</sup> V. Magnier, *Gouvernance des sociétés cotées*, Rép. sociétés Dalloz, 2014 n° 98.

<sup>282</sup> A partir du 3 juillet 2016, application du règlement n° 596/2014/UE du 16 avril 2014. En application de ce règlement, l'arrêté du 14 septembre 2016 supprime les dispositions du Livre IV du règlement général de l'AMF. Dès lors est supprimé l'ancien article L. 621-1 qui définissait auparavant l'information privilégiée.

*cette confidentialité, la personne mentionnée au premier alinéa peut prendre la responsabilité d'en différer la publication*<sup>283</sup> ». De plus tout changement significatif de l'information ou changement d'intention doivent être portés à la connaissance du public. Enfin l'information privilégiée doit être rendue publique sous forme de communiqué.

**434.** Les informations périodiques pour lesquelles le fait générateur de l'obligation de communication repose sur un ou plusieurs critères objectifs qui ne laissent aucune marge d'appréciation de la part de l'émetteur. Cependant à l'inverse, en matière d'information privilégiée il est de la responsabilité de l'émetteur de déterminer s'il est tenu ou non de communiquer et dans l'affirmative, de déterminer le contenu de l'information. Dès lors l'appréciation de l'information privilégiée est source de contentieux<sup>284</sup>. Au fil de la jurisprudence les juges viennent préciser le dispositif réglementaire. Les juges considèrent notamment que l'information est précise lorsqu'elle est complète<sup>285</sup>. Cela exige de communiquer l'ensemble des éléments relatifs à l'événement. La Cour de Justice a quant à elle précisé dans un arrêt du 11 mars 2015 que l'information revêt les caractéristiques d'une information privilégiée « *dès lors qu'elle est susceptible de fonder, au moins en partie, la décision d'investissement d'un investisseur raisonnable, quand bien même cette information ne permettrait pas d'anticiper la variation du cours des instruments financiers concernés dans un sens déterminé* »<sup>286</sup>. C'est donc une définition large de la notion qui est retenue par les juges afin de ne va vider de sa substance la réglementation. Par ailleurs, il est intéressant de relever à la lumière de cette décision que la définition de l'information privilégiée est la même selon qu'il s'agisse d'appliquer l'obligation de publication ou l'obligation d'abstention (opération d'initiée). L'objectif de la réglementation est de protéger le marché, s'assurer son intégrité et celle de ses acteurs dès lors une interprétation trop restrictive de l'information privilégié pourrait porter préjudice à la réalisation de cet objectif.

**435.** Au-delà de ces informations dont le dirigeant est redevable en tant que représentant de la société émettrice, le statut de dirigeant social induit une série d'obligations personnellement à leur charge.

---

<sup>283</sup> Art. L. 223-6 du Règl. Gén. AMF.

<sup>284</sup> Difficultés d'appréciation de l'information privilégiée, en ce sens : Bonneau Th., *L'information n'est-elle précise que s'il est possible de déterminer le sens, à la hausse ou à la baisse, de la variation sur le cours du titre ?* BJB 2014, p. 15 ; Gaudemet A., *Information privilégiée : le sens de la variation du cours des instruments financiers concernés importe-t-il ?* RD bancaire et fin. 2014, n° 1, p. 65.

<sup>285</sup> Cass. com., 18 nov. 2008, n° 08-10.246.

<sup>286</sup> CJUE, 11 mars 2015, aff. C-628/13 Jean-Bernard Lafonta c/ Autorité des marchés financiers, RLDA, 2015, n° 106, note L. Avia.

## **B- Les obligations propres aux dirigeants de sociétés cotées**

**436.** Dans une perspective de transparence et de prévention des abus, le droit des sociétés impose aux dirigeants de sociétés cotées certaines sujétions particulières comme l'obligation de déclarer les opérations effectuées sur leurs titres (a) ainsi que l'obligation de rendre transparents les éléments de leur rémunération (b).

### **a-L 'obligation de déclarer les opérations effectuées sur leurs titres**

**437.** La prévention des abus de marché occupe une place grandissante. Les dispositifs se multiplient pour minimiser les risques d'une utilisation induite des informations privilégiées et éviter par conséquent certains abus des dirigeants. En tant qu'initiés primaires, les dirigeants sociaux visés à l'article L. 465-1 I-A du code monétaire et financier<sup>287</sup> sont contraints à une certaine transparence sur les opérations effectuées sur leurs titres. Toutefois, au préalable une mesure d'identification des dirigeants est nécessaire.

**438. L'identification préalable des dirigeants** - Avant toute déclaration d'opération, les dirigeants doivent s'identifier. Selon l'article L. 225-109 du code de commerce, « *Le président, les directeurs généraux, les membres du directoire d'une société, les personnes physiques ou morales exerçant dans cette société les fonctions d'administrateur ou de membre du conseil de surveillance ainsi que les représentants permanents des personnes morales qui exercent ces fonctions sont tenus, dans les conditions déterminées par décret en Conseil d'Etat, de faire mettre sous la forme nominative ou de déposer les actions qui appartiennent à eux-mêmes ou à leurs enfants mineurs non émancipés et qui sont émises par la société elle-même, par ses filiales, par la société dont elle est la filiale ou par les autres filiales de cette dernière société, lorsque ces actions sont admises aux négociations sur un marché réglementé. La même obligation incombe aux conjoints non séparés de corps des personnes mentionnées à l'alinéa précédent* ». Ces dispositions sont également applicables aux gérants et membres du conseil de surveillance des sociétés en commandite par actions au vu de l'article L. 226-12 du même code.

**439.** L'inscription doit être réalisée dès lors qu'une de ces personnes acquiert des actions visées par l'article précité et ce dans les vingt jours à compter de l'entrée en possession des

---

<sup>287</sup> Jusqu' à la loi n° 2016-819 du 21 juin 2016, les dirigeants concernés étaient ceux mentionnés à l'article L. 225-109 du C.com. Le nouveau texte applicable depuis le 3 juillet 2016 vise directement « le directeur général, le président, un membre du directoire, le gérant, un membre du conseil d'administration ou un membre du conseil de surveillance d'un émetteur concerné par une information privilégiée ou (...) une personne qui exerce une fonction équivalente ».



titres. Les actions seront alors mises sous forme nominative ou déposées auprès d'un intermédiaire dans les conditions fixées par l'article R. 225-112 du code de commerce.

**450. Déclaration d'opérations effectuées** – A l'origine la déclaration par les mandataires sociaux des transactions effectuées sur les titres de leur société émanait d'une recommandation<sup>288</sup> de la Commission des opérations de bourse en 2002. Elle y préconisait la déclaration systématique des opérations d'achat ou de vente de titres de capital de la société. La Commission des opérations boursières ne faisait qu'anticiper la directive européenne du 28 janvier 2003 sur les abus de marché. Aujourd'hui les textes de référence en la matière sont les articles L. 621-18-2 du code monétaire et financier, l'article 19 du Règlement européen du 16 avril 2014 ainsi que les articles L. 223-22 A et suivants du règlement général de l'Autorité des marchés financiers<sup>289</sup>. Le code monétaire et financier fait obligation aux dirigeants de déclarer les opérations qu'ils réalisent sur les actions de la société au sein de laquelle ils exercent leurs fonctions. Sont communiqués au titre de cette obligation : les acquisitions, les cessions, souscriptions ou échanges d'actions ainsi que les transactions opérées sur des instruments financiers qui leur sont liés. L'obligation s'applique, « à toute souscription d'actions dans le cadre d'une augmentation de capital ainsi qu'aux souscriptions et aux achats par l'exercice d'options de souscription ou d'achat d'actions (stock-options)<sup>290</sup> ». Par conséquent, donne lieu à déclaration notamment : la vente de titres provenant de la levée de stock-options, les achats et ventes à terme fermes de titres, le paiement de dividendes en actions...

**451.** Une dispense doit être néanmoins précisée, l'obligation de déclaration ne s'applique pas lorsque le montant global des opérations effectuées au cours de l'année est inférieur à vingt mille euros<sup>291</sup>. Dans le cas contraire, les dirigeants doivent transmettre leur déclaration à l'Autorité des marchés financiers, par voie électronique dans les trois jours ouvrables après la date de la transaction. De plus, il est nécessaire de présenter dans le rapport de gestion un

---

<sup>288</sup> Recommandation n° 2002-01, Bull. COB 2002.

<sup>289</sup> Les articles L. 223-22, L. 223-24 et L. 223-25 du Règl.gén. AMF ont été supprimés par l'arrêté du 14 septembre 2016. Ce dernier prévoit des modifications du Règlement général de l'AMF rendues nécessaires par l'entrée en application, le 3 juillet 2016 du Règlement européen n° 596/2014 du 16 avril 2014. « Ce règlement, qui est d'application directe, emporte la suppression du livre VI du règlement général sur les abus de marché. Il introduit également plusieurs aménagements des dispositions du livre II relatif aux émetteurs et à l'information financière, concernant la publication des informations privilégiées » selon l'AMF.

<sup>290</sup> Position AMF n° 2006-14 du 28 septembre 2006, *Questions - réponses sur les obligations de déclaration des opérations réalisées par les dirigeants, leurs proches et les personnes assimilées.*

<sup>291</sup> L'article L. 223-23 du Règl. Gén. AMF précise que « ce montant est calculé en additionnant les opérations effectuées, par les personnes mentionnées au a ou au b de l'article L. 621-18-2 du code monétaire et financier et les opérations effectuées pour le compte des personnes mentionnées au c dudit article ».

« état récapitulatif des opérations mentionnées à l'article L. 621-18-2 du code monétaire et financier, réalisées au cours du dernier exercice <sup>292</sup>».

**452.** Cette recherche de transparence doit également être appliquée à un domaine où l'opacité est chose courante, il s'agit des rémunérations des dirigeants et des obligations de transparence s'y afférant.

### **b-L 'obligation de rendre transparents les éléments de leur rémunération**

**453.** Le domaine de la rémunération des dirigeants sociaux de sociétés cotées est une source intarissable de contestations<sup>293</sup> et ce malgré les dispositions légales<sup>294</sup> qui ont été prises pour juguler les excès. La question n'est pas ici d'énoncer les mécanismes qui permettent d'encadrer les rémunérations. Pour l'heure, l'intérêt de ces présentes lignes est d'exposer l'obligation de publication des rémunérations auxquelles sont assujettis les dirigeants de sociétés cotées.

**454.** C'est la loi NRE du 15 mai 2001 qui amorce le mouvement législatif et crée une obligation d'information sur les rémunérations à l'article L. 225-102-1 du code de commerce. Était visé par le texte l'ensemble des mandats exercés dans toute les sociétés anonymes. La loi du 1<sup>er</sup> août 2003 est venue restreindre cette obligation aux seuls dirigeants de sociétés cotées ainsi que les sociétés contrôlées par une société dont les titres sont admis sur un marché réglementé. Le contenu de l'information relative aux rémunérations a donc évolué au gré des réformes. L'ordonnance n° 2004-604 du 24 juin 2004 précisait que le rapport devait comprendre la rémunération allouée sous forme d'attribution de titres de capital, de titres de créances ou de titres donnant accès au capital ou donnant droit à l'attribution de titres de créances de la société ou de la société mère. La loi *Breton* du 26 juillet 2005<sup>295</sup>, a quant à elle imposé que des précisions sur les rémunérations soient apportées dans le rapport de gestion

**455.** Désormais selon l'article L. 225-102-1 du code de commerce, les dirigeants de sociétés cotées doivent rendre compte de la rémunération totale et des avantages de toute nature versés, durant l'exercice, y compris sous forme d'attribution de titres de capital, de titres de créances ou de titres donnant accès au capital ou donnant droit à l'attribution de titres de

---

<sup>292</sup> Art. L. 223-26 du Règl. Gén. AMF.

<sup>293</sup> Sur le sujet voir notamment : V. Magnier et Y. Paclot, *Les rémunérations des dirigeants des sociétés cotées : de l'ère du soupçon au temps des illusions*, D. 2009, Point de vue 1027 ; P. Le Cannu, *L'encadrement des rémunérations des dirigeants de sociétés cotées*, Rev. soc. 2007, p. 465 ; B. Dondero, *La rémunération des dirigeants sociaux : utilisons les dispositifs existants !* Gaz.Pal. 2012, n° 280, p. 7.

<sup>294</sup> La loi du 15 mai 2001 n° 2001-420 qui crée l'obligation d'information sur les rémunérations.

<sup>295</sup> Loi n° 2005-832 du 26 juillet 2005, dite loi *Breton*.

créances de la sociétés ou des sociétés mentionnées aux articles L. 228-13 et L. 228-93 dudit code. Ces informations sont inscrites dans le rapport visé à l'article L. 225-102 du code de commerce.

**456.** Ce rapport indique également « *le montant des rémunérations et des avantages de toute nature que chacun de ces mandataires a reçu durant l'exercice de la part des sociétés contrôlées au sens de l'article L223-16 ou de la société qui contrôle, au sens du même article, la société dans laquelle le mandat est exercé* ».

**457.** En outre, le rapport doit préciser les éléments fixes, variables et exceptionnels composant les rémunérations et avantages perçus par les mandataires sociaux ainsi que les critères de leur calcul ou les circonstances en vertu desquels ils ont été établis. Il indique également les engagements de toute nature, pris par la société au bénéfice de ses mandataires sociaux, correspondant à des éléments de rémunération, des indemnités ou des avantages dus ou susceptibles d'être dus à raison de la prise, de la cessation ou du changement de ces fonctions ou postérieurement à celles-ci, notamment les engagements de retraite et autres avantages viagers.

**458.** Les termes génériques employés peuvent poser certaines difficultés quant à leur détermination. Il faut déterminer ce qu'on entend par « rémunération totale » et « avantages de toute nature versés »<sup>296</sup>. A y réfléchir certains avantages pourraient être exclus, notamment ceux qui ne nécessitent aucun versement (avantages en nature). Pour éclairer sur le contenu de l'obligation, il faut notamment se rapporter au rapport *Besson*<sup>297</sup>. Le terme d'avantages « versés » ne doit pas être d'application stricte, la doctrine considère que ce sont tous les avantages reçus qui font l'objet d'une communication. La compagnie nationale des commissaires aux comptes précise que constituent « *des avantages de toute nature* » les *options de souscription et d'achat d'actions consenties aux mandataires sociaux, quand bien même le fait de consentir des stock-options ne se traduit pas par l'attribution de titres*<sup>298</sup> ». Enfin les pensions de retraite comme les indemnités de prise de fonction (« gloden hellos ») entrent sans conteste dans le champ de l'article L. 225-102-1 al. 3 du code de commerce.

**459.** L'information délivrée est individuelle et nominative. Par conséquent, il doit être indiqué le montant des rémunérations et avantages de toute nature versés à chacun des mandataires.

---

<sup>296</sup> Sur le sujet voir notamment : C. Malecki, *La loi Breton et les rémunérations des dirigeants sociaux : le long chemin vers la transparence*, BJS 2005, n° 11, p. 1193 ; A. Viandier, *La soumission des indemnités de départ des dirigeants sociaux à la procédure des conventions réglementées*, JCP E 2005, n° 44-45, 1585.

<sup>297</sup> Rapport E.Besson, Doc. AN, 2000, n° 2327, p. 262.

<sup>298</sup> Bull. CNCC 2006, p. 153.

Enfin, il est important de préciser que sont également concernés par cette obligation déclarative, les gérants et les membres du conseil de surveillance dans les sociétés en commandite par actions.

**460.** A côté du droit dur, l'Autorité des marchés financiers recommande aux sociétés cotées d'appliquer les dispositions du Code du MEDEF-AFEP qui milite en faveur d'une information complète aux actionnaires, non seulement sur la rémunération individuelle versée aux mandataires sociaux, mais aussi sur le coût global de la direction générale de leur groupe, ainsi que sur la politique de détermination des rémunérations qui est appliquée.

**461.** Les associés ne sont pas les seuls destinataires de l'information délivrée par les dirigeants. Les organes de contrôle doivent également recevoir une information précise afin de pouvoir exercer leur mission de surveillance de la gestion.

## **Section II - L'information des organes de contrôle**

**462.** Plus encore que les associés, les organes dits « de contrôle » ont besoin d'une information relative à la gestion sociale pour exercer leur mission. Afin d'être aussi complète que possible, le législateur ne limite pas l'information à celle recueillie auprès du dirigeant (§1). La loi offre la faculté à ces organes de rechercher une information plus technique auprès d'experts (§2).

### **§1-La consultation des dirigeants**

**463.** La première source d'information reste néanmoins celle collectée auprès du dirigeant social. Au cœur de la gestion, il en connaît l'ensemble de ses paramètres. Le législateur suit la même trame que précédemment développée pour les associés<sup>299</sup> en ce qui concerne l'organisation de l'information des organes de contrôle. Le droit de recevoir une information systématique du dirigeant (A) est doublé du droit de questionner celui-ci (B).

#### **A-Droit de recevoir l'information**

**464.** La méthode choisie pour exposer le plus clairement possible le droit à l'information des organes de contrôle est de distinguer organe par organe leurs prérogatives respectives en la matière. Il sera donc passé en revue les attributions en matière d'information pour le conseil d'administration (a), pour le conseil de surveillance (b) ainsi que pour le commissaire aux comptes (c) et le comité d'entreprise (d).

---

<sup>299</sup> V. supra p. 126 et s.

## a-Le conseil d'administration

**465.** Si l'information du conseil est une nécessité du point de vue de son rôle dans la gestion, elle l'est tout aussi importante dans sa fonction de surveillance. La transmission d'information est primordiale pour que les administrateurs puissent exercer pleinement et en toute connaissance, leur mission de contrôle de la gestion. Pour exercer ses attributions, le conseil a besoin d'informations. Lorsque le conseil arrête les comptes de la société, il est nécessaire que les comptes lui soient transmis préalablement. De même, que pour exercer ces autres prérogatives. Notamment, lorsque le conseil est amené à se prononcer sur les conventions réglementées, il doit en amont bénéficier des informations s'y afférant. De plus, le conseil doit être éclairé sur les informations qu'il doit ensuite relayer aux actionnaires. L'article L. 225-108 du Code de commerce précise que le conseil doit transmettre ou tenir à la disposition des actionnaires « *les documents nécessaires pour permettre à ceux-ci de se prononcer en connaissance de cause et de porter un jugement informé sur la gestion et la marche des affaires de la société* ». A côté de ces informations précises, les modalités de l'information dues au conseil ne sont pas précisées avec la même minutie que celles dont fait preuve le législateur à l'égard de l'information des actionnaires.

**466.** A l'origine, le droit à l'information individuel des administrateurs est un droit prétorien. Né de la jurisprudence des arrêts *Cointreau* du 2 juillet 1985<sup>300</sup>. A cette occasion, « *la Haute juridiction n'a pas inventé un droit subjectif nouveau, mais a rappelé l'existence d'un droit si inhérent à la fonction de dirigeant que le législateur n'avait pas cru bon d'en faire état dans la loi du 24 juillet 1966*<sup>301</sup> ». Néanmoins afin d'asseoir la fonction de contrôle du conseil, le législateur est venu entériner le droit jurisprudentiel à l'information à l'occasion de la loi NRE. Celle-ci est venue détailler le droit à l'information des administrateurs : « *Chaque administrateur reçoit toutes les informations nécessaires à l'accomplissement de sa mission et peut se faire communiquer tous les documents qu'il estime utiles* ». La loi ne précisait pas le débiteur de l'obligation d'information. Modifié par la loi du 1<sup>er</sup> août 2003, l'article L. 225-35 alinéa 3 du code de commerce prévoit désormais que « *Le président ou le directeur général de la société est tenu de communiquer à chaque administrateur tous les documents et informations nécessaires à l'accomplissement de sa mission* ». L'affirmation de ce droit

---

<sup>300</sup> Cass. Com. 2 juill. 1985, n° 83-16.887, Aff. *Cointreau*, D. 1986, jur., p. 351, note Y. Loussouarn ; RTD com. 1986, p. 90, obs. Y. Reinhard ; Rev. soc. 1986, p. 231, note P. Le Cannu ; JCP 1985, II, n° 2058, note A. Viandier ; BJS 1985, p. 865, § 292. Puis, le droit à l'information est confirmé par : Cass. Com 1 déc. 1987, Bull. civ. IV n° 260, Rev. soc 1988, p. 237, note P. Le Cannu ; CA Paris 22 juin 1988 ; Cass. Com 24 avr. 1990, n° 88-17.218, BJS 1990, p. 531, § 139, chron. P. Le Cannu ; Rev. soc. 1990, p. 416, note Y. Reinhard ; Cass. Com. 27 mars 1990, BJS 1990, p. 530, §138, note P. Le Cannu.

<sup>301</sup> E. Garaud, *La transparence en matière commerciale*, th., Limoges 1995, n° 135.

paraissait logique eu égard à la responsabilité du conseil encourue dans l'exercice de sa mission. Malgré la reconnaissance légale du droit à l'information, la loi reste peu détaillée quant à l'étendue de l'information à délivrer aux administrateurs.

**467. Le caractère portable de l'information** - C'est au président ou au directeur général qu'il revient l'obligation de communiquer à chaque administrateur l'ensemble des documents nécessaires à la réalisation de leur mission. Cette communication doit être spontanée. Dès lors, le caractère portable de l'information impose au président du conseil de prendre l'initiative de la transmission.

**468. L'information préalable aux séances** – Les administrateurs sont en droit d'attendre, outre une information en séance, une information préalable<sup>302</sup>. C'est le respect du principe délibératif qui implique que soit fournie au conseil une information préalable aux séances. Celle-ci est cruciale lorsqu'il s'agit de délibérer sur des sujets de grande importance. Il n'est pas réaliste d'envisager uniquement une information en cours de séance pour ces questions. Les administrateurs ne peuvent pas maîtriser l'ensemble des paramètres de la décision en quelques dizaines de minutes lors du conseil. La jurisprudence *Cointreau* affirme d'ailleurs ce droit à une information préalable lorsqu'elle énonce que les administrateurs peuvent exiger de recevoir « *au préalable et dans un délai suffisant l'information qui doit les mettre en mesure de remplir leur mission en toute connaissance de cause*<sup>303</sup> ». Une décision ultérieure<sup>304</sup> est venue préciser la position des juges. L'information à laquelle l'administrateur a droit doit être reçue par un envoi ou une mise à disposition avant la séance. Le caractère préalable de l'information est dès lors imposé au président du conseil d'administration. Néanmoins, on peut penser que le caractère général de cette obligation ne doit pas être appliqué strictement par les juges. Toutes les informations ne justifient pas d'un caractère préalable. En l'espèce, les administrateurs n'avaient pas reçu les documents et éléments nécessaires à l'approbation des comptes. Dans cette hypothèse l'envoi préalable des informations est strictement nécessaire. Pour d'autres, l'appréciation de ce caractère doit dépendre il nous semble de la casuistique. Néanmoins, on peut supposer que l'information préalable « *comprend les documents techniques, et notamment comptables, permettant de comprendre les décisions envisagées et d'en mesurer la portée*<sup>305</sup> ». La nature de l'information due ne peut faire l'objet

---

<sup>302</sup> Voir sur le sujet : R.Baillo et J. Derrupé, *L'information des administrateurs de sociétés anonymes*, RTD com. 1990, p. 1.

<sup>303</sup> Arrêt *Cointreau*, Cass. Com 2 juillet 1985 n° 83-16.887.

<sup>304</sup> Cass. Com 8 oct. 2002, n° 99-11.421, BJS 2003, n°3, p. 353, note D. Vidal; RTD com. 2003, p. 327, note J-P. Chazal et Y. Reinhard.

<sup>305</sup> J. Monnet, *Sociétés anonymes, conseil d'administration-Statut des administrateurs*, J.-Cl. «commercial», fasc. 1377, 2015, §129.

de systématisation, les présidents doivent donc «faire preuve de discernement dans la fourniture des éléments indispensables à la délibération du Conseil<sup>306</sup>». De plus, on peut considérer que le contenu de l'obligation d'information s'apprécie en fonction de l'objet de la réunion du conseil d'administration et du niveau de connaissance des administrateurs sur les sujets à débattre<sup>307</sup>. Pour exemple lorsqu'il s'agit d'arrêter les comptes sociaux ou dans le cas de l'autorisation des conventions réglementées, l'ensemble des documents nécessaires pour traiter ces questions doivent être impérativement transmis au préalable. Le problème étant que les attributions du conseil ne sont pas toutes déterminées par la loi. Il est alors délicat d'identifier la teneur exacte de l'information à délivrer aux administrateurs.

**469.** Le droit à l'information de l'organe de gestion des sociétés anonymes traditionnelles venant d'être étudié, il s'agit à présent de s'interroger sur le droit à l'information du conseil de surveillance. En tant qu'organe de contrôle des sociétés anonymes dualistes ainsi que des sociétés en commandite par actions, il bénéficie encore plus que le conseil d'administration d'un véritable droit à l'information.

#### **b-Le conseil de surveillance**

**470.** En effet, le conseil de surveillance est l'organe de contrôle des sociétés anonymes et des sociétés en commandites. Son statut exclusif de contrôleur lui confère un droit à l'information plus poussé que celui attribué notamment au conseil d'administration dans la société par action qui conserve quant à lui un double rôle. Par conséquent, le conseil de surveillance détient un droit à la communication d'informations. Toutefois, malgré l'identité de dénomination, il est primordial de différencier le conseil de surveillance de la société anonyme et de la commandite par actions.

**471. Société anonyme** - Concernant le conseil de surveillance de la société anonyme, ce dernier est le destinataire d'une information périodique. A ce titre, le directoire est tenu de lui communiquer une fois par trimestre un rapport sur la marche de la société au terme de l'article L. 225-68 alinéa 4 du code de commerce. En outre, dans le cadre de la tenue de l'assemblée générale annuelle, le directoire doit dans un délai de trois mois à compter de la clôture de l'exercice présenter au conseil de surveillance, les documents visés à l'article L. 225-100 alinéa 2 du code de commerce. De plus, dans le même cadre, le directoire doit

---

<sup>306</sup> Y. Reinhard, *Information des membres du conseil d'administration*, RTD com. 1990, p. 416.

<sup>307</sup> CA Versailles, 11 juin 1998, 12e ch. sect. 2., *Fondeur c/ SA Holdor*.

présenter au conseil de surveillance dans un délai de trois mois à compter de la clôture de l'exercice les comptes sociaux<sup>308</sup>.

**472.** Une information supplémentaire est délivrée au conseil dans les sociétés anonymes de taille importante. A cet effet, l'article L. 232-3 du code de commerce impose au directoire de communiquer au conseil de surveillance, des documents de gestion prévisionnelle et des rapports d'analyse de ces documents prévus à l'article L. 232-2 du même code.

**473.** Une question a été relevée par la doctrine. *Il s'agit de savoir si à l'instar des administrateurs, les membres du conseil de surveillance bénéficient-ils d'un droit individuel à l'information reconnu depuis l'arrêt Cointreau ?* Ni le législateur, ni la jurisprudence ne s'expriment explicitement en ce sens. Néanmoins, nous partageons la thèse du professeur Le Cannu selon laquelle « *il est légitime de penser que les membres du conseil de surveillance doivent être mis en mesure de participer utilement aux travaux du conseil. Il en résulte certainement un devoir d'information* ». En revanche, le caractère individuel du droit à l'information n'est pas reconnu à chacun des membres du conseil de surveillance. Par conséquent, un membre ne pourra entreprendre une mesure d'investigation que s'il est mandaté en ce sens par le conseil tout entier. On le voit bien, le cœur de l'information du conseil de surveillance ne réside pas dans l'information qui lui est systématiquement communiquée mais dans celle réclamée aux dirigeants.

**474. Société en commandite par action** - S'agissant à présent du conseil de surveillance de la société en commandite par actions, l'article L. 226-9 du code de commerce précise qu'il dispose dans le cadre de sa mission de contrôle, des mêmes pouvoirs que le commissaire aux comptes. Aucune disposition ne vient détailler le droit à l'information de cet organe. Il paraît donc nécessaire de se référer aux droits attribués en la matière aux commissaires aux comptes.

### **c-Le Commissaire aux comptes**

**475.** Le commissaire aux comptes ne peut exercer sa mission s'il ne dispose pas au préalable d'une information suffisante. A ce titre, le législateur a octroyé un droit à l'information à ce dernier. Ce droit se manifeste selon deux modalités. Un droit à la communication de documents sociaux par les dirigeants ainsi qu'un droit d'être convoqué à différentes réunions.

---

<sup>308</sup> Art. R. 225-55 du C. com.



**476. Droit à l'information** - Les dirigeants sociaux doivent tenir à la disposition des commissaires aux comptes de nombreux documents relatifs à la situation de la société. Il s'agit notamment des comptes annuels, comptes consolidés le cas échéant, du rapport de gestion et le cas échéant le rapport sur la gestion du groupe, des documents de gestion prévisionnelle et rapports analysant ces documents. Leur sont en outre adressés, le rapport sur une ou plusieurs opérations de gestion, les réponses des dirigeants aux questions écrites des actionnaires sur les faits de nature à compromettre la continuité de l'exploitation<sup>309</sup>, les demandes d'explication du comité d'entreprise en cas d'évolution préoccupante de la société. Par exemple : dans les sociétés en nom collectifs, les documents sociaux principaux sont tenus à la disposition du commissaire aux comptes au siège social, un mois au moins avant la convocation de l'assemblée<sup>310</sup>.

**477. Droit d'assister aux réunions** - De plus, pour compléter l'information communiquée, les commissaires aux comptes ont le droit d'assister aux réunions des organes sociaux. Selon l'article L. 823-17 du code de commerce « *Les commissaires aux comptes sont convoqués à toutes les réunions du conseil d'administration ou du directoire et du conseil de surveillance ou de l'organe collégial d'administration ou de direction et de l'organe de surveillance qui examinent ou arrêtent des comptes annuels ou intermédiaires* ». En sus, il doit être convoqué à toutes les assemblées générales d'actionnaires ou d'associés et ce qu'elles soient ordinaires ou extraordinaires.

**478.** Enfin, le droit à l'information d'un dernier organe de contrôle doit être étudié. Il s'agit du comité d'entreprise. Même si ce dernier organe de contrôle n'est présent que dans les entreprises d'un certain effectif, il s'impose comme un organe avec de réelles prérogatives de contrôle. Par conséquent une information doit lui être délivrée par le dirigeant.

#### **d-Le comité d'entreprise**

**479.** Si traditionnellement la protection des salariés est assurée par le droit du travail, le droit des sociétés est venu renforcer au fil des réformes le contrôle exercé par les salariés. L'exercice des missions du comité requiert une information préalable. En ce sens, le législateur a peu à peu doté les salariés des mêmes moyens d'informations légales que les

---

<sup>309</sup> Art. L. 225-232 du C.com.

<sup>310</sup> Art. R. 221-6 du C.com.

actionnaires. Aujourd'hui l'information communiquée est considérable au point qu'elle dépasse celle transmise aux actionnaires<sup>311</sup>.

**480. Droit à l'information** - Pour permettre au comité d'entreprise d'émettre un avis motivé, il doit disposer en amont d'informations précises transmises par le chef d'entreprise ou le cas échéant, mises à disposition dans une base de données économiques et sociales. Il est informé sur « *les questions intéressant l'organisation, la gestion et la marche générale de l'entreprise et, notamment, sur les mesures de nature à affecter le volume ou la structure des effectifs, la durée du travail, les conditions d'emploi, de travail et de formation professionnelle*<sup>312</sup> ». La loi du 17 août 2015<sup>313</sup>, réorganise l'information du comité d'entreprise. Le droit à l'information se matérialise suivant deux modalités. Le législateur prévoit une information qui est transmise directement par l'employeur ainsi qu'une information contenue dans une base de données, à charge pour l'employeur de mettre à disposition les documents requis dans cette base et de l'actualiser si nécessaire. De plus, l'information s'articule autour de consultations annuelles et ponctuelles.

**481.** L'information annuelle : trois consultations annuelles sont prévues par le code du travail et requièrent par conséquent une obligation d'information préalable de la part de l'employeur. Il s'agit premièrement de la consultation sur les orientations stratégiques de l'entreprise. Les informations relatives à cette consultation doivent être mises à disposition dans la base de données de l'article L.2323-9 du code du travail. Deuxièmement, il s'agit de la consultation annuelle sur la situation économique et financière de l'entreprise. Le législateur précise à l'article L. 2323-13 du même code la liste des informations qui doivent venir compléter la base de données. L'employeur doit notamment communiquer les informations sur l'activité et sur la situation économique et financière de l'entreprise ainsi que sur ses perspectives pour l'année à venir ; pour toutes les sociétés commerciales, les documents obligatoirement transmis annuellement à l'assemblée générale des actionnaires ou à l'assemblée d'associés ( pour exemple doivent être transmis : le rapport de gestion, les communications transmises aux actionnaires dans les conditions prévues aux articles L. 225-100 à 225-102, L. 225-108 et L. 225-115 à L. 225-118 du code de commerce, le rapport du commissaire aux comptes) ; les informations relatives à la politique de recherche et de développement technologique de

---

<sup>311</sup> A. Brunet et M. Germain, *L'information des actionnaires et du comité d'entreprise dans les sociétés anonymes depuis les lois du 28 oct. 1982, du 1<sup>er</sup> mars 1984 et du 25 janv. 1985*, Rev. soc. 1985, p. 1.

<sup>312</sup> Art. L. 2323-1 C. trav.

<sup>313</sup> Modifié par la loi n° 2015-994 du 17 août 2015. Désormais l'article prévoit qu'un décret en Conseil d'Etat précise le contenu des informations prévues au présent paragraphe, qui peut varier selon que l'entreprise compte plus ou moins de trois cents salariés.

l'entreprise. Un décret en Conseil d'Etat viendra préciser le contenu des informations qui pourra varier selon l'effectif de l'entreprise. Une troisième consultation doit être organisée et concerne la politique sociale de l'entreprise, les conditions de travail et l'emploi. Là encore, une liste de documents sont mis à disposition par l'employeur dans la base de données. Il faut noter que dans les entreprises de trois cents salariés, l'employeur doit également une fois par exercice transmettre les données relatives au bilan social (Art. L. 2323-20 du C. trav.).

**482.** L'information ponctuelle : cette information est donnée à l'occasion des consultations ponctuelles qui sont prévues par le législateur. Elles touchent à trois domaines distincts : l'organisation et la marche de l'entreprise, les conditions de travail et l'ouverture d'une procédure collective. Des informations spécifiques devront être communiquées par l'employeur en relation avec ces thèmes. Par exemple s'agissant du premier cité, l'employeur doit fournir une série de documents après chaque élection du comité d'entreprise selon l'article L. 2323-28, de même à l'occasion d'événements particuliers tels qu'une restructuration, une modification dans l'organisation économique ou juridique de l'entreprise (fusion, cession, concentration) ou encore à l'occasion d'une offre publique d'acquisition. Afin de parfaire l'information du comité d'entreprise relative à la gestion sociale, certains de ses membres disposent du droit d'assister à certaines réunions.

**483. Droit d'assister aux réunions** – Au terme de l'article L. 2323-62 du code du travail, il est précisé que deux membres du comité d'entreprise assistent à toutes les séances du conseil d'administration ou du conseil de surveillance selon le cas. Dans les sociétés où sont constitués trois collègues électoraux, le nombre de membres autorisé à assister aux réunions est porté à quatre. Ces dispositions s'appliquent à toutes les sociétés dès lors qu'elles sont pourvues par la loi ou par les statuts d'un conseil d'administration ou d'un conseil de surveillance. Par conséquent, ce droit joue dans l'ensemble des sociétés anonymes, dans les sociétés en commandites par actions, ainsi que dans les sociétés à responsabilité limitée qui se sont volontairement pourvues d'un conseil de surveillance. Dans le cas des sociétés par actions simplifiées, les statuts précisent l'organe social auprès duquel les délégués du comité d'entreprise exercent les droits<sup>314</sup>. Les membres de la délégation du personnel ont alors droit aux mêmes documents que ceux adressés ou remis aux membres de ces instances à l'occasion de leurs réunions.

---

<sup>314</sup> Art. L. 2323-66 du C. trav.

**484.** En outre, des membres du comité d'entreprise sont en droit d'assister aux assemblées générales. Cette prérogative est offerte à deux membres du comité à l'article L. 2323-67 du code du travail. L'application de ce texte vaut pour toutes les sociétés commerciales ayant un comité d'entreprise.

**485. Le comité d'entreprise européen** – Pour les sociétés de dimension communautaire, les textes<sup>315</sup> imposent l'institution d'un comité d'entreprise européen en vue d'informer et de consulter les salariés sur les questions à caractère transnational intéressant au moins deux établissements de l'entreprise ou sociétés du groupe situés dans des États différents de l'Union européenne ou de l'Espace économique européen. Lorsqu'il est constitué, ce comité a un droit à l'information. C'est le a) de l'annexe de la directive n° 2009/38/CE du 6 mai 2009 qui précise le contenu de l'information devant être communiquée par l'employeur. « *L'information du comité d'entreprise européen porte notamment sur la structure, la situation économique et financière, l'évolution probable des activités, la production et les ventes de l'entreprise ou du groupe d'entreprises de dimension communautaire*<sup>316</sup> ». Il est destinataire d'un rapport annuel dressé par l'employeur retraçant l'évolution des activités et traitant des perspectives de l'entreprise ou du groupe. Cependant, ce droit à l'information supporte une limite tenant au caractère transnational de l'entreprise. Le comité ne peut prétendre à des informations sur l'ensemble du groupe lorsque la direction centrale de l'entreprise ou du groupe se situe hors du territoire des États destinataires de la directive.

**486.** L'information des organes de contrôle serait insuffisante si elle n'était pas complétée par un pouvoir de se renseigner. C'est ainsi que le législateur octroie à ces organes des prérogatives permettant d'améliorer leur connaissance sur la gestion de la société.

## **B-Le droit de se renseigner**

**487.** En effet pour compléter l'information systématiquement transmise par le dirigeant, la loi reconnaît aux organes de contrôle un droit de se renseigner et d'investiguer plus ou moins large. Cela permet à ces organes d'affiner leur connaissance sur la gestion et de mettre en lumière certains paramètres de l'activité sociale pour lesquels la loi n'impose

---

<sup>315</sup> La loi n° 96-985 du 12 novembre 1996, en transposant la directive du Conseil de l'Union européenne n° 94/45 du 22 septembre 1994 (Dir. Cons. CE n° 94/45, 22 sept. 1994, JOCE 30 sept. 1994, n° L 254, p. 64), a imposé aux entreprises et groupes d'entreprises de dimension communautaire l'obligation de négocier les termes d'un accord mettant en place soit un comité d'entreprise européen, soit une procédure d'information et de consultation des travailleurs. La directive CE n° 2009/38 du 6 mai 2009 a abrogé la directive de 1994. Transposée par l'ordonnance n°2011-1328 du 20 oct. 2011 qui prévoit l'institution d'un comité d'entreprise européen. La loi n° 2015-994 du 17 août 2015 a complété les dispositions applicables au comité d'entreprise européen.

<sup>316</sup> *Droit des comités d'entreprises*, Lamy, 2017, spé. n° 102-64.

aucune obligation de transparence. Ce droit requiert une initiative des organes de contrôle. Les dirigeants ont seulement l'obligation de satisfaire les demandes d'informations lorsque celles-ci sont légitimes.

**488. Conseil de surveillance** En tant qu'organe de contrôle, le conseil de surveillance bénéficie d'un droit général à l'information. A ce titre, il peut se faire communiquer tous les documents nécessaires<sup>317</sup> à l'accomplissement de sa tâche (Art. L. 225-68 du C. com). Le conseil de surveillance est en droit de demander aux dirigeants de la société tous les documents et renseignements qu'il estime nécessaires à l'accomplissement de leur mission de contrôle. Par conséquent, tous les documents quels qu'ils soient, qu'ils émanent de la société ou qu'ils lui soient destinés peuvent être sollicités par ce dernier. La seule limite qui paraît s'imposer est relative au périmètre d'investigation. Les juges ont tenté de limiter le droit à l'investigation des membres du conseil à la seule société dont ils sont membres et ne saurait s'étendre de plein droit aux sociétés dans lesquelles celle-ci possède des participations sauf à démontrer que les pièces demandées et précisément énumérées sont nécessaires à l'efficacité de leur contrôle dans la société<sup>318</sup>. Un parallèle doit être fait avec la situation des commissaires aux comptes. Aux termes de l'article L. 823-14 du code de commerce, ces derniers bénéficient d'un droit d'investigation qui s'étend explicitement au groupe de sociétés. Pour une partie de la doctrine<sup>319</sup>, il est regrettable que le législateur n'ait pas rapproché en ce sens les moyens de contrôle accordés aux uns et aux autres. A l'instar du conseil de surveillance, le conseil d'administration de la société anonyme traditionnelle dispose à son tour du droit de réclamer des informations complémentaires.

**489. Le conseil d'administration** – Au-delà de la réception de l'information, le conseil d'administration dispose d'un pouvoir d'investigation. Cette prérogative permet aux administrateurs d'accomplir leur mission générale de surveillance et d'orientation de l'activité sociale. Cependant, le législateur reste elliptique sur l'information des administrateurs lorsqu'il est question d'exécuter cette mission. Ainsi la mise en œuvre de ce droit peut sembler délicate.

**490.** L'étendue de l'information que les administrateurs sont en droit de réclamer paraît vaste. Une limite pourrait encadrer le droit à l'information : l'abus de droit. En dehors de cette hypothèse, tout de la société est susceptible de les intéresser dans la perspective de

<sup>317</sup> A noter que la loi n° 2005-842 du 26 juillet 2005 a substitué le terme de « utiles » par celui de « nécessaires ».

<sup>318</sup> CA Paris, 3e ch. A, 30 août 2005, n° 04-1208, Delplanque c/Sté foncière et financière Murat 37, JCP E 2005, n° 44-45, p. 1886 ; BJS 2006, p. 205, note Baillod.

<sup>319</sup> R. Baillod, note sous CA Paris, 3e ch. A, 30 août 2005, n° 04-1208, BJS 2006, n° 2, p. 205.

l'accomplissement de leur mission : les conditions de tel contrat, le sort de tel matériel, l'utilisation de telle somme. Il peut s'agir d'une information économique ou financière, juridique, technologique voire politique. Les modalités de mise en œuvre de cette information est différente par rapport à l'information automatiquement communiquée par le dirigeant. L'information en ce domaine n'est non plus portable mais quérable. Il revient alors aux administrateurs de prendre l'initiative de réclamer l'information. En ce sens, les administrateurs peuvent demander que leur soit remis, s'ils le demandent une copie des procès-verbaux des délibérations du conseil.

**491.** Plus qu'un droit, ce droit de demander des renseignements supplémentaires pourrait être considéré comme un devoir. D'ailleurs, la jurisprudence a mis à la charge des administrateurs une obligation de surveillance. Ces derniers doivent contrôler les conditions dans lesquelles le dirigeant exécute sa mission. Cette obligation implique pour les administrateurs un devoir de s'informer auprès des organes dirigeants. De plus, dans l'exercice de leur mission de gestion, les administrateurs doivent s'informer de façon à ne pas prendre de décisions préjudiciables aux intérêts de la société ou de tiers. Toutefois comme le relève la doctrine, cette obligation n'est pas automatique et s'impose en raison du manque d'informations communiqué par les dirigeants. Concernant la mise en œuvre de cette règle, les documents demandés sont alors tenus à disposition des administrateurs au siège social. Ces derniers peuvent alors en prendre copie.

**492.** Enfin, une exigence de discrétion encadre ce droit à l'information des administrateurs. Au titre de l'article L. 225-37, al. 5 du même code, les administrateurs sont tenus à une obligation de discrétion à l'égard des informations présentant un caractère confidentiel.

**493.** Archétype de l'organe de contrôle, le commissaire aux comptes détient un pouvoir d'investigation encore plus large que celui attribué aux organes précédemment cités. Sa mission de contrôle légale et la responsabilité qu'il encoure exige que cet organe ait une connaissance approfondie de la gestion de la société.

**494. Le commissaire aux comptes** - La loi organise au profit des commissaires un droit étendu à l'investigation. Ce droit est permanent et peut ainsi être mis en œuvre à toute époque de l'année. L'article L. 823-13 alinéa 1 du code de commerce dispose que les commissaires aux comptes « (...) *peuvent se faire communiquer sur place*<sup>320</sup> *toutes les pièces qu'ils estiment utiles à l'exercice de leur mission et notamment tous contrats, livres, documents comptables et*

---

<sup>320</sup> Le droit de communication doit s'exercer sur place pour ne pas risquer d'entraver la bonne marche de l'entreprise.

*registres des procès-verbaux* ». Cette collecte d'information peut avoir lieu auprès de la société contrôlée mais également auprès des sociétés du même groupe<sup>321</sup> ainsi qu'auprès des tiers<sup>322</sup>. Dans ce dernier cas, sont visés les auxiliaires ou mandataires de la société. Les commissaires ne peuvent consulter directement les documents sauf s'ils y sont autorisés par une décision du président du Tribunal de commerce statuant en référé (Art. R. 823-4 du C. com).

**495.** De plus, dans les sociétés faisant appel public à l'épargne, les commissaires aux comptes bénéficient de la possibilité d'interroger l'Autorité des marchés financiers sur toute question rencontrée dans l'exercice de leur mission susceptible d'avoir un effet sur l'information financière de la personne <sup>323</sup>.

**496.** Ce pouvoir d'investigation permet aux organes de contrôle d'avoir une vision exhaustive de la gestion sociale ; un préalable nécessaire à son contrôle. Cela étant, la technicité des informations recueillies limite la compréhension de celles-ci. Ainsi, le législateur autorise de recourir à des experts.

## **§2- L'information recueillie auprès d'experts**

**497.** L'information légale communiquée par les dirigeants n'est pas exhaustive. Certains aspects sensibles peuvent passer à travers les mailles de l'information légale. Pour parer à cette difficulté, les codes privés et le législateur ont conféré aux organes de contrôle les moyens de parfaire leur information. Pour ce faire, ils disposent de la faculté de consulter des experts. Ces derniers peuvent être internes à la société et prendre la forme de comités spécialisés dans les sociétés disposant d'un conseil d'administration ou d'un conseil de surveillance ou bien être externes à la société.

**498. Comités spécialisés<sup>324</sup>**- Pour compléter l'information reçue et parvenir à une information plus technique, les organes de contrôle peuvent recueillir des informations auprès d'experts. Les comités du conseil d'administration remplissent notamment ce rôle. L'une de leurs missions est de porter à la connaissance du conseil d'administration ou de surveillance les

---

<sup>321</sup> Art. L. 823-14 du C. com

<sup>322</sup> Art. L. 823-14 al. 2 du C. com

<sup>323</sup> Art. L. 621-22-III du C. mon. fin.

<sup>324</sup> Sur le sujet voir notamment : I. Arnaud-Grossi, *Nouvelles recommandations sur le gouvernement d'entreprise : le rapport Bouton*, RLDA 2002, n° 54 ; Le Cannu P. et Dondero B., *Les comités d'audit*, in *Les défis actuels du droit financier*, éd. Joly, 2010 ; C. Lefaillet, *Les comités d'audit : une nouvelle impulsion en 2010*, RLDA 2011, n° 60 ; D. Mangenet, J-Y. Martin et D. Robine, *Comités d'audit : une consécration entourée d'incertitudes*, Dr. sociétés 2010, n° 1, étu. 2 ; P-H. Conac, *L'avenir des réformes : les nouveaux organes*, LPA 2007, n° 154, p. 32 ; J-F. Barbière, *Eclairage. Les « comités spécialisés » : quelques interrogations pratiques*, BJS 2010, n° 2, p. 116.

informations sensibles. Ces comités sont des organes d'instruction, « *ils se bornent à rendre compte au conseil de ses études et à donner leurs avis*<sup>325</sup> ». Dans leurs domaines respectifs, ils sont une source et un mode d'information incontestables des administrateurs ou des membres du conseil de surveillance. Leurs analyses et leurs conclusions permettent que soit exercé un contrôle plus fin de la gestion sociale.

**499.** Le comité d'audit est le plus plébiscité des comités spécialisés. Il a « *vocation à effectuer un travail préparatoire destiné à aider le conseil d'administration dans ses réflexions et prises de décisions*<sup>326</sup> ». A cette fin, il dispose d'un pouvoir d'investigation, pour pouvoir ensuite relayer l'information recueillie. La loi lui attribue en outre, la faculté d'échanger avec le commissaire aux comptes, le directeur financier de la société et surtout, le comité d'audit dispose de la possibilité de solliciter l'analyse d'experts extérieurs à l'entreprise. Le législateur est intervenu pour obliger à la création d'un comité d'audit dans les sociétés dont les titres sont admis aux négociations sur un marché réglementé<sup>327</sup>. Dans les autres sociétés, le recours au comité d'audit est facultatif.

**500.** De la même manière le comité des rémunérations est chargé de rapporter devant le conseil la rémunération allouée au président. Ainsi ces comités permettent aux conseils d'administration ou de surveillance, de préparer les réunions de manière à offrir à ces derniers « *la possibilité de prendre une décision en toute sécurité et en pleine connaissance de cause*<sup>328</sup> ».

**501. Experts extérieurs à la société** – L'autre moyen pour les organes de contrôle de perfectionner leur connaissance de la société est de recueillir des informations auprès d'experts extérieurs. Le conseil de surveillance, les commissaires aux comptes ainsi que le comité d'entreprise disposent de cette faculté.

**502.** S'agissant du conseil de surveillance, la Chancellerie se montre hostile au recours à un expert extérieur à la société. Cela étant, les juges à contre-pied de la position ministérielle,

---

<sup>325</sup> J-P. Valuet, *Les comités d'administrateurs : aspects juridiques et pratiques*, Dr. et patr. 1999, n°76.

<sup>326</sup> C. de Ganay d'Indy et L. Engel, *Les comités d'audits*, BJS 2003, n° 7, p. 723.

<sup>327</sup> L'ordonnance n° 2008-1278 du 8 déc. 2008 crée l'obligation pour les sociétés cotées d'instituer un comité d'audit. L'ordonnance n° 2013-544 du 27 juin 2013 élargit les sociétés concernées par cette obligation. Enfin l'ordonnance n° 2016-315 du 17 mars 2016 met le droit interne en conformité avec le règlement UE 537/2014 du 16 avril 2014 élargit les missions de ce comité. Désormais l'article L. 823-19 du C.com. prévoit que « Au sein des entités d'intérêt public au sens de l'article L. 820-1 et des sociétés de financement au sens du II de l'article L. 511-1 du code monétaire et financier, un comité spécialisé agissant sous la responsabilité, selon le cas, de l'organe chargé de l'administration ou de l'organe de surveillance, assure le suivi des questions relatives à l'élaboration et au contrôle des informations comptables et financières ».

<sup>328</sup> J-P. Valuet, art. cit., n° 76.



autorisent le conseil à s'adresser à un expert. Selon la Cour, cette démarche « *s'inscrit dans le champ des pouvoirs de contrôle conférés au conseil de surveillance*<sup>329</sup> ».

**503.** Concernant, les commissaires aux comptes, ils peuvent, au titre de l'article L. 823-14 du code de commerce, recueillir l'information auprès de tiers qui ont accompli des opérations pour le compte de la société. Selon une réponse ministérielle, la loi paraît viser uniquement les auxiliaires ou les mandataires de la société. Cependant, il ne peut être exigé de renseignements de la part des clients et des fournisseurs de la société. Ces derniers ne peuvent être considérés comme agissant pour le compte de la société. En outre, les commissaires n'ont qu'un droit d'information et ne peuvent exiger que les tiers leur communiquent les documents qui sont détenus par eux « *à moins qu'ils n'y soient autorisés par une décision de justice* ». En réponse à la demande des commissaires, les tiers ne peuvent opposer le secret professionnel pour s'affranchir de l'information réclamée. Par cette précision, le législateur a voulu conférer aux commissaires aux comptes les moyens d'exercer pleinement leur mission. Cependant certaines professions comme les auxiliaires de justice peuvent opposer le secret professionnel au cours de leur activité pour garantir le secret de la défense. De plus, malgré son statut d'expert, la loi autorise les commissaires, sous leur responsabilité, à se faire assister ou représenter par les experts ou collaborateurs de leurs choix. Dans cette éventualité, ils doivent faire connaître les experts à la personne ou entité dont ils sont chargés de certifier les comptes. Les experts ont alors les mêmes droits que le commissaire aux comptes<sup>330</sup>. Une norme professionnelle<sup>331</sup> précise les situations dans lesquelles le commissaire aux comptes peut estimer nécessaire de faire appel à un expert.

**504.** Le comité d'entreprise peut lui aussi demander l'assistance d'un expert rémunéré par l'employeur lorsqu'il est consulté pour chacune des consultations annuelles, mais aussi à l'occasion d'une procédure de consultation pour licenciement économique, ou lorsque l'entreprise est partie à une opération de concentration ou encore lorsque l'entreprise fait l'objet d'une offre publique d'acquisition<sup>332</sup>. L'objectif étant d'éclairer le comité d'entreprise sur la situation économique et financière de la société. Le rôle de l'expert est « *de fournir aux membres du comité les informations nécessaires en vue de leur permettre d'apprécier la situation de l'entreprise et de leur faciliter l'intelligence des comptes* ». Dans le cadre de sa

---

<sup>329</sup> CA Paris, 3e ch. C, 14 juin 2002, n° 2000/02981, Cormorante c/Antoine.

<sup>330</sup> Art. L. 823-13 al.2 du C.com.

<sup>331</sup> Norme d'exercice professionnel relative à l'intervention d'un expert, homologuée par arrêté du 10 avril 2007 (JO 3 mai). Le haut conseil du commissariat aux comptes a rendu un avis sur le recours à des experts ou collaborateurs. Sur ce sujet voir : JCP E 2010, n° 30-33, act. 423.

<sup>332</sup> Sur l'expert-comptable du comité d'entreprise voir notamment : D. Boulmier, *Les experts-comptables du comité d'entreprise : états des lieux*, Dr. sociétés 2014, p. 745.

mission, l'expert peut obtenir communication de tous les documents accessibles aux commissaires aux comptes<sup>333</sup>. Il peut ainsi demander à l'employeur la communication des comptes de l'année précédente<sup>334</sup>, de même qu'il est admis par les juges le droit pour l'expert d'obtenir de la filiale la communication des comptes annuels de la société mère<sup>335</sup>. De plus, pour l'exercice de sa mission, l'article L. 2323-5 du code du travail précise que ce dernier peut avoir accès à l'information détenue par les administrations publiques et les organismes agissant pour leur compte. En outre, le comité d'entreprise peut convoquer les commissaires aux comptes pour recevoir leurs explications sur « *les différents postes des documents communiqués ainsi que sur la situation financière de l'entreprise* »<sup>336</sup>. A ce titre, le commissaire aux comptes exerce une mission d'information. Le CNCC<sup>337</sup> considère que le commissaire aux comptes fournit des précisions nécessaires à la compréhension des documents comptables et rapports, pour que les membres du comité aient une vision claire de la situation financière de la société.

---

<sup>333</sup> Art. L. 2323-37 du C.trav.

<sup>334</sup> Cass. Soc. 16 mai 1990, n° 87-17. 555, Dr. sociétés 1991, p. 47, note M. Cohen.

<sup>335</sup> Cass. Crim. 29 mars 1991, n° 89-85.909.

<sup>336</sup> Art. L. 2323-13, 2° du C. trav.

<sup>337</sup> Norme CNCC n° 6-705, § 10.



## ***Conclusion du Chapitre I***

**505.** L'étude des dispositions informationnelles est un sujet technique qui ne peut faire l'économie d'une analyse détaillée des dispositions légales applicables au sein de chacune des structures sociales. La méthode employée se justifie d'autant plus qu'afin de juger de l'efficacité d'un système, il faut pouvoir en connaître précisément les rouages. L'information en tant que condition du contrôle de la gestion se doit alors d'être analysée d'une manière approfondie. Ce n'est qu'une fois cette démarche effectuée, qu'il est possible de mettre en exergue une tendance globale.

**506.** De plus, si l'intérêt de cette étude est de s'interroger sur l'efficacité du système de contrôle de la gestion des sociétés commerciales, l'intérêt est aussi didactique. Il s'agit modestement d'apporter aux organes investis de prérogatives de contrôle une synthèse des droits et des mécanismes à leur disposition afin d'améliorer l'exercice de leur contrôle. Dans ces circonstances, un exposé rigoureux des dispositions s'impose qu'ils s'agissent des mécanismes informationnels ou bien d'ailleurs des mécanismes de contrôle *stricto sensu*.

**507.** Pour ce faire, il est procédé à l'inventaire des modalités d'information de l'ensemble des acteurs du contrôle de la gestion. La densité de cet inventaire témoigne de l'importance de l'information concernant le contrôle de la gestion. En tant que condition indispensable au contrôle, le législateur ne pouvait se désintéresser de la question. Au contraire, il s'applique à renforcer et à détailler l'information qui leur est due. L'information n'a jamais été aussi développée au sein des sociétés commerciales et surtout au sein des sociétés faisant appel public à l'épargne.

**508.** Une fois éclairée, les organes ayant un droit de regard sur la gestion peuvent procéder à l'examen de la gestion des affaires sociales par le dirigeant grâce à des procédures érigées en ce sens par le législateur.



## Chapitre II - Les procédures légales de contrôle

**509.** Garantir la circulation de l'information est essentiel puisqu'elle constitue le support du contrôle. Cependant, une fois ce préalable effectué, il s'agit d'analyser l'information transmise afin de s'assurer de la bonne gestion de la société. Seul l'examen de l'information permet de relever d'éventuels dysfonctionnements.

**510.** A cette fin, il est nécessaire d'élaborer des procédures organisant le contrôle de l'information transmise par le dirigeant social. L'organisation légale de ces procédures se fonde sur le postulat suivant lequel, « *le contrôle de la gestion se double d'un contrôle des comptes, ces deux fonctions très spécialisées et même autonomes sont cependant complémentaires. Un véritable contrôle de la gestion suppose, en effet, au préalable, un contrôle comptable*<sup>338</sup> ». Deux types de procédures sont donc établies par le législateur, un contrôle comptable (Section I) complète le contrôle de la gestion (Section II). Cette distinction est porteuse d'un élément supplémentaire au système de contrôle et atteste aussi de l'existence d'un tel système.

**511.** L'intérêt de ce développement est de mettre en lumière les procédures et mécanismes à disposition des organes investis de prérogatives de contrôle afin d'exercer leur surveillance sur la gestion des affaires sociales. L'objet étant plus précisément de contrôler la régularité de la gestion aux lois et règlements ainsi qu'à l'intérêt social.

**512.** Dans l'hypothèse de la régularité à la réglementation, les procédures de contrôle s'attachent surtout à vérifier si le dirigeant respecte les règles comptables lors de l'établissement annuel des comptes sociaux. Le dirigeant est tenu de respecter un certain nombre de normes visant à s'assurer que celui-ci retranscrive de manière régulière sa gestion sociale. C'est principalement la procédure d'approbation annuelle des comptes qui va permettre de réaliser à cette vérification. Toutefois, selon la taille de la société concernée, les procédures de contrôle de l'information comptable et financière peuvent se multiplier.

**513.** Dans l'hypothèse du contrôle de la régularité de la gestion à l'égard de l'intérêt social, il s'agit surtout d'apprécier l'opportunité de l'administration de la société par le dirigeant. Pour ce faire, le législateur organise des procédures permettant d'apprécier la gestion de manière *a posteriori* mais aussi de manière *a priori* pour certaines formes sociétaires.

---

<sup>338</sup> J.-J. Caussain, *Conseil de surveillance*, J.-Cl. « sociétés traités », fasc. 133-60, 2014.

**514.** Une précision doit être apportée concernant le domaine du contrôle de l'information. Les mécanismes exposés sont ceux dont la mise en œuvre est prévue par le législateur lorsque la société se trouve dans une situation normale. En d'autres termes, seuls sont détaillés les mécanismes de contrôle présents dans les sociétés *in bonis*, puisque pour rappel, l'étude générale est restreinte au contrôle exercé dans ces dernières. De plus, de nombreuses autorités participent au contrôle de la gestion. Cependant seuls seront étudiés les mécanismes à disposition des organes légalement investis de prérogatives de contrôle par le droit des sociétés. Il s'agit donc des organes internes ainsi que du commissaire aux comptes et du comité d'entreprise. Néanmoins, l'importance du contrôle de l'information financière exercé par l'Autorité des marchés financiers à l'égard des sociétés cotées impose d'élargir le champ de l'étude.

**515.** Afin de contrôler la gestion d'une société, la première étape consiste à analyser l'information comptable et financière relative à son activité. C'est en ce sens que le législateur organise un contrôle comptable de la gestion.

### **Section I - Le contrôle comptable**

**516.** L'essence du contrat de société est la recherche de bénéfices ou d'économies, lesquels se traduisent par un résultat comptable. La détermination de ce résultat doit pouvoir être faite avec exactitude. C'est à cette fin qu'il est imposé aux sociétés commerciales une série d'obligations comptables. En effet, la comptabilité se définit comme « *un système d'organisation de l'information financière permettant de saisir, classer, enregistrer des données de base chiffrées et présenter des états reflétant une image fidèle du patrimoine, de la situation financière et du résultat de l'entité à la date de clôture* ». Les comptes de l'entreprise doivent être élaborés dans le respect de principes comptables. L'ensemble des sociétés commerciales sont par conséquent concernées par ces obligations. Il revient à leurs dirigeants de veiller au respect de celles-ci. Elles permettent aux associés et autres organes de contrôle de suivre les chiffres clés de l'activité sociale et d'analyser les résultats obtenus.

**517.** Ainsi, préalablement à l'étude des mécanismes permettant de contrôler la régularité de la comptabilité, il est impératif d'énoncer les critères définissant le concept de régularité des comptes sociaux. L'exposé du référentiel du contrôle est indispensable (§1). Une fois les règles posées, il convient d'exposer celles permettant de contrôler leur bonne mise en œuvre (§2).

## **§1-Les normes imposées aux dirigeants en matière comptable**

**518.** L'organisation d'un contrôle de l'information comptable et financière implique en amont de la part du législateur de poser un cadre juridique concernant l'élaboration de ce type d'information. A ce titre, les dirigeants sociaux doivent se plier à des normes pour retranscrire les données financières de la société. En tant que commerçant et dirigeant de société, ils sont assujettis à des obligations comptables (A). En outre, la mise en œuvre de ces règles doit se faire en suivant certains principes. Ces derniers viennent définir la qualité attendue des comptes sociaux (B).

### **A-Les obligations comptables des dirigeants**

**519.** Il ne s'agit pas de procéder à un exposé exhaustif des règles comptables qui s'imposent aux dirigeants. L'accent sera mis sur les principales obligations permettant aux organes de contrôle de procéder à l'examen de l'information comptable de la société.

**520. Les sources des obligations comptables** – Les sociétés commerciales sont soumises à une double réglementation en matière d'obligations comptables. D'une part, leur statut de commerçant impose de respecter les dispositions comptables communes à tous les commerçants. D'autre part, en tant que sociétés commerciales, elles sont tenues de se conformer aux obligations comptables qui leur sont spécifiques. Ainsi différentes sources viennent s'ajouter aux règles applicables. Les principales sont les dispositions du code de commerce relatives à la comptabilité<sup>339</sup>, auxquelles s'ajoutent les dispositions comptables propres aux sociétés commerciales<sup>340</sup> ainsi que le Plan comptable général établi par l'Autorité des normes comptables.

**521.** Les obligations comptables font l'objet d'une harmonisation européenne depuis de nombreuses années. L'adoption de la quatrième directive du 25 juillet 1978 remplissait déjà cet objectif. Depuis, 2013<sup>341</sup>, l'Union Européenne a modernisé les règles en matière comptable. L'ordonnance n° 2014-86 du 30 janvier 2014 a transposé certaines mesures visant à alléger les obligations comptables prévues par la directive du 26 juin 2013 en faveur des entreprises de petite taille.

---

<sup>339</sup> Des art. L. 123-12 à L. 123-23 du C.com.

<sup>340</sup> Des art. L. 232-1 à L. 232-25 du C.com.

<sup>341</sup> Directive n° 2013/34/UE du 26 juin 2013 qui adopte une directive comptable unique, harmonise les règles et simplifie les annexes comptables pour les petites entreprises. Sur le sujet : M. Teller, *La reconfiguration comptable européenne : décryptage juridique de la directive comptable unique*, BJS 2014, p. 55.



**522.** L'exposé des règles comptables simplifiées pour les petites structures (b) sera précédé de l'exposé des obligations comptables annuelles qui s'imposent aux dirigeants sociaux (a).

### **a-Les obligations comptables annuelles des dirigeants**

**523.** Comme tout commerçant, les sociétés commerciales doivent tenir une comptabilité régulière. Les dirigeants sont ainsi tenus en vertu de l'article L. 123-12 du code de commerce de : -procéder chronologiquement à l'enregistrement des mouvements affectant le patrimoine de l'entreprise ; -de contrôler au moins une fois par an au moyen d'un inventaire, l'existence et la valeur des éléments actifs et passifs du patrimoine ; -d'établir des comptes annuels à la clôture de l'exercice, au vu des enregistrements comptables et de l'inventaire. Ces différentes opérations sont enregistrées dans des livres comptables et documents de synthèse. Les livres comptables obligatoires ne seront pas détaillés à l'exception des comptes annuels qui sont le principal objet du contrôle comptable, le champ de l'étude se limitera par conséquent aux règles comptables applicables à ces derniers.

**524. Les comptes annuels et obligations comptables** - A la clôture de chaque exercice, les dirigeants<sup>342</sup> doivent établir des comptes annuels<sup>343</sup>. Est puni pénalement, le fait de manquer à cette obligation. Il est donc nécessaire de porter une attention particulière à cet établissement des comptes annuels. Le délai d'établissement des comptes annuels varie suivant les formes sociales considérées. Le délai est de trois mois pour les sociétés anonymes à directoire<sup>344</sup>, de quatre mois pour les sociétés cotées, de cinq mois et demi pour les sociétés à responsabilité limitée et les sociétés en nom collectif sans commissaire aux comptes. Il est de quatre mois et demi pour les autres sociétés et personnes morales non commerçantes ayant une activité économique. Enfin, pour les sociétés par actions simplifiées à associé unique ou pour celles qui n'atteignent pas les seuils d'établissement des documents liés à la prévention des difficultés des entreprises, la date limite est fixée par les statuts. En cas de tenue de l'assemblée générale annuelle, les comptes sociaux doivent néanmoins être mis à la disposition du commissaire aux comptes au moins un mois avant la réunion d'assemblée.

**525.** Il est important de mentionner que cette obligation d'établir des comptes annuels s'applique également au groupe de sociétés, indépendamment de l'obligation qui pèse individuellement sur chacune des sociétés du groupe. Les dirigeants ont l'obligation d'établir

---

<sup>342</sup> A travers ce thème générique, il est fait obligation : au conseil d'administration, au directoire, au gérant des sociétés commerciales (SNC, commandites simples, SARL ou sociétés par actions) de dresser les comptes sociaux. Dans les sociétés par actions simplifiées cette obligation incombe au président ou aux dirigeants désignés à cet effet par les statuts.

<sup>343</sup> Art. L. 232-1 al.1 du C.com.

<sup>344</sup> Art. L. 225-68, al. 5 du C. com.

des comptes consolidés ou comptes de groupe lorsque leur société contrôle de manière exclusive ou conjointe une ou plusieurs entreprises ou qu'elle exerce une influence notable sur celles-ci<sup>345</sup>.

**526.** Outre l'obligation de les établir, les dirigeants doivent les publier. Sont en effet tenus de déposer au greffe du tribunal de commerce les différents documents relatifs aux comptes annuels<sup>346</sup> : -les gérants des sociétés en nom collectif dont tous les associés sont des sociétés à responsabilité limitée ou des sociétés par actions et celles dont les associés sont des sociétés en nom collectif ou en commandite simple dont tous les associés sont des sociétés à responsabilité limitée ou par actions<sup>347</sup> ; -les gérants de sociétés à responsabilité limitée<sup>348</sup> ; -et pour finir, les dirigeants de sociétés par actions<sup>349</sup> (sociétés anonymes, sociétés en commandite par actions et sociétés par actions simplifiées). Une remarque s'impose quant à l'obligation de déposer les comptes sociaux pour les sociétés en commandite simple. Pour ces dernières, cette obligation s'applique par renvoi aux dispositions des sociétés en nom collectif en vertu de l'article 17 du décret n° 67-236 du 23 mars 1967. Cependant, à la suite de la codification du code de commerce et « *en l'absence de modification corrélative du texte de renvoi, on doit constater qu'aucun texte désormais ne leur impose de déposer au registre du commerce et des sociétés leurs comptes annuels et ce, en contravention avec les dispositions de la directive n° 90/605/CEE du Conseil du 8 novembre 1990*<sup>350</sup> ». Les documents comptables à déposer au greffe sont l'ensemble des documents relatifs aux comptes annuels, le rapport de gestion s'il s'agit d'une sociétés par actions, dont les titres sont admis aux négociations sur un marché réglementé, le rapport du commissaire aux comptes sur les comptes annuels et les comptes consolidés, le rapport du conseil de surveillance pour les sociétés anonymes à directoire ou pour les sociétés en commandite par actions et la proposition d'affectation du résultat soumis à l'assemblée.

**527.** La loi *Macron* de 2015 instaure à l'article L. 232-25 du code de commerce, une nouvelle option pour les petites entreprises relative à la publication des comptes sociaux. En effet, elle permet à ces sociétés d'opter pour l'absence de publication de leur compte de résultat. Pour autant, cette option, ne dispense pas leurs dirigeants de déposer les comptes au greffe, elle

---

<sup>345</sup> Art. L. 233-16 du C. com. Sur le sujet voir notamment : P. Feuillet, *La consolidation des comptes*, Rev. soc. 1985, p. 599 ; J. Richard, *Comptes consolidés et comptes annuels*, JCP E 1985, I, 14072.

<sup>346</sup> La loi *Warsmann IV*, n° 2012-387 du 22 mars 2012, relative à la simplification du droit et à l'allégement des démarches administratives, a retouché les articles L. 232-21 à L. 232-23 du Code de commerce, en supprimant l'obligation de déposer en double exemplaire les comptes et rapports annuels.

<sup>347</sup> Art. L. 232-21 du C.com.

<sup>348</sup> Art. L. 232-22 du C.com.

<sup>349</sup> Art. L. 232-23 du C.com.

<sup>350</sup> J. Mestre, D. Velardocchio et A-S. Mestre-Chami, op. cit, n° 2408.

permet seulement de mettre en place une option de confidentialité des comptes. Les comptes ne seront pas rendus publics : seules les administrations et les autorités judiciaires y ont accès. La finalité de cette disposition est de priver d'accès les concurrents, clients et fournisseurs de ces entreprises, aux données cruciales.

**528.** La loi impose donc l'établissement et la publication des comptes sociaux. Ces obligations permettent en amont, l'élaboration de l'information qui est ensuite transmise aux différents organes sociaux. Elles confèrent une véritable structure à l'information comptable et financière. A ce titre, le législateur précise le contenu de celle-ci.

**529. Le contenu des comptes annuels** - Ces comptes comprennent : le bilan, le compte de résultat et l'annexe<sup>351</sup>. Ils forment un tout indissociable. Le bilan, décrit séparément les éléments actifs et passifs de l'entreprise, et fait apparaître de façon distincte, les capitaux propres. Les articles L. 232-1 et L. 233-15 du code de commerce imposent d'annexer au bilan : un état des cautionnements, avals et garantis donnés par la société, un état des sûretés consenties par la société, et si la société a des filiales ou des participations, un tableau faisant apparaître la situation de ces filiales et participations. Ces informations sont fournies dans l'annexe.

**530.** Le compte de résultat, récapitule les produits et les charges de l'exercice, sans qu'il soit tenu compte de leur date d'encaissement ou de paiement. Il fait apparaître par différence, après déduction des amortissements, des dépréciations et des provisions, le bénéfice ou la perte de l'exercice. Les produits et les charges, classés par catégorie, doivent être présentés soit sous forme de tableaux, soit sous forme de liste<sup>352</sup>.

**531.** L'annexe, complète et commente l'information donnée par le bilan et le compte de résultat<sup>353</sup>. Elle a une double finalité. D'une part, elle apporte des explications nécessaires à la compréhension, des comptes annuels. D'autre part, elle a pour objet de compléter les informations qui y figurent. Elle doit comporter les informations exigées des commerçants ainsi que les mentions propres aux sociétés commerciales<sup>354</sup>. En sus, dans les sociétés cotées, les dirigeants doivent annexer à leurs comptes annuels, un tableau relatif à la répartition et à l'affectation des sommes distribuables qui seront proposées en assemblée générale<sup>355</sup>.

---

<sup>351</sup> Art. L. 123-12 al. 3 du C.com.

<sup>352</sup> Art. L. 123-13, al. 2 du C.com.

<sup>353</sup> Art. L. 123-13, al. 4 du C.com.

<sup>354</sup> Art. L.123-196 C. com. et R.123-197 du C.com.

<sup>355</sup> Art. L .232-7, al. 1 du C. com.

Des exceptions existent cependant quant aux règles applicables en matière de comptes annuels. Les entreprises de petite taille bénéficient d'un régime juridique allégé.

### **b-La simplification des règles comptables pour les petites structures**

**532.** En effet, certaines entreprises qualifiées de « petites entreprises » ont la faculté d'adopter une présentation simplifiée des comptes annuels. « *L'objectif est de réduire les coûts supportés par les petites sociétés par des mesures d'exemption, notamment l'établissement du rapport de gestion, la publication des comptes annuels*<sup>356</sup> ». Ce mouvement d'allègement est amorcé comme évoqué précédemment au niveau européen par la directive du 26 juin 2013. Les règles énoncées ont été transposées par deux ordonnances majeures en la matière : l'ordonnance n° 2014-86 du 30 janvier 2014 ainsi que l'ordonnance n° 2015-900 du 23 juillet 2015 prises en application de l'article 11 de la loi n° 2014-1662 du 30 décembre 2014 et complétées par un décret n° 2015-903 du 23 juillet 2015. Avant ces ordonnances, les sociétés commerciales pouvaient adopter une présentation simplifiée à condition de ne pas dépasser les seuils fixés par les articles L123-16 et R.123-200 du code de commerce<sup>357</sup>.

**533.** Au fond, ces différentes réformes créent les catégories de microentreprises et petites entreprises qui bénéficient de règles de présentation des comptes annuels simplifiées. Les petites entreprises définies à l'article L. 123-16 du code de commerce, peuvent bénéficier dans les conditions fixées par un règlement de l'Autorité des normes comptables, d'une présentation simplifiée de leurs comptes annuels. Cette même faculté est offerte aux microentreprises. Par dérogation aux dispositions de l'article L. 123-12 du code de commerce, les microentreprises, ne sont pas tenues d'établir une annexe. Sont considérées comme des microentreprises « *les commerçants, personnes physiques ou personnes morales, pour lesquels, au titre du dernier exercice comptable clos et sur une base annuelle, deux des trois seuils suivants, dont le niveau et les modalités de calcul sont fixés par décret, ne sont pas dépassés : le total du bilan, le montant net du chiffre d'affaires ou le nombre moyen de salariés employés au cours de l'exercice*<sup>358</sup> ». Ces dernières peuvent en outre, établir un bilan et un compte de résultat abrégés, si elles n'emploient aucun salarié, lorsqu'elles ont effectué

---

<sup>356</sup> I. Andernack, *Inventaire et comptes annuels*, Rép. sociétés Dalloz, 2011, §1.

<sup>357</sup> Les sociétés sont qualifiées de « petites entreprises » et bénéficient de règles de présentation des comptes annuels simplifiées les sociétés qui ne dépassent pas deux des trois seuils suivants : 4 000 000 d'euros de total du bilan ; 8 000 000 d'euros de chiffre d'affaires net ; 50 salariés employés en moyenne au cours de l'exercice. De plus, les « microentreprises », ne sont pas tenues d'établir d'annexe. Sont concernées, les sociétés et groupements d'intérêt économique, pour lesquels, au titre du dernier exercice comptable clos et sur la base annuelle, deux des trois seuils suivants, ne sont pas dépassés : 350 000 euros de total du bilan ; 700 000 euros de chiffre d'affaires net ; 10 salariés employés en moyenne au cours de l'exercice.

<sup>358</sup> Art. L. 123-16-1 du C.com.

une inscription de cessation totale et temporaire d'activité au registre du commerce et des sociétés<sup>359</sup>. Toutefois, cette faculté est limitée à deux ans au plus pour éviter tout risque de fraude.

**534.** Pour ces deux catégories, l'article D. 123-200 du code de commerce précise les règles comptables simplifiées. *« Le total du bilan est égal à la somme des montants nets des éléments d'actif. Le montant net du chiffre d'affaires est égal au montant des ventes de produits et services liés à l'activité courante, diminué des réductions sur ventes, de la taxe sur la valeur ajoutée et des taxes assimilées. Le nombre moyen de salariés employés au cours de l'exercice est égal à la moyenne arithmétique des effectifs à la fin de chaque trimestre de l'année civile, ou de l'exercice comptable lorsque celui-ci ne coïncide pas avec l'année civile, liés à l'entreprise par un contrat de travail ».*

**535.** Néanmoins, certaines sociétés ne peuvent bénéficier de ce régime comptable allégé. C'est notamment le cas des établissements de crédit et sociétés de financement, les entreprises d'assurance et de réassurance ou encore les personnes et entités dont les titres sont admis aux négociations sur un marché réglementé<sup>360</sup>.

**536.** Ainsi ces règles légales en posant un cadre à l'information financière permettent d'exercer en aval un contrôle comptable de la gestion des sociétés dans la mesure où au-delà de la transmission de l'information, elles en garantissent le contenu. Ces obligations comptables comme d'ailleurs les principes relatifs à la qualité des comptes sociaux exposés ci-dessous sont un préalable nécessaire. Elles révèlent donc un autre paramètre du système de contrôle. Au même titre que les obligations d'information, ces règles ne doivent pas être négligées. Il est essentiel de s'assurer que les comptes sociaux sont convenablement établis par les dirigeants et l'exposé des principes relatifs à la qualité des comptes permet cette vérification.

---

<sup>359</sup> Art. L. 123-28-2 du C.com. Il s'agit de la situation des Sociétés dites en « sommeil ». Répondent à cette qualification les microentreprises sans salariés, en cessation temporaire et totale d'activité dont les dirigeants ne souhaitent pas la liquidation. Pour ces entreprises, la loi Macron du 6 août 2015, n° 2015-990, octroie un allègement des obligations comptables.

<sup>360</sup> Art. L. 123-16-2 du C.com. Ces différentes exceptions s'expliquent notamment par le fait que ces entités sont exposées à des risques opérationnels et financiers. La comptabilité doit permettre aux utilisateurs d'appréhender au mieux les opérations spécifiques de ces établissements en particulier leur solvabilité, leur liquidité et le degré de risques inhérents à leurs activités. Dès lors, une présentation simplifiée des comptes annuels irait à rebours de l'objectif de transparence et de sécurité. De plus, ces sociétés ne sont en général pas concernées compte tenu des capitaux minimums nécessaires pour disposer de ces statuts particuliers. Par exemple pour les établissements de crédit, le Code monétaire et financier exige pour les banques, les banques mutualistes et les caisses d'épargne et de prévoyance, un capital libéré d'au moins 5 millions d'euros. Ce minimum requis est ramené quelque peu réduit pour les caisses de crédit municipal. Dès lors, les seuils requis pour bénéficier de cette simplification sont le plus généralement dépassés.

## **B-La qualité des comptes**

**537.** Aux termes de l'article L. 123-14 du code de commerce « *les comptes annuels doivent être réguliers, sincères et donner une image fidèle du patrimoine, de la situation financière et du résultat de l'entreprise* ». Ce triptyque qui définit les caractères attendus des comptes sociaux se fonde sur les « principes comptables ». Le plan comptable général fournit une définition en ce qui concerne les deux premières qualités. En revanche, la notion d'image fidèle, ne fait l'objet d'aucune définition précise.

**538. La régularité des comptes** - Le plan comptable général définit la régularité des comptes annuels comme le fait pour ces derniers d'« *être conforme aux règles et procédures en vigueur* ». Dans un sens plus général, la régularité des comptes s'entend de leur conformité à la règle de droit. Elle s'apprécie par rapport aux règles posées par l'Autorité des normes comptables.

**539. La sincérité des comptes** - Par cette exigence, le Plan comptable général impose aux dirigeants de traduire la connaissance que ces derniers ont de la réalité et de l'importance relative des événements enregistrés. Ce n'est ni plus ni moins qu'une obligation de bonne foi dans l'application des règles qui leurs sont imposées. Elle s'apprécie objectivement à l'issue de l'appréhension intrinsèque des comptes. L'Autorité des Marchés Financiers a affirmé le caractère objectif de la notion de sincérité dès 1969. Elle affirmait déjà que « *la sincérité résultera de l'évaluation correcte des valeurs comptables, ainsi que d'une appréciation raisonnable des risques et des dépréciations de la part des dirigeants* <sup>361</sup>».

**540. La notion d'image fidèle** – Quant à cette dernière notion, il n'en n'existe contrairement au deux précédentes, aucune définition légale ou réglementaire. Pour autant ce principe occupe une place majeure. Au-delà d'un principe, l'image fidèle apparaît comme un objectif primordial.

**541.** Le concept<sup>362</sup> est issu de la quatrième directive européenne<sup>363</sup> et emprunté au concept anglo-saxon de « *true and fair view* »<sup>364</sup>. Pour les Britanniques, cette notion équivaut à une

---

<sup>361</sup> Rapport COB 1969.

<sup>362</sup> Sur le sujet : P.Marcenac, *Le concept de l'image fidèle*, JA 2011, n° 433, p. 18 ; F. Pasqualini, *L'image fidèle, facteur d'évolution du droit comptable*, th., Paris 2, 1992 ; Matt et Mikol, *L'image fidèle, la doctrine et la loi*, RF compt. 1986, p. 39 ; Lagarrigue, *Réflexions sur l'image fidèle*, Rev. fr. de comptabilité 1983, n° 134, p. 140 ; C.Honigman et J. Mondino, *La bonne foi dans le droit comptable : l'image fidèle*, Gaz. Pal. 2009, n° 76, p.38 ; J-L. Navarro, *Droit comptable chronique*, JCP E 2008, n° 42, 2265, spé n°4.

<sup>363</sup> Quatrième directive CEE du 25 juillet 1978, n° 78-660.

représentation des comptes de manière à donner une image aussi objective que possible de l'entreprise<sup>365</sup>. Pour les juristes français, « *Elle correspond à l'obligation pour le responsable de l'établissement des comptes de rechercher si, après une application de bonne foi des règles comptables, les solutions qu'il a adoptées sont bien celles qui permettent d'avoir une vue correcte de l'entreprise*<sup>366</sup> ». Elle impose de donner une information comptable dans le respect des règles qui présentent d'une manière non déformée la situation économique de l'entreprise.

**542.** Cette notion vient s'adjoindre aux obligations de régularité et de sincérité des comptes. En effet, des comptes sociaux doivent être établis « *en conformité avec les prescriptions comptables et sans volonté de dissimulation et ne pas donner une vision correspondant à la situation réelle de l'entreprise*<sup>367</sup> ». Le droit français a donc introduit cette notion depuis 1983<sup>368</sup> pour permettre de faire correspondre les chiffres et la réalité économique. Pour parvenir à ce résultat, le texte légal ajoute que les dirigeants peuvent fournir des informations complémentaires dans les annexes, et, dans certaines hypothèses exceptionnelles, ils peuvent déroger à une disposition comptable existante, en motivant ce choix<sup>369</sup>.

**543. Les limites du concept-** Toutefois, malgré son importance, l'imprécision de la notion pose en pratique certaines difficultés aux praticiens ainsi qu'aux juges nationaux<sup>370</sup>. Il n'existe pas de consensus universel autour de cette notion. De plus, ce concept subjectif par essence, « *semble autoriser une relative distorsion dans l'applications des prescriptions légales selon l'inclinaison du prisme par lequel l'image est réfléchie*<sup>371</sup> ». Ainsi le caractère conventionnel des techniques comptables et des règles et conventions appliquées explique que l'on parle « *d'une image fidèle* » compte tenu des principes et méthodes comptables retenus<sup>372</sup> ». Par

---

<sup>364</sup> E. du Pontavice, *La notion d'image fidèle dans les comptes annuels des sociétés depuis la mise en harmonie de la loi sur les sociétés commerciales avec la quatrième directive*, in *Mélanges G. Flattet*, Lausanne, 1985, p. 85. Sur les origines de la notion : Chastney, *True and Fair View : History, meaning and the impact of the fourth Directive*, ICAEW, Londres 1975.

<sup>365</sup> Selon le concept de *true and fair view*, les comptes annuels doivent donner une image fidèle de leur patrimoine, de leur situation financière, ainsi que de leurs résultats.

<sup>366</sup> A. Charveriat, A. Couret, A. Zabala et B. Mercadal, *Sociétés commerciales* Memento pratique Francis Lefebvre, 2016, p. 1277.

<sup>367</sup> E. Cruvelier, *Comptabilité*, Rép. commercial Dalloz, 2010, spé. n° 92.

<sup>368</sup> La loi du 30 avril 1983, n° 83-353, introduit à l'article L. 123-14 du Code de commerce la notion d'image fidèle du patrimoine ».

<sup>369</sup> CJUE, 3 oct. 1013, n° C-322/13, BJS 2014, n° 01, p. 28, note T. Granier.

<sup>370</sup> J-L. Medus, *De quelques problématiques contemporaines du droit comptable*, LPA 1999, n° 25, p. 13 ; F. Delesalle, *Objectif d'image fidèle et aspect pénal du droit comptable sont-ils compatibles ?* LPA 2000, n° 237, p. 4. L'auteur de ce dernier article relève les difficultés auxquelles doivent faire face notamment le juge pénal. Ce dernier contraint à une interprétation stricte de la loi doit malgré tout interpréter une notion légale imprécise au travers par exemple le délit visant des comptes ne donnant pas pour chaque exercice une image fidèle du résultat des opérations de l'exercice de la situation financière et du patrimoine. L'imprécision de la notion d'image fidèle engendre plusieurs interprétations entre lesquelles le juge peut hésiter.

<sup>371</sup> J-L. Medus, art.cit., n°25, p. 16.

<sup>372</sup> M-J. Morvan et M. Dos Santos, *Comptable*, Mémento Pratique F. Lefebvre, 2017, n°355.

conséquent, la créativité comptable peut quelque peu fausser l'image fidèle. La crise économique en est une bonne illustration. Ce sont les fraudes comptables perpétrées au sein des très grandes entreprises qui sont une des causes de cette dérive. La comptabilité d'entreprises, comme *Vivendi-Universal* était présentée sous un jour très flatteur du point de vue de leur santé financière. Ces règles ont le mérite de poser un cadre de référence suivi en théorie par les dirigeants lors de la retranscription des informations comptables. Cependant, cet exemple souligne la nécessité d'apprécier en pratique la qualité de cette information et de s'interroger dans quelle mesure les comptes reflètent fidèlement la situation financière et patrimoniale de la société. Cette démarche est permise au moyen de mécanismes légaux qui permettent de vérifier l'intégrité de l'information financière communiquée au regard de ce référentiel.

## **§2- Les mécanismes de vérification des comptes sociaux**

**544.** Les documents comptables sont une source d'information, quantifiable, objective et systématique<sup>373</sup> et l'analyse financière de ces documents va permettre de détecter d'éventuelles irrégularités. L'objectif des différents contrôles organisés par le législateur est de vérifier l'intégrité des comptes sociaux. Plusieurs organes interviennent pour procéder à cet examen.

**545.** La documentation comptable est déterminante pour les partenaires de la société. C'est sur la base de celle-ci que se font ou se défont les investissements. Elle doit être d'une totale fiabilité. Il est donc impératif pour le législateur d'élaborer des mécanismes de contrôle de l'information financière. Toutefois, il faut noter que cette vérification est plus ou moins exhaustive suivant la forme sociale et la taille de la structure, les petites structures ne sont pas assujetties aux mêmes procédures de contrôle que celles s'appliquant aux sociétés de taille importante.

### **A-Un contrôle comptable réduit pour les petites sociétés**

**546.** Le tissu économique français est principalement composé de petites et moyennes sociétés. A l'exception des sociétés anonymes, des sociétés en commandite par actions, dans lesquelles la nomination d'un commissaire aux comptes est obligatoire, le contrôle comptable au sein des autres sociétés de petite taille se limite au contrôle des associés<sup>374</sup>. En ce sens, on

---

<sup>373</sup> Bardos, *Détection précoce des défaillances d'entreprises à partir des documents comptables*, Bull. Banque de France 1995, p. 59.

<sup>374</sup> Cette affirmation est à prendre sous l'angle du droit des sociétés. Evidemment, les petites et moyennes sociétés ne sont pas exemptes de tous contrôles notamment ceux opérés par les Autorités publiques.



parle de contrôle comptable réduit. Réduit ne veut pourtant pas dire inexistant. Le contrôle des comptes par les associés n'est pas négligeable surtout au sein des sociétés où la responsabilité des associés est illimitée. La défaillance financière de la société emporterait un risque de voir le patrimoine personnel des associés engagé, d'où l'intérêt porté par ces derniers aux comptes sociaux.

**547.** C'est à l'occasion de l'assemblée générale annuelle que se manifeste le contrôle des associés sur les comptes sociaux. Ils disposent à cette fin à titre individuel (a) mais aussi collectif (b) des mécanismes leur permettant de vérifier l'intégrité de la comptabilité érigée par le dirigeant.

#### **a-Les mécanismes individuels de contrôle des associés**

**548.** Le chapitre précédent<sup>375</sup> a relevé l'étendue du droit à l'information des associés. L'information est le support du contrôle. Son étendue conditionne l'intensité du contrôle. Ainsi, plus le droit de regard sur l'activité sociale est important, plus il est aisé pour les associés de déceler, le cas échéant, des irrégularités comptables. Dans le même sens, le droit pour les associés de questionner leur dirigeant sur les documents sociaux préalablement à la réunion en assemblée permet sur la base des informations recueillies, de comparer la situation économique de la société avec les explications fournies par le dirigeant. Cette mesure permet aux associés d'apprécier l'intégrité des comptes sociaux. Néanmoins, les compétences des associés peuvent être limitées en ce domaine. Par conséquent, le législateur autorise certains associés à recourir à l'analyse d'un expert.

**549. Assistance d'un expert judiciaire** - En effet, la loi confère aux associés le droit de se faire assister d'un expert pour contrôler les documents comptables de la société et ce à toute époque de l'année. Les documents comptables concernés sont ceux mis à la disposition des associés au siège social. Lorsqu'un associé estime que les comptes qui lui sont présentés ne sont pas sincères et ne correspondent pas à la réalité, ce dernier a la possibilité de demander en justice la désignation d'un expert afin d'examiner les comptes litigieux. L'objectif de ce mécanisme est de permettre aux associés minoritaires d'exercer un contrôle plus approfondi de la comptabilité de la société. A l'instar du mécanisme précédemment exposé, il s'agit d'une mesure d'instruction, permettant aux associés de vérifier l'intégrité des comptes sociaux. Cette prérogative est notamment offerte aux associés de sociétés anonymes. Conformément à l'article R. 225-94 du code de commerce, « *tout actionnaire exerçant le*

---

<sup>375</sup> V. supra. p. 126 et s.

*droit d'obtenir communication de documents et renseignements auprès de la société peut se faire assister d'un expert inscrit sur une des listes établies par les cours et tribunaux* ». Ces experts dont il est question, sont ceux inscrits sur la liste nationale d'experts agréés par la Cour de cassation et sur la liste d'experts auprès de chaque Cour d'appel. Ce sont des professionnels intervenant dans des domaines variés. En ce qui concerne le contrôle comptable, il pourra s'agir d'un expert-comptable, ou d'un huissier chargé de dresser un procès-verbal des documents<sup>376</sup>. Cet expert peut aussi être un commissaire aux comptes.

**550. Assistance d'un commissaire aux comptes-** Dans le même ordre d'idée, certains associés disposent de la possibilité de demander en assemblée la nomination d'un commissaire aux comptes et ce même lorsque les seuils de désignation obligatoires ne sont pas atteints. Sont concernés par cette prérogative, les associés des sociétés à responsabilité limitée, des sociétés de personnes et de sociétés par actions simplifiées<sup>377</sup>. Le commissaire est désigné par une ordonnance du Président du tribunal de commerce statuant en la forme des référés. Si dans les sociétés en nom collectif et en commandite simple, la demande de nomination judiciaire peut être présentée par tout associé sans condition de détention d'une fraction de capital, en revanche dans les sociétés à responsabilité limitée et les sociétés par actions simplifiées, cette condition s'applique. Ainsi, le législateur conditionne la demande. Elle ne peut être faite que par un ou plusieurs associés représentant au moins le dixième du capital social<sup>378</sup>. La demande en justice est directe, elle ne nécessite pas au préalable de saisir l'assemblée. Le juge apprécie alors l'opportunité de la demande au regard de l'intérêt social<sup>379</sup>. Lorsqu'il répond favorablement à la demande, l'expert agit suivant un ordre de mission. Elle peut avoir pour objet d'examiner les comptes de la société et de se prononcer sur leur cohérence avec la situation comptable de la société. Est encore recevable, l'action formée par un associé alors que les comptes sociaux des trois derniers exercices n'avaient pas été établis<sup>380</sup>. Enfin, dans le silence des dispositions légales quant à la durée de la mission du commissaire ainsi nommé, la doctrine en déduit que ce dernier se trouve nommé pour la durée légale de six exercices.

---

<sup>376</sup> CA Paris, 15 nov. 1978, BRDA 1979, n° 3, p. 9.

<sup>377</sup> En ce sens voir respectivement les articles : L. 221-9, L. 223-35, al. 3 et L. 227-9-1, al. 1 du C.com.

<sup>378</sup> Art. L. 223-35 al. 3 et Art. L. 227-9-1 al. 4 du C. com.

<sup>379</sup> CA Paris, 24 mai 2002, n° 2002/01557, Dr. sociétés 2002, n° 11, comm. 98, note J. Monnet. Dans le même sens voir : RTD com. 1991, p. 70, note C. Champaud.

<sup>380</sup> CA Paris, 20 oct. 1995, n° 94/16100. En sens contraire : CA Paris, 14e ch. B, 13 oct. 2006, M. Alphanbery et SA Rial Trading c/ M. Handjani, RTD com. 2007, p. 375, note D. Danet. L'assistance d'un avocat a été refusée à l'actionnaire pour la consultation des documents sociaux.

**551.** La procédure d’alerte, pourrait trouver sa place parmi les mécanismes de contrôle de l’information comptable. Néanmoins, en pratique ce sont d’autres éléments que ceux à caractère comptable, qui sont invoqués par les associés pour justifier l’alerte. Par conséquent, celle-ci sera développée dans le cadre du contrôle de la gestion<sup>381</sup>. En sus des mécanismes individuels de contrôle au service des associés, la collectivité des associés réunis en assemblée tient également à sa disposition des leviers de contrôle des comptes sociaux.

#### **b-Les mécanismes de contrôle de l’assemblée**

**552.** L’assemblée délibère sur toutes les questions relatives aux comptes sociaux. A cette fin, les documents comptables doivent être soumis à l’approbation de la collectivité des associés dans les six mois de la clôture de l’exercice. L’assemblée dispose d’une compétence exclusive pour l’approbation des comptes annuels et le cas échéant, des comptes consolidés.

**553.** Une exception à ce principe doit être précisée. La loi n° 2005-882 du 2 août 2005 en faveur des PME a supprimé, pour les sociétés à responsabilité limitée ne comportant qu’un associé unique qui en est le seul gérant, l’obligation d’approuver les comptes annuels. Dans cette hypothèse, le dépôt au greffe du tribunal de commerce du rapport de gestion, de l’inventaire et des comptes annuels vaut approbation des comptes. Cette simplification prévue à l’article L. 223-31 alinéa 2 du code de commerce est une alternative offerte au gérant, unique associé. Cela étant, elle comporte certaines contraintes. Le dépôt de l’inventaire au greffe, qui est un document confidentiel, peut être un frein à la mise en œuvre de ce choix. De plus, l’associé reste malgré tout tenu de décider de l’affectation du résultat et de déposer le texte de cette décision au registre du commerce et des sociétés. Or, l’existence d’un résultat bénéficiaire lequel peut obliger à doter la réserve légale comme la distribution de dividendes suppose une décision expresse.

**554.** En dehors de cette exception, la décision d’approbation des comptes sociaux annuels requiert en amont une vérification de leur intégrité. L’audition du dirigeant et ses justifications sur les données comptables sont l’occasion pour l’assemblée de se forger un jugement sur la régularité des comptes sociaux. Encore faut-il que l’assemblée soit convoquée pour que puisse être exercé son contrôle.

**555.** Pour parer à cette difficulté, le législateur dote les associés d’un mécanisme permettant la réunion de l’assemblée annuelle pour statuer sur les comptes sociaux en cas de carence du

---

<sup>381</sup> V. infra p. 198 et s.

dirigeant<sup>382</sup>. Dans le cadre de cette procédure, les associés demandent qu'il soit enjoint sous astreinte au dirigeant de convoquer l'assemblée. A défaut, ils pourront demander en référé la nomination d'un mandataire *ad hoc* au Président du Tribunal de commerce. Pour la jurisprudence, ce mécanisme est subsidiaire, l'associé qui entame cette procédure doit au préalable justifier qu'il en a fait la demande au dirigeant<sup>383</sup>. Pour être recevable, la demande doit tendre à des fins conformes à l'intérêt social<sup>384</sup>. Le Président statue en la forme des référés. Les conditions d'urgence et de contestations sérieuses ne sont donc pas exigées pour satisfaire à la demande.

**556.** Par ailleurs, l'article L. 223-27 al. 4 applicable aux sociétés à responsabilité limitée édicte la règle suivante ; « *un ou plusieurs associés détenant la moitié des parts sociales ou détenant, s'ils représentent au moins le dixième des associés, le dixième des parts sociales, peuvent demander la réunion d'une assemblée* »<sup>385</sup>. La généralité des termes employés laisse à penser que ce mécanisme de convocation peut intervenir pour toute assemblée quel qu'en soit l'objet. Les associés doivent saisir le Président du Tribunal de commerce. Même si ce mode de consultation est obligatoire dans cette hypothèse, les associés ne peuvent procéder eux-mêmes à la convocation<sup>386</sup> et doivent suivre la procédure prévue à l'aliéna 5 exposée précédemment.

**557.** Lorsque la mise en œuvre du contrôle est garantie par la tenue effective de l'assemblée statuant sur les comptes sociaux, celle-ci peut dès lors statuer sur leur intégrité. Les documents comptables sont passés en revue, pour renseigner sur le fonctionnement réel de la société. Après examen des documents qui lui sont présentés<sup>387</sup>, l'assemblée délibère et approuve, amende ou rejette les comptes.

**558.** La collégialité de l'assemblée facilite le contrôle des comptes. Un actionnaire informé d'une irrégularité pourra en faire part à ces coassociés et ainsi éclairer le vote de ces derniers. Une discussion générale est alors ouverte par le président de l'assemblée après présentation

---

<sup>382</sup> Cette prérogative, se retrouve notamment au sein des dispositions relatives aux sociétés en nom collectif à l'article L. 221-6 alinéa 2 du Code de commerce, à l'article L. 223-27 al.5 dudit code pour les SARL, à l'article L. 225-103 du C.com pour les sociétés anonymes. Le même droit est ouvert aux associations d'actionnaires répondant aux conditions de l'article L. 225-120 du C.com.

<sup>383</sup> CA Reims, 17 juill. 1975, D. 1976, jur., p. 218, note Y. Guyon.

<sup>384</sup> Cass. Com., 19 juin 1990, n° 89-14.092, Rev. soc. 1990, p. 621, note Sortais.

<sup>385</sup> La Loi Warsmann n° 2012-372 du 22 mars 2012 a abaissé les seuils de représentativité requis permettant aux associés de demander la tenue d'une assemblée générale. Jusque-là, ceux-ci devaient représenter le quart des associés et le quart des parts sociales. Désormais ce pourcentage est réduit à 10% du nombre des associés et 10% des parts sociales.

<sup>386</sup> CA Paris 15 déc. 1995, JurisData n° 1996-600128, RJDA 2/96, n° 239 ; Cass. Com., 4 mars 1974, n° 74-10. 284 ; Cass. com., 13 mars 2001 : JurisData n° 2001-008646, RJDA 8-9/2001, n° 872.

<sup>387</sup> La présentation des comptes doit être appréhendée comme leur dépôt sur le bureau de l'assemblée. Il n'est pas en effet nécessaire d'en donner lecture aux actionnaires, qui ont pu en prendre connaissance préalablement.

des comptes. L'assemblée doit se prononcer sur toutes les questions relatives à la comptabilité et notamment sur l'approbation des comptes ou leur rejet, sur l'affectation des résultats ainsi que sur la détermination du dividende, lorsqu'il existe des sommes distribuables. Enfin l'assemblée devra statuer sur certaines dépenses somptuaires exclues des charges déductibles pour l'assiette de l'impôt sur les sociétés<sup>388</sup>. Une fois la discussion achevée, les associés passent au vote. Si aucune irrégularité n'a été soulevée, les associés adoptent purement et simplement les comptes tels qu'ils ont été soumis à l'assemblée. En revanche, lorsque l'examen de ces derniers soulève des dysfonctionnements, l'assemblée peut refuser d'approuver les comptes. Une copie de la délibération doit alors être déposée au greffe du Tribunal de commerce dans le mois du refus par l'assemblée. En général, ce refus engendre des sanctions à l'encontre du dirigeant responsable des irrégularités soulevées.

**559.** Malgré ces différents dispositifs, le contrôle exercé sur les données exclusivement comptables peut montrer certaines limites<sup>389</sup>. Le Professeur Schmidt, expose dans son ouvrage sur les conflits d'intérêts, l'incapacité du contrôle des comptes sociaux à faire apparaître distinctement les abus. Celui-ci reste occulte, *« enfoui dans les comptes d'une filiale et noyé dans les comptes consolidés de la société mère. Le conseil d'administration et l'assemblée générale, qui n'ont pas accès à la comptabilité et aux archives sociales, ne peuvent percevoir le secret. En l'absence d'une dénonciation provenant d'un préposé aux écritures ou aux virements de fonds, la société, victime représentée légalement par l'auteur de l'infraction, ne pourra se plaindre »*<sup>390</sup>. Par conséquent, dans le cadre d'un contrôle de l'information, il paraît indispensable de croiser les informations exclusivement comptables avec celles relatives à la gestion. C'est en ce sens qu'un contrôle global de la gestion est organisé.

**560.** Toutefois, un contrôle comptable renforcé pour les sociétés commerciales de taille importante et sociétés cotées maximise les chances de révélation d'irrégularités et permet un contrôle rigoureux de l'information financière.

---

<sup>388</sup> Art. 223 quater. CGI.

<sup>389</sup> D. Ohl, *Fixation du point de départ du délai de prescription en matière d'abus de biens sociaux*, JCP 2000, n° 38, II, 10386. L'auteur émet des doutes sur la capacité des comptes et leur contrôle à révéler des irrégularités dissimulées. D'autant plus si la société est de taille importante. Il s'agissait en l'espèce d'un abus de biens sociaux, se matérialisant par le versement par le dirigeant de salaires à deux personnes n'exerçant aucune prestation de travail. Selon l'auteur, *« On peut en effet légitimement douter que la seule inscription au bilan de la charge correspondant aux salaires fictifs renseigne suffisamment les associés sur la commission d'abus de biens sociaux. Les salaires sont en effet noyés dans une masse globale indistincte et aucun détail n'est fourni au simple actionnaire »*.

<sup>390</sup> D. Schmidt, *Les conflits d'intérêts dans la SA*, Joly, coll. Pratique des affaires, 1999, p. 289, n° 323.

## **B-Un contrôle comptable renforcé pour les sociétés cotées et/ou de taille importante**

**561.** « *La comptabilité n'est pas le sujet de préoccupation essentiel des associés qui n'ont pas toujours les compétences nécessaires pour en apprécier toute la portée, contrairement bien sûr au commissaire aux comptes*<sup>391</sup> ». Lorsque les seuils légaux sont atteints, le contrôle comptable se perfectionne et fait intervenir des organes spécialisés en cette matière à l'instar du commissaire aux comptes. Le contrôle comptable est alors plus structuré. Au sein des sociétés de grande taille (a), d'autres organes s'adjoignent aux associés pour contrôler les comptes sociaux. En outre, dans les sociétés cotées le maillage du contrôle se resserre encore plus, en faisant intervenir des organes supplémentaires (b).

### **a-Le contrôle comptable dans les grandes sociétés commerciales**

**562.** Au sein des sociétés de taille importante qu'elles soient ou non cotées, le contrôle des comptes fait intervenir des organes externes (2). C'est notamment le cas du commissaire aux comptes. Son intervention est cruciale pour surveiller la régularité des comptes sociaux. Son expertise permet de déceler les dysfonctionnements dont les dirigeants sont à l'origine. A côté de cet organe pivot, le comité d'entreprise exerce également un contrôle des comptes. Néanmoins, des organes internes autres que les associés exercent aussi un contrôle de la comptabilité sociale au sein des formes qui en disposent. Il s'agit du conseil d'administration et du conseil de surveillance (1).

#### **1-Les organes internes associés au contrôle comptable**

**563.** Conjointement à la vérification opérée par les associés, un contrôle supplémentaire est réalisé dans l'enceinte des sociétés disposant d'un conseil d'administration ( $\alpha$ ) ou d'un conseil de surveillance ( $\beta$ ). La loi attribue à ces deux organes, une fonction de contrôle. Celui-ci doit notamment porter sur la régularité des comptes sociaux.

**564.** Sont ici concernées les sociétés anonymes, ainsi que les sociétés en commandite par action. Ce sont les deux structures sociales qui disposent légalement de tels organes. Leur présence intensifie le contrôle exercé sur les comptes sociaux.

#### **$\alpha$ -Le contrôle de l'information financière par le conseil d'administration**

**565.** Le conseil d'administration des sociétés anonymes classiques se doit de contrôler la régularité de l'information financière élaborée par le dirigeant. Il est le garant de son

---

<sup>391</sup> M-H. Monsérié-Bon, *Entreprises en difficulté (Détection des difficultés)*, Rép. sociétés Dalloz, 2012, spé. n°164.

intégrité. Pour ce faire il use de sa prérogative lui permettant d'exercer des contrôles et vérifications qu'il juge opportun visée à l'article L. 225- 35 du code de commerce.

**566.** Le conseil d'administration n'a aucun rôle dans l'élaboration de l'information financière. Cette tâche relève de la compétence de la direction générale. Le conseil se limite à en contrôler la régularité. A ce titre, il doit vérifier que l'information délivrée reflète fidèlement la situation de la société. Il doit s'interroger sur la fiabilité de l'information et même adopter un regard critique face à celle-ci.

**567.** C'est au conseil d'arrêter les comptes sociaux<sup>392</sup>. Pour réaliser cette opération, le conseil d'administration doit s'interroger quant à la pertinence des méthodes comptables retenues eu égard à l'activité de la société, s'assurer de la qualité des travaux du commissaire aux comptes et des auditeurs. Il s'agit donc de « *vérifier que les états financiers donnent une image fidèle de l'entreprise : c'est-à-dire s'interroger sur la cohérence entre les états financiers et la marche effective des affaires ou les intentions stratégiques qu'il a définies*<sup>393</sup> ». Pour l'assister dans sa tâche, le législateur impose la présence du commissaire aux comptes à toutes les réunions qui examinent ou arrêtent les comptes annuels ou intermédiaires<sup>394</sup>. De plus, dans le cadre de son contrôle des comptes outre l'audition du commissaire aux comptes, le conseil peut être amené à faire diligenter un audit comptable et financier.

**568.** Suite à la présentation des comptes annuels par le président, le conseil procède à un examen détaillé des comptes présentés. Après délibération, il arrête les comptes de l'exercice clos. Ici aussi le caractère délibératif de cet organe social favorise l'exercice du contrôle. Toute décision suppose une délibération, au cours de laquelle pourra être relevés certains points comptables nécessitant plus amples éclaircissements de la part du dirigeant. Les comptes annuels sont donc examinés par le conseil, qui peut être amené à refuser l'arrêté des comptes, dans l'hypothèses d'irrégularités.

**569.** Toutefois, malgré les doléances d'un administrateur relatives à ces anomalies, le conseil peut approuver à la majorité les comptes annuels. Dans ce cas de figure, les membres du conseil risqueront de voir engager leur responsabilité personnelle. L'administrateur réfractaire devra alors pour prouver sa désapprobation, demander qu'elle soit formellement actée dans le procès-verbal de la réunion du conseil d'administration. « *Le formalisme des délibérations du*

---

<sup>392</sup> Art. L. 232-1 du C.com. Définition : L'arrêt des comptes par le conseil d'administration est la décision d'approbation des comptes sociaux par ce dernier.

<sup>393</sup>P. Bissara, *Corporate governance, Loi NRE et redéfinition de la faute civile des dirigeants*, Rev. soc. 2003, p. 210.

<sup>394</sup> Art. L. 823-17 du C.com.

*conseil d'administration peut ici constituer une défense pour l'administrateur qui s'est opposé à une décision fautive*<sup>395</sup> ».

**570.** Par ailleurs, la doctrine<sup>396</sup> attribue au conseil des sociétés cotées, la responsabilité de contrôler les sources même de l'information financière des dirigeants. Il doit vérifier le processus d'obtention de ce type d'informations à l'instar de leurs homologues américains<sup>397</sup>. Dans le cadre d'un groupe de sociétés, le conseil d'administration de la société mère devra par exemple, « *s'assurer que les dirigeants de chaque filiale font bien remonter les informations significatives, en temps utile, à la direction* »<sup>398</sup>. Il devra par conséquent contrôler le processus interne qui permet au dirigeant de délivrer l'information financière.

**571.** Le conseil est donc le garant de l'intégrité de l'information comptable envers les actionnaires et le marché. Il est essentiel qu'il use de ses prérogatives pour s'assurer de la régularité de la comptabilité. Lorsque les conditions l'exigent, il sera demandé au conseil d'astreindre le dirigeant à modifier certains paramètres comptables pour garantir du respect des prescriptions légales et réglementaires. La fonction de contrôle de cet organe tend vers celle du conseil de surveillance qu'il s'agit d'étudier à présent.

### **β-Le contrôle de l'information financière par le conseil de surveillance**

**572.** A l'image du conseil d'administration pour les sociétés anonymes classiques, le conseil de surveillance des sociétés anonymes dualistes, au même titre que celui des sociétés en commandite par actions, contrôle la régularité des comptes sociaux. Il est investi d'une mission de contrôle des documents comptables au titre de l'article L. 225-68 alinéas 3 et 5 du code de commerce. Le texte précise notamment qu'« *après la clôture de chaque exercice (...) le directoire lui présente, aux fins de vérification et de contrôle, les documents visés au deuxième alinéa de l'article L. 225-100* ». Ces dispositions lui confèrent un pouvoir de contrôle étendu puisqu'il peut, à tout moment, « *examiner non seulement la comptabilité et les écritures sociales, mais aussi tous les éléments d'actif, la caisse, le portefeuille, les stocks, etc., ainsi que tous les éléments de passif, et, d'une manière générale, tous documents quels*

---

<sup>395</sup> B. Dondero et P. Le Cannu, op. cit., p. 466.

<sup>396</sup> D. Martin et O. Tat Tieu, *Rôle et responsabilité du conseil d'administration en matière d'information financière*, JCP 2009, n° 10-11, doctr. 122.

<sup>397</sup> Y. Brissy, D. Guigou et A. Mourot, *Gouvernance et communication financière*, Eyrolles, 2008, p. 160.

<sup>398</sup> D. Martin et O. Tat Tieu, art. cit., n° 10. Sur le sujet voir aussi : J.-P. Mattout, *Information financière et responsabilité des dirigeants*, Dr. sociétés 2004, étu. 19.



*qu'ils soient, qu'ils émanent de la société ou qu'ils lui soient destinés*<sup>399</sup> ». A noter que ses prérogatives ne s'étendent pas de plein droit aux filiales de la société.

**573.** Le contrôle mis en œuvre par le conseil fait appel à des techniques objectives et porte sur l'exactitude mathématique des comptes. Son contrôle est similaire à celui exercé par le commissaire aux comptes, tant est si bien que la loi énonce que le conseil de surveillance des sociétés en commandite par actions dispose quant à lui des mêmes pouvoirs que le commissaire aux comptes.

**574.** Indifféremment de la forme sociale, le conseil de surveillance doit élaborer un rapport à l'assemblée dans lequel il signale les irrégularités et les inexactitudes relevées dans les comptes annuels et le cas échéant, les comptes consolidés de l'exercice<sup>400</sup>. Ce dernier ne peut « *fermer les yeux sur les éventuelles erreurs ou omissions comptables que son contrôle devrait normalement lui permettre de déceler*<sup>401</sup> ». Pour l'assister dans sa mission, le conseil bénéficie du concours du commissaire aux comptes qui doit être convoqué aux réunions qui examinent les comptes annuels ou intermédiaires<sup>402</sup>.

**575.** Parallèlement au contrôle mis en œuvre en interne, des organes externes viennent assister les organes sociaux. Leurs connaissances techniques éclairent le contrôle des organes internes et permettent ainsi une vérification effective des comptes sociaux.

## **2-Les organes externes de contrôle des comptes**

**576.** Deux organes externes exercent un contrôle des comptes sociaux. Il s'agit du commissaire aux comptes, organe légal de contrôle ( $\alpha$ ) et du comité d'entreprise ( $\beta$ ). Ce dernier moins spécialisé peut en revanche recourir à un expert.

### **$\alpha$ -Le contrôle comptable du commissaire aux comptes**

**577.** Le commissaire aux comptes est un organe d'intérêt public. Si initialement son rôle était tourné vers la protection des associés, aujourd'hui, ce dernier assure une mission d'intérêt général au profit de tous ceux qui ont à apprécier la situation financière de la société<sup>403</sup>. Le rôle principal du commissaire aux comptes est le contrôle des comptes sociaux.

---

<sup>399</sup> J-J. Caussain, *Conseil de surveillance*, J.-Cl « sociétés traité », fasc. 133-60, 2014, n° 117.

<sup>400</sup> Art L.226-9 du C.com.

<sup>401</sup> J-J. Caussain, op. cit., n° 121.

<sup>402</sup> Art. L. 823-17 du C. com.

<sup>403</sup> P. Giami, *Le commissaire aux comptes : une mission d'intérêt général*, JA 2005, n° 326, p. 25. Voir aussi : J. Monéger et T. Granier, *Le commissaire aux comptes*, Dalloz, 1995, n° 58. Ces auteurs considèrent que le commissaire aux comptes est « le garant institutionnel des intérêts mis en cause par la gestion de l'entreprise ».

Sa mission consiste à certifier que les comptes annuels sont réguliers et sincères et donnent une image fidèle du résultat, de la situation financière et du patrimoine de l'entreprises<sup>404</sup>. Cette mission s'applique aussi, le cas échéant aux comptes consolidés. Conformément à l'article L. 823-9, deuxième alinéa du même code, « *lorsqu'une personne ou une entité établit des comptes consolidés, les commissaires aux comptes certifient, en justifiant de leurs appréciations, que les comptes consolidés sont réguliers et sincères et donnent une image fidèle du patrimoine, de la situation financière ainsi que du résultat de l'ensemble constitué par les personnes et entités comprises dans la consolidation* ».

**578.** L'alinéa 1 de l'article L. 823-10 dudit code pourrait parfaitement illustrer sa principale vocation. « *Les commissaires aux comptes ont pour mission permanente, à l'exclusion de toute immixtion dans la gestion, de vérifier les valeurs et les documents comptables de la personne ou de l'entité dont ils sont chargés de certifier les comptes et de contrôler la conformité de sa comptabilité aux règles en vigueur* ». A ce titre, le commissaire dispose de prérogatives légales. Les règles applicables aux commissaires aux comptes sont communes pour toutes les personnes et entités dans lesquelles ils exercent leur mission et ce depuis l'unification. Elles figurent aux articles L. 823-9 et suivants du code de commerce<sup>405</sup>.

**579.** Afin de mettre en œuvre le contrôle de la conformité de la compatibilité sociale aux règles comptables en vigueur, le commissaire aux comptes doit au préalable tenir à sa disposition les documents comptables. Cette mise à disposition des comptes annuels doit être réalisée un mois au moins avant la convocation de l'assemblée<sup>406</sup>. Cette mission doit s'effectuer de manière permanente, tout au long de l'exercice, en faisant usage de ses pouvoirs d'investigation. Dans le respect des normes de contrôle imposées, le commissaire peut mener à bien sa mission de certification. Chaque commissaire apprécie « *sous sa responsabilité et compte tenu des usages professionnels, les diligences qu'il doit déployer et les techniques qui lui paraissent les mieux appropriées* »<sup>407</sup>.

**580. Moyens du contrôle** - Les commissaires aux comptes disposent de moyens d'investigation pour remplir leur mission. A ce titre, « *À toute époque de l'année, les commissaires aux comptes, ensemble ou séparément, opèrent toutes vérifications et tous contrôles qu'ils jugent opportuns et peuvent se faire communiquer sur place toutes les pièces qu'ils estiment utiles à l'exercice de leur mission et notamment tous contrats, livres,*

---

<sup>404</sup> Ces notions ont été définies plus en amont au sujet des obligations comptables à la charge du dirigeant.

<sup>405</sup> Toutefois s'ajoute à ce socle commun, des dispositions propres à certaines entités contrôlées.

<sup>406</sup> Art. R. 232-1 du C.com.

<sup>407</sup> F. Rabelais, *Commissaire aux comptes – Missions*, J.-Cl « sociétés traité », fasc. 134-20, 2011, n° 12.

*documents comptables et registres des procès-verbaux*<sup>408</sup>». Cette disposition est d'ordre public, les statuts ne peuvent en rien la restreindre. Si les commissaires se heurtent à des réticences des dirigeants dans l'exercice de leur mission, ils doivent accroître leur vigilance et contourner les obstacles en se référant au conseil d'administration ou au conseil de surveillance pour les sociétés qui en sont dotées. A défaut, les commissaires peuvent saisir le juge des référés pour lui demander d'ordonner sous astreinte la communication des documents qui lui sont refusés. Si le dirigeant persiste dans son refus, il s'expose alors aux sanctions du délit d'entrave à l'exercice de la mission du commissaire aux comptes.

**581.** Le champ d'investigation est considérable. Les commissaires peuvent notamment demander la communication du rapport établi par des réviseurs chargés contractuellement par les dirigeants de vérifier la comptabilité<sup>409</sup> et s'étendre à des éléments matériels ou se faire communiquer les documents comptables des exercices antérieurs. Enfin, il est important de noter que le périmètre du contrôle peut s'étendre auprès des sociétés du même groupe. En pratique, les commissaires peuvent faire face à certaines difficultés, notamment lorsque les sociétés ne se trouvent pas sur le territoire français. Une fois les moyens du contrôle exposés, il s'agit de s'interroger sur la mise en œuvre en pratique du contrôle des comptes par les commissaires aux comptes.

**582. Méthodes du contrôle** – Il faut partir du postulat selon lequel les commissaires aux comptes ne sont tenus qu'à une obligation de moyens et non de résultat pour comprendre les méthodes de contrôle employées. Ils ne peuvent garantir qu'aucune anomalie, erreur ou fraude n'a échappé à leurs investigations. Ils peuvent seulement donner une assurance raisonnable de la qualité des comptes sociaux. Contrairement à une révision complète, les commissaires procèdent à des contrôles suivant des procédures normalisées. Selon l'article L. 821-13 du code de commerce, « *les commissaires aux comptes exercent leur mission conformément aux normes internationales d'audit adoptées par la Commission européenne dans les conditions définies par la directive 2006/43/CE du 17 mai 2006* ».

**583.** Les commissaires définissent les termes et les conditions de leurs interventions dans une lettre de mission. Celle-ci doit préciser la nature et l'étendue des interventions que le commissaire aux comptes entend mener. Il ne peut vérifier l'ensemble de la comptabilité mais

---

<sup>408</sup> Art. L. 823-13, al. 1 du C.com.

<sup>409</sup> Bull. CNCC 1974, p. 311.

doit s'assurer que celle-ci ne comporte pas d'anomalies significatives<sup>410</sup>. Pour accomplir sa mission, il peut d'une part s'appuyer sur les travaux effectués au sein de la société par les organes sociaux, notamment sur le contrôle interne, ainsi que sur les travaux d'experts extérieurs. D'autre part, après avoir pris connaissance de l'entité, le commissaire conçoit et met en œuvre des procédures d'audit en fonction de son évaluation du risque d'anomalies significatives dans les comptes. Il sélectionne préalablement les éléments probants à contrôler. Puis, il opère par sondages<sup>411</sup>, par examen analytique, observation physique... Toutes ces méthodes lui permettent de constituer un ensemble d'éléments probant et à terme de se forger une opinion sur les comptes de la société.

**584.** En réalité, les commissaires aux comptes examinent durant l'exercice les comptes sociaux et les opérations. L'examen des comptes annuels ne sont que la synthèse des comptes vérifiés. L'examen de l'ensemble des comptes annuels a pour objet de vérifier que le bilan, le compte de résultat et l'annexe sont cohérents, concordent avec les données de la comptabilité, sont présentés selon les principes comptables et la réglementation en vigueur et tiennent compte des événements postérieurs à la date de clôture. Il vérifiera en particulier que l'annexe comporte toutes les informations d'importance significative sur la situation patrimoniale, financière et sur le résultat de l'entreprise.

**585. Résultats du contrôle** – En absence d'anomalies significatives, le commissaire aux comptes peut formuler une certification pure et simple. Elle atteste de la régularité des comptes sociaux. Il peut aussi assortir sa certification de réserves lorsque des erreurs et irrégularités ont été constatées. Néanmoins ces dernières ne suffisent pas à altérer l'image fidèle de la société. Dans le cas contraire, le commissaire aux comptes doit refuser la certification des comptes sociaux<sup>412</sup>. Le refus s'impose aussi lorsque le commissaire a rencontré des obstacles importants dans la mise en œuvre de sa mission. Ces entraves l'empêchent de se forger une intime conviction quant à la régularité des comptes contrôlés.

**586.** De plus, au titre de l'article L. 823-12 du code de commerce, les commissaires sont tenus de faire part à la plus proche assemblée générale ou réunion de l'organe compétent des irrégularités et inexactitudes relevées au cours de l'accomplissement de leur mission. Ils doivent de plus, révéler au procureur de la République les faits délictueux dont ils ont eu

---

<sup>410</sup> L'anomalie significative est une « information comptable ou financière inexacte, insuffisante ou omise, en raison d'erreurs ou de fraude, d'une importance telle que, seule ou cumulée avec d'autres, elle peut influencer le jugement de l'utilisateur d'une information comptable ou financière » (NEP-200).

<sup>411</sup> Art. L. 823-16, I, 1° du C.com.

<sup>412</sup> Voir notamment : Cass. Com. 11 févr. 2003, n° 99-20139, BJS 2003, n° 5, p.549, note J.-F. Barbiéri.

connaissance. Les commissaires doivent informer les organes compétents des modifications qui leur paraissent devoir être apportées aux comptes.

**587.** Une spécificité mérite d'être précisée concernant l'hypothèse d'un groupe de sociétés, puisque dans ce cas, la procédure de contrôle du commissaire diffère quelque peu. Elle intègre la notion de groupe de sociétés.

**588. Spécificités du contrôle des comptes consolidés**<sup>413</sup> – Afin de formuler une opinion sur les comptes consolidés, les commissaires aux comptes mettent en œuvre un audit en application des normes d'exercice professionnel<sup>414</sup>. Ils commencent leur contrôle en vérifiant que la société contrôlée respecte son obligation d'établir des comptes consolidés et s'assurent qu'ils récapitulent bien l'ensemble des entreprises entrant dans le périmètre de la consolidation. Ensuite, les commissaires doivent s'assurer de la fiabilité, de la cohérence et de la pertinence des méthodes retenues pour la consolidation. Enfin, doivent contrôler les comptes annuels qui sont compris dans la consolidation. Cela s'effectue en s'appuyant sur les travaux des commissaires aux comptes des sociétés situées dans le périmètre de consolidation. Les commissaires aux comptes questionnent leurs confrères en fonction dans les autres sociétés.

**589.** Le rôle crucial du commissaire aux comptes quant à la garantie de la régularité des comptes sociaux explique d'une part l'accroissement de son périmètre d'intervention. Limité aux sociétés anonymes, son contrôle s'est ensuite étendu à d'autres formes sociales. D'autre part, le législateur a également fait évoluer le nombre de ses missions dans un sens exponentiel. Son contrôle des comptes sociaux est devenu plus technique et rigoureux.

**590.** Lorsque les seuils sont atteints pour la nomination d'un commissaire aux comptes, ils le sont généralement aussi pour l'établissement d'un comité d'entreprise. Or lorsqu'un tel organe est présent au sein de la société, celui-ci est amené à jouer un rôle de contrôle des comptes sociaux. A cette fin, le législateur lui confère certaines prérogatives.

---

<sup>413</sup> Voir notamment : D. Langé, *Le commissariat aux comptes et le phénomène des groupes de sociétés*, th., Tours, 1979.

<sup>414</sup> Une norme particulière précise les « principes spécifiques applicables à l'audit des comptes consolidés » (NEP-600).

## **β-Le contrôle comptable du comité d'entreprise**

**591.** Le poids du comité d'entreprise s'est accru au fil des réformes législatives en matière économique<sup>415</sup>. Le législateur attribue au comité d'entreprise un rôle de contrôle et lui confère en ce sens les moyens de l'exercer<sup>416</sup>. « *Le cadre d'intervention du législateur est bien connu. Le droit à l'information et à la consultation du comité d'entreprise est une expression du principe constitutionnel de participation*<sup>417</sup> ». Le rôle du comité d'entreprise est essentiellement consultatif dans le fonctionnement des sociétés commerciales. L'objet des consultations légales établies par le législateur est de rendre un avis. Le comité d'entreprise est notamment tenu d'émettre un avis sur la situation économique et financière de l'entreprise.

**592.** Depuis la loi *Rebsamen*<sup>418</sup> en application depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2016, le comité d'entreprise examine la situation économique et financière de la société lors d'une consultation prévue à l'article L. 2323-12 du code du travail. A cette occasion, le comité d'entreprise procède notamment à l'examen annuel des comptes. Cette consultation donne lieu à une présentation chiffrée de l'exercice écoulé et des perspectives de l'année en cours. En plus, de celle-ci, le comité d'entreprise est le bénéficiaire d'une documentation étayée. L'examen des comptes se fait sur la base des documents comptables qui sont soumis à l'assemblée générale annuelle. Compte tenu de la complexité des documents communiqués, le comité d'entreprise peut se faire assister d'un expert-comptable de son choix rémunéré par l'entreprise<sup>419</sup>.

**593.** Selon la jurisprudence, cette faculté n'est soumise à aucune condition d'effectif de la société<sup>420</sup>. Ce dernier est doté des mêmes pouvoirs que le comité d'entreprise en vue de l'examen annuel des comptes<sup>421</sup>. En outre, il est en droit de demander toutes les informations utiles à sa mission à l'instar du commissaire aux comptes<sup>422</sup>.

**594.** L'objectif de l'expert est d'établir des analyses et des vérifications permettant d'éclairer les élus du comité sur la situation économique et financière. Son rôle est de rendre intelligible

---

<sup>415</sup> Le législateur n'a eu de cesse d'allonger la liste des informations et des cas de consultations obligatoires du comité d'entreprise. Par exemple, l'ordonnance n° 45-280 du 22 fév. 1945 qui offre la faculté au comité d'entreprise de recourir à l'assistance d'un expert-comptable, ou encore la loi n° 82-915 du 22 oct. 1982 élargit la mission de l'expert-comptable.

<sup>416</sup> V. Franconi, *L'actualité des attributions du comité d'entreprise en matière économique*, th., Lyon 2, 2010.

<sup>417</sup> H. Tissandier, *Information et consultation du comité d'entreprise : rationalisation ou changement de paradigme ?* Dr. social 2015, p. 889.

<sup>418</sup> Loi n° 2015-994 du 17 août 2015 relative au dialogue social et à l'emploi (1).

<sup>419</sup> Art. L. 2325-35, 1° C. trav. modifié par la Loi n° 2016-1088 du 8 août 2016. Voir notamment : *L'assistance de l'expert-comptable pour l'examen des comptes annuels*, Les cahiers Lamy du CE, juill. 2004, p. 10, note A. Cerati-Gauthier ; N. Bouffier, *La montée en puissance de l'expertise de comité d'entreprise*, Dr. social 2013, p. 126.

<sup>420</sup> Cass.Soc., 12 avril 2012, n° 10-27. 470 F-D.

<sup>421</sup> Cass. Soc., 11 mars 1992, n° 89-20.670 ; Cass. Soc., 14 déc. 1999, n° 98-16.810.

<sup>422</sup> Cass. Soc., 8 nov. 1994, n° 08-11-1994, D. 1994, p. 268.

les comptes sociaux. L'expert-comptable n'a pas pour but de vérifier la régularité des comptes mais de permettre leur bonne compréhension<sup>423</sup>. Même si le rôle de l'expert n'est pas exclusivement comptable, cela étant, la jurisprudence ne dénie pas cette prérogative aux experts du comité d'entreprise. Ainsi il a été jugé par exemple que l'expert-comptable est chargé d'assister le comité d'entreprise « *non pas seulement sur un plan purement comptable, mais aussi dans une analyse approfondie de la situation économique et des perspectives de son évolution*<sup>424</sup> ». Néanmoins, il est important de noter que si l'expert procède à l'examen des comptes, sa mission n'est aucunement assimilable à celle du commissaire aux comptes. Cela étant, en apportant leur expertise au comité d'entreprise, les experts favorisent le contrôle de celui-ci sur les comptes sociaux de la société. Ainsi éclairé, le comité d'entreprise peut s'interroger sur la régularité et la véracité des documents qui lui sont transmis.

**595.** Le comité peut aussi convoquer les commissaires aux comptes pour recevoir leurs explications sur les différents postes des documents communiqués ainsi que sur la situation financière de l'entreprise<sup>425</sup>. Cela permet au comité de renforcer sa compréhension des comptes sociaux.

**596.** A l'issue de son contrôle des comptes, le comité peut formuler toutes observations utiles sur la situation économique et financière de l'entreprise, qui seront transmises à l'assemblée générale en même temps que le rapport du conseil d'administration, du directoire ou des gérants. Celles-ci peuvent notamment concerner les comptes sociaux. En outre pour appuyer leur contrôle, la loi du 15 mai 2001 a doté les élus du comité d'entreprise du droit de requérir l'inscription de projets de résolutions à l'ordre du jour des assemblées d'actionnaires. Cette possibilité est cependant restreinte aux sociétés par actions.

**597.** La régularité comptable n'est pas la mission première du comité d'entreprise, ce qui explique le nombre restreint de mécanismes propres au contrôle des comptes. En revanche, les mécanismes de contrôle visant à surveiller la gestion, sont comme il sera exposé plus loin, conséquents.

---

<sup>423</sup> L'article L. 2325-36 du code du travail précise que « la mission de l'expert-comptable porte sur tous les éléments d'ordre économique, financier ou sociaux nécessaires à la compréhension des comptes et à l'appréciation de la situation de l'entreprise ». Elle a pour objet de permettre au comité d'entreprise de comprendre les comptes et d'apprécier la situation de la société, à la lumière des enseignements tirés de ces derniers. Sur le premier point, il revient à l'expert le rôle de traduire « en langue claire et accessible » à des non spécialistes les données comptables. Quant au second point, il permet une appréciation d'ordre général de la situation économique de l'entreprise.

<sup>424</sup> TGI réf. Paris (Prés. Desjardins) 4 janv. 1990, Secafi-Alpha c/ EDF-GDF, n° 9887-89.

<sup>425</sup> Art. L. 2323-13, 2° du C. trav.

**598.** Si la régularité des comptes est une question centrale dans les grandes sociétés, elle l'est encore plus en ce qui concerne les sociétés cotées. L'information financière communiquée au public doit nécessairement être garantie. A cette fin, le législateur resserre un peu plus le maillage du contrôle par le recours à deux entités spécialisées.

### **b-Les mécanismes de contrôle comptable propres aux sociétés cotées**

**599.** Avant d'analyser le contrôle exercé par ces deux entités spécialisées, il est important de relever les attributions spécifiques du commissaire aux comptes au sein des sociétés cotées<sup>426</sup>. En plus, des comptes annuels, les commissaires aux comptes sont tenus de vérifier pour les sociétés dont les titres sont admis aux négociations sur un marché réglementé la sincérité des informations contenues dans le rapport semestriel d'activité<sup>427</sup>. Ils vérifient que les comptes intermédiaires, avec toutefois une assurance moins élevée, ne comportent pas d'anomalies significatives.

**600.** Les commissaires sont également tenus d'informer l'Autorité des marchés financiers de tout fait ou décision justifiant leur intention de refuser la certification<sup>428</sup>. Ils doivent également transmettre à l'Autorité des marchés financiers les conclusions du rapport qu'ils envisagent de présenter sur les irrégularités et les inexactitudes qu'ils ont relevées en application des articles L. 822-15 et L. 823-12, alinéa 1 du code de commerce.

**601.** Inversement, les commissaires aux comptes peuvent interroger l'Autorité des marchés financiers sur toute question rencontrée dans l'exercice de leur mission et susceptible d'avoir un effet sur l'information financière de la société contrôlée<sup>429</sup>. Enfin, les commissaires entretiennent des relations avec les comités d'audit constitués au sein des sociétés cotées. Ils se doivent de communiquer à ces derniers un rapport d'information complémentaire conforme aux dispositions du règlement communautaire n° 537/2014 du 16 avril 2014.

**602.** On constate que le comité d'audit et l'Autorité des marchés entretiennent des relations étroites avec les commissaires aux comptes dans la mesure où l'un comme l'autre dispose de prérogatives de contrôle concernant l'information comptable et financière. Organes spécialisés, ils procèdent à une analyse technique de ce type d'information.

---

<sup>426</sup> L'ordonnance n° 2016-315 du 17 mars 2016, vient ajouter aux spécificités du contrôle des comptes dans les sociétés cotées et les entités d'intérêt public. Sur l'importance du commissaire aux comptes dans les sociétés cotées voir : not. T. Granier, *Le commissaire aux comptes dans les sociétés qui font appel public à l'épargne*, in *Mélanges Y. Guyon*, Dalloz, 2003, p. 457.

<sup>427</sup> Art. L. 232-7, al.2 du C.com.

<sup>428</sup> Art. L. 621-22, II du C. com.

<sup>429</sup> Art. 621-22, III C. mon. fin.



## 1-Le contrôle comptable du comité d'audit

**603.** Nés de la pratique<sup>430</sup>, les comités d'audit ont connu une consécration légale. L'ordonnance du 8 décembre 2008<sup>431</sup> prévoit pour les sociétés dont les titres sont admis à la négociation sur un marché réglementé l'obligation de créer un comité spécialisé en vue d'assurer le suivi des questions relatives à l'élaboration et au contrôle des informations comptables et financières<sup>432</sup>. Cette consécration du comité d'audit s'inscrit dans le sens d'un renforcement du contrôle de l'intégrité de l'information comptable et financière au sein des sociétés cotées. Pour le législateur européen, le comité d'audit « *contribue à minimiser les risques financiers, opérationnels et de non-conformité* »<sup>433</sup>. La mission générale du comité est d'assurer le suivi des questions relatives à l'élaboration et au contrôle des informations comptables et financières<sup>434</sup>.

**604.** Les prérogatives du comité ont été élargies par l'ordonnance n° 2016-315 du 16 mars 2016 qui a mis le droit en conformité avec le règlement UE n° 537/2014 du 16 avril 2014. Le comité d'audit est en charge notamment de suivre le processus d'élaboration de l'information financière et de formuler le cas échéant des recommandations pour en garantir l'intégrité, suivre l'efficacité des systèmes de contrôle interne et de gestion des risques, suivre la réalisation par le commissaire aux comptes de sa mission et rendre compte régulièrement au conseil d'administration de l'exercice des missions de ce dernier, mais aussi rendre toujours compte au conseil d'administration des résultats de la mission de certification des comptes.

**605. Le suivi de l'élaboration de l'information financière** – Le comité doit mettre en œuvre une surveillance active des domaines qui relèvent de sa compétence. A cette fin il peut se saisir de toute question qu'il juge utile et demander à la direction toute information. S'agissant du suivi du processus d'élaboration de l'information comptable et financière, « *soit elle est issue d'un processus comptable, et doit, dans ce cas, être cohérente avec l'information comptable produite ; soit elle n'est pas issue d'un processus comptable, et le comité d'audit*

---

<sup>430</sup> En réaction au mouvement du gouvernement d'entreprise, les sociétés cotées avaient mis en place, sans support légal, des comités d'audit chargés du suivi de l'information financière et des procédures de contrôle interne. En 2004, le rapport de l'AMF sur le gouvernement d'entreprise indiquait que 65% des sociétés cotées examinées étaient dotées d'un comité d'audit.

<sup>431</sup> Ordonnance n° 2008-1278 du 8 déc. 2008. Cette ordonnance transpose la directive CE n° 2006/43 du 17 mai 2006. Sur le sujet voir notamment : P. Le Cannu et B. Dondero, *Les comités d'audit*, in *Les défis actuels du droit financier*, Joly, 2010 ; P. Le Cannu et B. Dondero, *La consécration des comités d'audit par l'ordonnance du 8 décembre 2008*, RTDF 2009, p. 187 ; P. Merle, *Les nouvelles responsabilités des comités d'audit*, BJS 2009, n° 2, p. 216.

<sup>432</sup> L'article L. 823-19 du C.com. a ainsi été modifié. Désormais sont concernées les « entités d'intérêt public » (c'est-à-dire les sociétés dont les titres sont admis aux négociations sur un marché réglementé, les établissements de crédit et les entreprises d'assurance), les sociétés de financement. Des dispenses à l'obligation de mise en place d'un comité d'audit dans certaines sociétés sont prévues à l'article L. 823-20, 1° à 5° du C.com.

<sup>433</sup> Dir. Cons. CE n° 2006/43, 17 mai 2006, préambule, consid. 24.

<sup>434</sup> Voir sur le sujet : Recommandation AMF n° 2012-02 du 9 fév. 2012 qui renvoie aux conclusions du groupe de travail sur le comité d'audit de juillet 2010 et à la recommandation publiée le 22 juillet 2010.

*doit alors s'assurer que l'information provient d'un processus suffisamment structuré ou organisé, pour permettre de juger de la qualité et de la fiabilité de cette information*<sup>435</sup> ». Au-delà du suivi, le comité doit revoir l'information comptable et en particulier les comptes en s'interrogeant sur la traduction comptable des événements importants ou des opérations complexes qui ont une incidence sur les comptes de l'entreprise. En présence de dysfonctionnement, le comité d'audit doit s'assurer que des actions correctives ont été prises.

**606. Le contrôle légal des comptes annuels** – En supervisant la mission du commissaire aux comptes, le comité doit prendre connaissance des principales zones de risques ou d'incertitudes sur les comptes annuels identifiées par les commissaires aux comptes, de leur approche d'audit et des difficultés éventuelles rencontrées dans l'exécution de leur mission.

**607.** La mission du comité implique donc des relations étroites avec le commissaire aux comptes. Il échange avec ce dernier et examine ses conclusions. « *À partir des informations qu'il reçoit, le comité d'audit veille au respect des obligations légales et réglementaires en matière d'information comptable et financière*<sup>436</sup> ». L'ordonnance n° 2016-315 du 17 mars 2016 a élargi les missions du comité et précise les rapports entretenus par ces deux entités. Le comité d'audit est chargé de suivre la réalisation par le commissaire aux comptes de sa mission ; de tenir compte des contestations et conclusions du Haut conseil du commissariat aux comptes ; et de rendre compte au conseil d'administration ou de surveillance ou à l'organe de l'entité correspondant des résultats de la mission de certification des comptes et de l'impact de cette mission sur l'intégrité de l'information comptable et financière. Lorsque le commissaire aux comptes intervient dans une société tenue de mettre en place un comité d'audit, il doit établir un rapport d'information complémentaire. Il doit en outre, communiquer par écrit au comité d'audit, de la nature et de l'importance des anomalies constatées dans les comptes, des faiblesses significatives du contrôle interne décelées dans la société au cours de l'audit pour ce qui concerne les procédures relatives à l'élaboration et au traitement de l'information comptable et financière conformément à l'article L. 823-16 du code de commerce.

**608.** La réforme européenne de l'audit de 2016<sup>437</sup> prône un audit proportionné suivant la taille de l'entreprise. Une distinction est nécessaire entre les entités d'intérêt public, qui présentent

---

<sup>435</sup> Rapp. AMF, 22 juill. 2010, p. 8.

<sup>436</sup> J. Mestre, D. Velardocchio et A-S. Mestre-Chami, op. cit., n° 3629.

<sup>437</sup> Y. Muller-Lagarde, *La réforme européenne de l'audit : focus sur les entreprises*, RLDA 2016, n° 119.

un intérêt significatif, doivent être soumises à un audit renforcé et les autres entités dont les petites entreprises. Ces dernières doivent être soumises à un audit proportionné à leur taille.

**609.** Le comité d'audit est donc un organe essentiel pour garantir un niveau élevé de la qualité du contrôle légal des comptes. En épaulant le conseil d'administration, ils s'assurent de la bonne fiabilité des informations comptables et financières communiquées par les dirigeants. Une autre entité remplit également cette fonction aux moyens de mécanismes juridiques perfectionnés ; il s'agit de l'Autorité des marchés financiers.

## **2-Le contrôle de l'Autorité des marchés financiers**

**610.** L'Autorité des marchés financiers est un organe de contrôle incontournable des sociétés cotées. Elle s'assure de la régularité des publications effectuées par les sociétés cotées, aux dispositions législatives et réglementaires. Au titre de l'article L. 621-18 du code de commerce, elle dispose d'un pouvoir de vérification des informations publiées par les émetteurs. C'est un organe de régulation qui a pour vocation d'améliorer la transparence et l'intégrité du marché. Le règlement général de l'Autorité des marchés financiers impose que *« l'information donnée au public par l'émetteur doit être exacte, précise et sincère »*. La qualité de l'information s'applique aux documents comptables *« qui dès lors qu'ils doivent être rendus publics, tombent sous le coup des obligations d'information incombant aux émetteurs en application du règlement général AMF<sup>438</sup> »*. A cette fin, cette entité tient à sa disposition une série de mécanismes de contrôle.

**611.** La surveillance de l'Autorité des marchés financiers s'effectue aux moyens de contrôles et d'enquêtes<sup>439</sup>. Dans ce cadre, elle peut demander aux commissaires aux comptes des sociétés cotées de lui fournir les informations et documents utiles aux vérifications<sup>440</sup>. Ces deux entités travaillent conjointement. Celle-ci peut demander aux commissaires tous les renseignements sur les sociétés que ces derniers contrôlent.

**612.** L'Autorité des marchés financiers peut aussi demander à un expert de procéder à toutes analyses complémentaires ou vérifications qui lui paraissent nécessaires afin de compléter ses informations. Par ailleurs, elle dispose d'enquêteurs habilités qui peuvent se faire communiquer tous documents et obtenir copie, convoquer et entendre toute personne susceptible de détenir des informations, accéder aux locaux professionnels.

---

<sup>438</sup> AMF, commission sanctions, 25 juin 2013, LVMH.

<sup>439</sup> Art. L. 621-9, I du C.com.

<sup>440</sup> Art. L. 621-18, al.1 du C.com.

**613.** Dans le cadre de sa mission, elle peut porter à la connaissance du public, les observations qu'elle a été amenées à faire. Elle peut aussi publier une liste des sociétés ne respectant pas leurs obligations légales et détient également un pouvoir de sanction dont elle peut faire usage en cas d'infractions boursières.

**614.** Ainsi s'achève l'exposé des dispositifs permettant d'analyser l'information comptable et financière. L'intensité du contrôle est variable selon les structures sociales considérées. Dans les petites structures *in bonis*, la vérification des comptes en interne est assez limitée tandis que les sociétés de tailles importantes subissent un contrôle comptable rigoureux, spécialisé, multipliant les procédures de contrôle.

**615.** Ces procédures quel qu'en soit le niveau de perfectionnement sont primordiales dans la mesure où c'est sur la base de l'information comptable communiquée au sein des sociétés commerciales que la gestion des dirigeants est ensuite appréciée. « *La comptabilité constitue un moyen essentiel de contrôle des déclarations des commerçants, et, d'un moyen de contrôle, elle devient un moyen d'information sur la gestion de l'entreprise pouvant guider ses choix stratégiques*<sup>441</sup> ».

## **Section II - Le contrôle de la gestion**

**616.** Suite à l'inventaire des mécanismes juridiques permettant la mise en œuvre d'un contrôle de la régularité comptable, il convient de recenser, à présent, les mécanismes relatifs au contrôle de la gestion. Seront envisagés indistinctement les mécanismes dont l'objet est de s'interroger sur la régularité ainsi que sur l'opportunité de la gestion. La distinction se place ici à un autre niveau. Le parti a été pris afin de dépasser les classifications traditionnelles, d'analyser les mécanismes de contrôle de la gestion suivant une logique allant du général au spécifique. En effet, l'appréciation globale de la gestion est examinée de manière annuelle à l'occasion notamment du vote dans les assemblées (§1). Cependant au-delà de ce quitus général, certains organes sociaux disposent de la capacité de mettre en œuvre des procédures de contrôle spécifiques. En cours de vie sociale, certaines décisions de gestion émanant de la direction peuvent nécessiter une expertise précise. A cette fin, des décisions de gestion pourront être expertisées (§2). Cette dernière prérogative est la manifestation la plus probante de l'existence d'un contrôle de la gestion au sein des sociétés commerciales.

---

<sup>441</sup> M-J. Morvan et M. Dos Santos, *ibid.*

## §1- Une gestion annuelle supervisée

**617.** L'examen de la gestion se réalise pour la plupart des sociétés de manière annuelle à l'occasion du vote des associés en assemblée générale (A). C'est en principe le seul contrôle relatif à la gestion qui est réellement exercé dans la plupart des sociétés, notamment au sein des plus petites qui ne disposent pas d'autres organes de contrôle. Or dans certaines sociétés, à l'instar des sociétés anonymes et des sociétés en commandite par actions, celui-ci est complété par un contrôle permanent exercé quant à lui par le conseil d'administration ou le conseil de surveillance (B).

### A- Un examen annuel de la gestion

**618.** Afin de déterminer les mécanismes source d'un contrôle de la gestion par les associés de manière collective, il faut analyser les compétences de l'assemblée générale en la matière. La collectivité des associés est compétente notamment, pour approuver les comptes sociaux et donner un quitus pour l'exercice écoulé, approuver les conventions réglementées selon les formes sociales. Si les assemblées d'associés détiennent d'autres prérogatives, seules celles-ci permettent d'exercer un contrôle sur la gestion sociale. L'approbation de la gestion (a) et l'approbation des conventions réglementées (b) sont des mécanismes de contrôle au bénéfice de la collectivité des associés intervenant *a posteriori*.

#### a-L 'approbation de la gestion

**619.** L'approbation de la gestion par la collectivité des associés est la règle pour l'ensemble des sociétés commerciales. Elle se justifie par le fait que si les associés ne participent pas directement à la gestion quotidienne des affaires, ils sont néanmoins détenteur d'une fraction du capital social. En contrepartie de cet apport, ils disposent d'un droit d'en surveiller son utilisation. Les associés détiennent donc un véritable droit au contrôle sur les affaires sociales. « *C'est la nature même du contrat de société implique que l'on reconnaisse un droit de contrôle étendu à tous les associés qui ne participent pas directement à la gestion sociale* <sup>442</sup> ».

**620.** Le contrôle de la collectivité s'exerce à l'occasion du vote en assemblée annuelle. « *Pour assurer la protection des associés, il est nécessaire de leur permettre de vérifier, de contrôler l'exercice que l'organe dirigeant fait des pouvoirs qui lui ont été conférés* <sup>443</sup> ». Cette

---

<sup>442</sup> R. Granger, *La nature juridique des rapports entre actionnaires et commissaires chargés du contrôle dans les sociétés par actions*, th., Paris, 1950, n°132, p. 169.

<sup>443</sup> Y. Dijan, *Le contrôle de la direction des sociétés anonymes dans les pays du marché commun*, th., Paris, 1965, p. 5.

vérification s'opère sur la base d'informations obligatoirement transmises avant l'assemblée annuelle<sup>444</sup>. Comme pour les informations comptables dont on contrôle la régularité, les informations relatives à la gestion doivent l'être également. L'appréciation de la gestion sociale par la collectivité suppose en amont de certifier l'exactitude des informations transmises. Dans ces conditions, le législateur organise un contrôle préalable de l'information afin que la gestion puisse être par la suite convenablement appréciée (1). Cependant, lorsque cette exigence légale n'est pas imposée, le contrôle la gestion s'exerce seulement à l'occasion du vote en assemblée générale annuelle (2).

### **1-Le contrôle des informations relatives à la gestion transmises à l'assemblée**

**621.** Pour que l'assemblée des associés puisse juger en toute connaissance de cause de la régularité et de la qualité de la gestion des affaires sociales, une vérification des informations s'impose dans certaines hypothèses. Un contrôle préalable des informations est alors imposé par le législateur dans certaines sociétés commerciales<sup>445</sup>. Il est exercé par le commissaire aux comptes ( $\alpha$ ) ainsi que par le conseil de surveillance ou d'administration ( $\beta$ ).

#### **$\alpha$ -Le contrôle de l'information relative à la gestion par le commissaire aux comptes**

**622.** *A priori*, on pourrait penser que la mission du commissaire aux comptes se limite au contrôle des informations comptables. Or le législateur, impose au titre de sa mission de vérifier les informations données dans le rapport de gestion avant l'assemblée. Il doit en premier lieu contrôler que ce document clé contient l'ensemble des informations prévues par les textes. En second lieu, le commissaire aux comptes doit s'assurer de la qualité de l'information communiquée au titre de ce rapport. Pour se faire, il vérifie « *la sincérité et la concordance avec les comptes annuels des informations données dans le rapport de gestion du conseil d'administration, du directoire ou de tout organe de direction, et dans les documents adressés aux actionnaires ou associés sur la situation financière et les comptes annuels*<sup>446</sup> ». A ce titre, il doit émettre des observations en cas d'incohérences, cependant en raison de l'interdiction faite à ce dernier de s'immiscer dans la gestion, il n'a pas à donner son avis sur l'ensemble du rapport.

---

<sup>444</sup> V. infra p. 125 et s.

<sup>445</sup> Sont ici concernées les sociétés légalement dotées d'un commissaire aux comptes ainsi que celles ayant un conseil d'administration ou de surveillance, à savoir les sociétés anonymes ainsi que les sociétés en commandite par actions.

<sup>446</sup> Art. L. 823-10, al. 2 du C.com.

**623.** Par ailleurs, dans les sociétés dont les titres sont admis aux négociations sur un marché réglementé, les commissaires aux comptes attestent spécialement l'exactitude et la sincérité des informations relatives aux rémunérations et aux avantages de toute nature versés à chaque mandataire social. A cet effet, ils vérifient que les informations relatives aux rémunérations concordent avec les comptes sociaux. Ce contrôle peut mettre en lumière certaines infractions pénales à l'instar de l'abus de bien social lorsque la retranscription comptable de la rémunération ne concorde pas avec la réalité.

**624.** Par ces prérogatives, le commissaire aux comptes intervient dans le contrôle de la gestion<sup>447</sup>. Lorsqu'il s'assure que l'information des associés est complète et qu'il en contrôle la cohérence, il garantit la mise en œuvre du contrôle de la gestion par l'assemblée générale. D'autres organes, participent à l'effectivité du contrôle.

### **β-Le contrôle préalable de l'information relative à la gestion par le conseil d'administration ou de surveillance**

**625.** « *Les actionnaires ont rarement la compétence pour contrôler efficacement la gestion*<sup>448</sup> ». C'est alors aux mandataires des actionnaires à qui il est imposé de prendre le relais. Pour cela, les conseils d'administration ou de surveillance doivent porter une attention particulière à l'information communiquée par le dirigeant sur la base du rapport de gestion. En effet, l'élaboration du rapport de gestion par le conseil d'administration exige en amont, un contrôle des informations fournies par la direction de la société. En ce sens, on peut penser que, outre sa fonction informationnelle, le rapport de gestion est également un procédé permettant de contrôler l'action des dirigeants.

**626.** Le rapport de gestion s'entend comme le document par lequel l'organe dirigeant ou les organes chargés de la direction de la société rendent compte à l'assemblée des associés de leur gestion au cours de l'exercice écoulé. Ces organes doivent communiquer toutes informations significatives sur la société et ses perspectives d'évolution. Ce document contient des informations très variées<sup>449</sup>. Il est d'autant plus volumineux que la société est grande.

---

<sup>447</sup> L'impératif de contrôle prime par certains aspects sur le principe de non-immixtion, ce qui explique la multiplication des entorses à cette règle. C'est l'efficacité du contrôle du commissaire aux comptes au regard du contrôle de la gestion des sociétés commerciales qui a poussé le législateur à étendre ses prérogatives faisant fi du principe de non immixtion.

<sup>448</sup> C. Malecki, *La gouvernance éclairée*, RLDA 2007, n°18.

<sup>449</sup> Il contient des informations à caractère financier (la situation de la société durant l'exercice ; son évolution prévisible, les éléments importants survenus entre la date de clôture de l'exercice et la date d'établissement du rapport), des informations relatives au fonctionnement de la société ( tableau récapitulatif des délégations en cours de validité accordées par l'assemblée générale des actionnaires au conseil d'administration ou au directoire dans le domaine des augmentations de capital, l'état de la participation des salariés au capital social, la liste de l'ensemble des mandats et fonctions exercés dans toute société par

**627.** Le rapport de gestion du conseil d'administration<sup>450</sup> doit faire l'objet d'un développement particulier. Comme pour le contrôle des informations comptables et financières transmises par la direction, le conseil d'administration vérifie les informations transmises en matière de gestion. En effet, en tant qu'organe de contrôle, ce dernier doit exercer un examen de ces informations. Il existe donc un contrôle de l'information communiquée à l'assemblée d'actionnaires dans les sociétés anonymes.

**628.** Par ailleurs, dans les sociétés anonymes avec directoire et conseil de surveillance, le législateur édicte que ce dernier doit présenter à l'assemblée générale ordinaire un rapport contenant ses observations sur le rapport du directoire ainsi que sur les comptes de l'exercice<sup>451</sup>. L'élaboration de ce rapport suppose donc une analyse de l'information transmise par le directoire. En cela, ce dispositif peut être également qualifié d'instrument de contrôle de la gestion. La structure dualiste permet au rapport d'être étroitement encadré par le conseil de surveillance.

**629.** Au vu de l'importance du rapport de gestion, appréhendé comme un élément essentiel en matière de diffusion de l'information, il est indispensable qu'il soit sujet à un contrôle rigoureux. C'est chose faite, grâce aux prérogatives de contrôle attribuées au conseil d'administration et de surveillance. Dans ces circonstances, les actionnaires sont placés dans une situation leur permettant d'apprécier la rectitude de la gestion. Cependant, toutes les sociétés ne bénéficient pas de ce contrôle préalable. A défaut, la gestion est directement appréciée à l'occasion du vote en assemblée générale annuelle.

## **2-Le contrôle de la gestion par le vote des associés**

**630.** La délibération en assemblée est le principal mécanisme de contrôle de la gestion pour la collectivité des associés. A cette occasion, l'ensemble des associés peut apprécier la rectitude de l'action des dirigeants. En effet, l'objet des décisions collectives concerne notamment l'approbation de la gestion. Celle-ci découle de la décision d'approbation des comptes. Par leurs votes, les associés donnent le quitus de la gestion aux dirigeants sociaux. L'exercice du droit de vote est la manifestation du droit au contrôle des associés. La

---

chacun de ces mandataires durant l'exercice). Enfin le rapport contient des informations extra-financières liées à la gouvernance de la société (informations liées à la détention du capital et aux éventuels conflits d'intérêts concernant les administrateurs et les dirigeants, des informations relatives à la structure de l'actionnariat et aux prises de participation, ainsi que des informations sur la manière dont la société prend en compte les conséquences sociales et environnementales de leur activité). Pour information, La loi *El Khomri* n° 2016-1088 du 8 août 2016, précise que le rapport de gestion des sociétés cotées devra désormais faire état « des accords collectifs conclus dans l'entreprise et de leurs impacts sur la performance économique de l'entreprise ainsi que sur les conditions de travail des salariés ».

<sup>450</sup> Art. L. 225-100 du C.com.

<sup>451</sup> Art. L. 225-68, al.6 du C.com.



compétence de l'assemblée pour approuver ou refuser la gestion des dirigeants matérialise son droit au contrôle en cette matière. La collectivité se fera juge des résultats de l'action des dirigeants.

**631.** Cette décision, suppose d'examiner la gestion sociale à la lumière des informations préalablement communiquées. L'ensemble des informations transmises systématiquement, ainsi que celles glanées directement auprès des dirigeants par le mécanisme des questions écrites ou orales permettent de se forger un point de vue sur la gestion des affaires sociales. L'issue de la délibération engendre des conséquences juridiques. Elle peut conclure sur l'approbation, soit à l'inverse aboutir sur un refus.

**632.** Lorsque l'assemblée accorde son quitus<sup>452</sup> aux dirigeants, elle approuve les actes de gestion que ces derniers ont accomplis au cours de l'exercice écoulé. Dans cette hypothèse, la jurisprudence tire des conséquences du quitus donné à la gestion par l'assemblée générale. En effet, lorsqu'il a été donné, les juges refusent en général, la reconnaissance d'une faute de gestion *a posteriori*. Par contre, le quitus n'évince pas la possibilité d'une action en responsabilité à l'encontre du dirigeant social.

**633.** En revanche, la désapprobation de la gestion par l'assemblée témoigne d'un désaveu de l'action des dirigeants. Lorsque cette dernière adopte cette position, elle décide des conséquences éventuelles de ce refus. « *Sauf disposition expresse des statuts, le refus de quitus n'entraîne pas ipso facto la révocation ou la démission des dirigeants*<sup>453</sup> ». Suivant les raisons ayant conduit à cette position de l'assemblée, les associés peuvent décider qu'il s'agit d'un simple avertissement, sans autres conséquences immédiates pour les dirigeants ou bien, le désaveu est plus profond et l'assemblée peut prendre la décision de révoquer tout ou partie des dirigeants.

**634.** Dans le cadre de l'approbation de la gestion, une question mérite plus ample réflexion. Il s'agit du contrôle de la rémunération des dirigeants. Si en théorie les dirigeants ne peuvent s'auto rémunérer, en pratique il est important de préciser que les dirigeants participent au vote sur leur rémunération. Ainsi lorsque ces derniers détiennent une part importante du capital social, le montant de leur rémunération est laissé en pratique à leur libre disposition<sup>454</sup>. Cet état de fait explique l'importance d'attribuer aux associés des moyens de contrôler la

---

<sup>452</sup> Le quitus en droit civil est un acte qui arrête un compte et qui atteste que la gestion de celui qui la tenait est exacte et régulière. En droit commercial, le quitus est l'acte par lequel la gestion d'une personne est approuvée. S. Guinchard et T. Debard, *Lexique des termes juridiques*, Dalloz, 17<sup>ème</sup> éd., 2010.

<sup>453</sup> *Q... Comme Quitus*, JA 2011, n° 435, p. 50.

<sup>454</sup> Sous réserve néanmoins de l'abus de droit.

rémunération allouée aux dirigeants. En ce sens, la compétence de la collectivité des associés s'est vue dernièrement renforcée par la nouvelle loi *Sapin 2* du 9 décembre 2016<sup>455</sup>.

**635.** Une nouvelle procédure de contrôle a été introduite au bénéfice des actionnaires. Dans le cadre de leur vote annuel sur l'exercice écoulé, les actionnaires de sociétés anonymes dont les titres sont admis aux négociations sur un marché réglementé, se prononcent désormais sur la politique des rémunérations<sup>456</sup>. Ainsi « *les principes et les critères de détermination, de répartition et d'attribution des éléments fixes, variables et exceptionnels composant la rémunération totale et les avantages de toute nature, attribuables aux présidents, directeurs généraux ou directeurs généraux délégués, en raison de leur mandat, font l'objet d'une résolution soumise au moins chaque année à l'approbation de l'assemblée générale des actionnaires*<sup>457</sup> ». Les projets de résolutions établis par le conseil d'administration sont joints au rapport de gestion. C'est donc durant l'assemblée générale annuelle que la collectivité est amenée à se prononcer sur le sujet.

**636.** Par cette disposition, « *le droit de regard des actionnaires sur le montant et l'attribution des rémunérations en sort considérablement renforcé*<sup>458</sup> ». Le législateur s'inscrit dans le droit fil européen dont la directive sur les droits des actionnaires est en cours de révision<sup>459</sup>. Sans attendre l'adoption de cette nouvelle directive, le législateur français a décidé de rendre le *say on pay* obligatoire. Cette nouvelle prérogative des actionnaires s'inscrit dans la liste de mécanismes de contrôle à disposition de la collectivité des associés, sur un sujet central de la vie des affaires.

**637.** Dans certaines formes sociales, outre le quitus donné aux dirigeants pour la gestion et le vote sur les rémunérations, l'assemblée doit délibérer sur une série de conventions passées par les dirigeants durant l'exercice écoulé.

## **b- Une délibération annuelle sur les conventions réglementées**

**638.** L'approbation de certaines conventions sociétaires par la collectivité matérialise un des mécanismes de contrôle exercé par les associés sur la gestion des dirigeants. Il s'agit

---

<sup>455</sup> Loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique dite *Sapin II*.

<sup>456</sup> D'un vote purement consultatif, le législateur a désormais adopté un vote contraignant au bénéfice de l'assemblée d'actionnaires.

<sup>457</sup> Art. L. 225-37-2, al. 1 du C.Com. Sur le sujet : B. François, *Loi Sapin 2 : adoption d'un say on pay contraignant*, Rev. soc. 2017, p. 59.

<sup>458</sup> R. Vabres, *Rémunération des dirigeants - Loi relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique (loi Sapin II)*, Dr. sociétés 2017, n°1, comm. 8.

<sup>459</sup> Prop. dir. PE et Cons. UE, 9 avr. 2014, 2014/0121 (COD), modifiant la directive n° 2007/36/CE sur les droits des actionnaires, avr. 2014, en vue de promouvoir dans les sociétés cotées l'engagement à long terme des actionnaires.

du dispositif normatif de contrôle des conventions réglementées. Par cette procédure légale, certaines conventions sont soumises à une appréciation *a posteriori* devant la collectivité des associés. En effet, les associés en tant que détenteur du capital social ont évidemment un droit de regard sur les conventions passées par le dirigeant avec la société ou avec une société dont il est l'un des dirigeants. Leur conclusion peut faire présumer un conflit d'intérêt. Ce mécanisme permet de les neutraliser et ainsi de garantir que l'intérêt personnel des dirigeants n'est pas privilégié sur l'intérêt social.

**639.** Le législateur prévoit une procédure de contrôle des conventions qui varie selon la forme sociale en question. Cependant, s'agissant du contrôle par les associés des conventions réglementées, celui-ci n'intervient que postérieurement à la signature de l'acte. Même *a posteriori*, ce mécanisme de contrôle est essentiel. Il permet de soumettre à l'appréciation de la collectivité une série de conventions sociétaires. En général, les associés sont appelés à donner leur accord lors de l'assemblée générale annuelle. Cependant, ils peuvent également être consultés en dehors de celle-ci et par correspondance le cas échéant<sup>460</sup>.

**640.** Cette consultation est réalisée sur la base d'une information préalable. Dans les sociétés à responsabilité limitée, le gérant est tenu d'établir un rapport spécial<sup>461</sup> sur les conventions réglementées, qui est présenté à l'assemblée ou joint aux documents communiqués aux associés en cas de consultation écrite. Dans les sociétés par actions simplifiées, le président de la société est tenu en l'absence de commissaire aux comptes de présenter aux associés un rapport sur les conventions réglementées intervenues<sup>462</sup>. Ce vote est également éclairé par un rapport du commissaire aux comptes lorsqu'il en existe un dans la société<sup>463</sup>. Ce dernier présente son rapport et s'il y a lieu, répond aux questions que les associés avaient préalablement posées à ce sujet par écrit ou qu'ils posent en cours d'assemblée. Le contenu du rapport est imposé par le législateur à l'article R. 225-31 du code de commerce s'agissant des sociétés anonymes et à l'article L.R. 223-17 dudit code. Outre ce rapport, le commissaire aux comptes émet un avis sur les conventions visées au titre de l'article L. 225-40, alinéa 2 du code de commerce. Aucun formalisme n'est requis concernant cet avis. Cela étant, sur le contenu de l'avis, l'interdiction faite aux commissaires aux comptes de s'immiscer dans la gestion, écarte l'idée d'un contrôle de l'opportunité des conventions réglementées par ce

---

<sup>460</sup> Art. L. 223-19, al. 1 du C.com. Le texte s'applique aux SARL. Au sein de cette forme sociale, rien n'interdit aux associés d'approuver les conventions dans un acte sous seing privé ou notarié, signé par tous, dans la mesure où ce formalisme est prévu par les statuts.

<sup>461</sup> L'article R. 223-17 du C.com précise les mentions obligatoires qui doivent figurer dans le rapport du gérant.

<sup>462</sup> Art. L. 227-10 C.com.

<sup>463</sup> Art. L. 227-10, al. 1 du C.com. pour les SAS ; Art. L. 223-19 C.com. pour les SARL.

dernier. Néanmoins, il ne doit pas « *s'attacher seulement à la régularité et à la sincérité des conventions mais rechercher les éléments qui permettront aux associés de se faire une idée sur l'opportunité de la convention, notamment en comparant le contrat conclu avec un dirigeant aux contrats portant sur des marchandises ou des services identiques conclus avec d'autres personnes que les dirigeants...* »<sup>464</sup>

**641.** A cette occasion, le dirigeant ne peut prendre part au vote et ses parts ne sont pas prises en compte pour le calcul de la majorité. Lorsque la société ne compte que deux associés, dans le cas d'une société à responsabilité limitée, l'approbation est soumise au seul vote de l'associé non intéressé par la convention. Dans le cas contraire, l'approbation serait irrégulière et la délibération encourrait la nullité. Ces modalités procédurales garantissent la mise en œuvre d'un contrôle réel par la collectivité sans que le dirigeant majoritaire ne puisse influencer l'appréciation de l'acte. Il permet ainsi à « *l'associé majoritaire de ne pas être totalement libre de faire ce qu'il veut au sein de la société* »<sup>465</sup>. Ce formalisme investit les associés d'« *un véritable pouvoir de décision peu commun dans un système dominé par la loi de la majorité* »<sup>466</sup>.

**642.** Les effets du vote des associés sont d'avaliser les conventions potentiellement litigieuses. Par leur vote c'est un véritable quitus qui est ainsi donné aux dirigeants. Dans le cas contraire, la convention non approuvée produit ses effets, à charge pour le dirigeant de supporter individuellement ou solidairement, selon les cas, les conséquences du contrat préjudiciables à la société. La jurisprudence précise la portée de ces textes. Pour la Cour de cassation, « *Les conventions passées avec des tiers ou ne concernant que les associés et le gérant qui n'ont pas été approuvées par les associés, soit qu'elles ne leur aient pas été soumises, soit qu'elles aient été rejetées par eux, soit encore qu'elles aient été approuvées dans des conditions irrégulières, produisent leurs effets, à charge par le gérant ou l'associé contractant de supporter, individuellement ou solidairement selon les cas, les conséquences du contrat préjudiciables à la société* »<sup>467</sup>. De plus, « *il convient d'être attentif à la question des conventions réglementées. La violation des dispositions relatives aux conventions réglementées est en effet parfois l'indice de l'existence d'irrégularités beaucoup plus*

---

<sup>464</sup> M. de Juglart et B. Ippolito, *Traité de droit commercial*, vol. 2, *Les sociétés*, t. II, par E. du Pontavice et J. Dupichot, Montchrestien, 1982, n° 722-5.

<sup>465</sup> B. Saintourens, *Conventions réglementées au sein d'une SARL : autorisation préalable et validation postérieure de l'acte*, Rev. soc. 2009, p. 801.

<sup>466</sup> L. Godon, *La protection des actionnaires minoritaires dans la loi relative aux nouvelles régulations économiques*, BJS 2001, n° 7, p. 728, n° 24.

<sup>467</sup> Cass. Com., 28 juin 1988, n° 87-11.628, LPA 1988, p. 4, note Moretti ; Rev. soc. 1988, p. 544.

*importantes, pouvant conduire à la constatation d'un abus de biens sociaux* <sup>468</sup>». Outre l'effet absolu de la désapprobation de la convention par l'assemblée, le refus de cette dernière peut avoir des conséquences en termes de responsabilité.

**643.** La collectivité des actionnaires dans les sociétés anonymes dispose par sa délibération sur les conventions réglementées, du pouvoir de couvrir la nullité de la convention encourue en raison du non-respect de la procédure d'autorisation préalable du conseil d'administration<sup>469</sup>.

**644.** A noter que dans les sociétés à responsabilité limitée, l'article L. 223-19 alinéa 2 du code de commerce précise que « *s'il n'existe pas de commissaire aux comptes, les conventions conclues par un gérant non associé sont soumises à l'approbation préalable de l'assemblée* ». Ainsi dans ce cas de figure particulier, le contrôle de la collectivité sur certaines conventions n'est plus a posteriori mais fait l'objet d'un contrôle préalable.

**645.** Enfin un dernier point mérite d'être soulevé. Il s'agit du champ des conventions réglementées. Un point litigieux est souvent débattu devant les prétoires. Il s'agit de savoir si la rémunération des dirigeants entre dans le cadre de la procédure des conventions réglementées. L'intérêt de soumettre celle-ci à l'approbation des associés est d'interdire au dirigeant-associé de prendre part à la décision sociale correspondante. C'est une position institutionnelle qui a été adoptée par la jurisprudence. Les juges affirment de manière constante que la rémunération du gérant de société à responsabilité limitée n'entre pas dans le champ des conventions réglementées. En conséquence, le gérant associé prend part au vote de l'assemblée relatif à sa rémunération. Cela minimise le contrôle des associés sur la rémunération du dirigeant. De même dans les sociétés anonymes, la rémunération et avantages pécuniaires accordés aux dirigeants ne sont pas soumis au régime des conventions réglementées. En revanche, pour les sociétés cotées, les indemnités de départ et autres rémunérations différées sont quant à elles soumises à la procédure des conventions réglementées. A ce titre, l'assemblée d'actionnaires possède un droit de regard et de vote sur ces éléments de rémunérations.

**646.** Si les principes défendus par la procédure des conventions réglementées sont communs aux structures sociales dans lesquelles elle s'applique, les modalités sont différentes d'une structure sociale à l'autre. L'approbation des conventions *a posteriori* par l'assemblée

---

<sup>468</sup> A. Bognoux, *Sociétés à responsabilité limitée – Organes de contrôle*, J.-Cl « sociétés traité », fasc. 76-10, 2014, n° 29.

<sup>469</sup> CA Paris, 3e ch. A, 18 déc. 1990, JCP N 1993, II, p. 160, note J. Vallaman.

d'associé est la seule étape de la procédure de contrôle s'appliquant dans les sociétés à responsabilité limitée ainsi que pour la société par action simplifiée. Cependant, pour les sociétés anonymes, la procédure à suivre est plus complexe. Le conseil d'administration et le cas échéant le conseil de surveillance doivent autoriser préalablement la convention concernée. Ce mécanisme participe au contrôle permanent de la gestion exercé par les organes susmentionnés.

## **B-Une analyse permanente de la gestion**

**647.** Certaines formes sociales requièrent un contrôle plus poussé de la gestion des dirigeants. Cela en raison de l'éloignement des associés des affaires sociales dans les sociétés par actions. Pour remédier à ce déficit du contrôle des associés, le législateur a confié aux mandataires des actionnaires, un pouvoir de contrôle. Ainsi, les conseils d'administration et de surveillance peuvent exercer un rôle clé dans le contrôle de la gestion des sociétés dans lesquelles ils interviennent. Si le contrôle de l'assemblée d'associés est ponctuel, celui exercé par ces deux organes est en revanche continu. Une surveillance étroite de la gestion est favorisée par leur proximité avec les affaires sociales. Dans le cadre de leurs missions, ils exercent tous un contrôle de la gestion au moyen de prérogatives générales attribuées en ce sens par le législateur (a). A côté de celles-ci, le législateur confère à ces organes une compétence spécifique pour contrôler non plus *a posteriori* mais *a priori* la gestion des dirigeants (b).

### **a-Une compétence générale de contrôle**

**648.** Afin de superviser au mieux la gestion sociale, le législateur organise un contrôle non plus seulement de manière ponctuelle mais aussi de manière permanente en attribuant une compétence générale de contrôle à certains organes.

**649.** Le conseil d'administration des sociétés anonymes possède un pouvoir d'orientation<sup>470</sup>. En ce sens, il détermine les orientations de l'activité de la société et veille à leur mise en œuvre. Ce pouvoir est intéressant dans la mesure où par cette attribution, le conseil se doit de veiller à la mise en œuvre des orientations de l'activité de la société. Cela revient à surveiller l'action des dirigeants et à exiger qu'ils rendent compte de la gestion.

**650.** En sus, le conseil dispose également d'un véritable pouvoir de contrôle et de surveillance. Le législateur s'est voulu explicite rapprochant ainsi le conseil d'administration

---

<sup>470</sup> Art. L. 225-35 du C.com.

du conseil de surveillance dont la fonction est exclusivement tournée vers le contrôle de la gestion. Par ce pouvoir, le conseil d'administration exerce les contrôles et vérifications qu'il juge opportuns.

**651.** De même, le conseil de surveillance, organe de contrôle à part entière, « *exerce le contrôle permanent de la gestion de la société par le directoire. (...) A toute époque de l'année, le conseil de surveillance opère les vérifications et les contrôles qu'il juge opportuns* <sup>471</sup> ».

**652.** Par ces attributions, la gestion des dirigeants est analysée *a posteriori* pour permettre de relever notamment l'existence de fautes de gestion. Ce contrôle permet de relever les anomalies et d'apporter les correctifs nécessaires. Dans un souci de prévention des erreurs et des abus, le législateur a doublé ce contrôle *a posteriori* d'un contrôle *a priori* de la gestion. La loi a ainsi doté les conseils d'administration et de surveillance de compétences spécifiques.

#### **b-Des compétences particulières de contrôle : le mécanisme des autorisations préalables**

**653.** Le maillage du contrôle se resserre encore un peu plus avec un contrôle *a priori* mis en œuvre par les conseils d'administration et de surveillance. Il se matérialise par un mécanisme d'autorisations préalables. Au travers des compétences particulières en matière de contrôle, ces organes possèdent un rôle pivot dans la procédure des conventions réglementées (1), ainsi que dans celle des cautions, avals et garanties (2). De plus, le conseil de surveillance dispose en complément, d'une compétence pour avaliser une série de conventions énumérées par la loi (3).

#### **1-L'autorisation préalable des conventions réglementées**

**654.** Lorsque la société considérée est une société anonyme, la procédure des conventions réglementées se complexifie. A l'étape de la ratification des conventions par l'assemblée d'associés susmentionnées<sup>472</sup> s'ajoute une étape préalable. Le dirigeant doit requérir une autorisation du conseil d'administration ou de surveillance avant la conclusion de la convention<sup>473</sup>. Ces organes exercent leur contrôle par le biais de l'octroi ou du refus de

---

<sup>471</sup> Art. L. 225-68 du C.com.

<sup>472</sup> V. supra p. 204 et s.

<sup>473</sup> Art. L. 225-40 du C.com. Sur le sujet : M. Golestanian, *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)*, BJS 2000, n° 11, p. 1017.

l'autorisation préalable à certaines conventions L'intérêt est d'éviter les abus de la part des dirigeants<sup>474</sup> et d'assurer une meilleure transparence de la gestion.

**655.** La jurisprudence vient au soutien de cette disposition par une application stricte de l'article L. 225-38 du code de commerce<sup>475</sup>. Elle impose de mettre en œuvre une discussion contradictoire afin que puisse être apprécié l'intérêt de la convention pour la société. L'autorisation est soumise à un certain formalisme. Chaque convention doit donner lieu à une délibération, suivie d'un vote exprès<sup>476</sup>. Selon l'article L. 225-40, alinéa 1, l'intéressé ne peut pas prendre part au vote sur l'autorisation préalable. Cette disposition a son intérêt notamment lorsque le dirigeant est également administrateur. Il ne pourra jouer de son influence pour autoriser une convention pouvant favoriser ses intérêts personnels au détriment de l'intérêt social.

**656.** Depuis l'ordonnance n° 2014-863 du 31 juillet 2014 pour accroître le contrôle exercé par les conseils d'administration et de surveillance, le législateur impose désormais de motiver expressément la décision retenue en justifiant de l'intérêt de la convention pour la société. Antérieurement préconisée pour les sociétés cotées, cette disposition s'applique désormais à l'ensemble des sociétés anonymes. De plus, les conseils doivent procéder à un réexamen annuel des conventions antérieurement autorisées dont l'exécution est poursuivie au cours du dernier exercice. Cela permet aux conseils de s'assurer que « *l'exécution de la convention reste conforme à l'intérêt de la société. À défaut, le conseil devra examiner dans quelles conditions il peut y être mis fin* »<sup>477</sup>.

**657.** Lorsque ces deux organes s'interrogent sur le bénéfice pour la société de la convention projetée par le dirigeant, ils doivent veiller à ce que celle-ci ne tombe pas sous le coup de

---

<sup>474</sup> Le régime des conventions réglementées permet un contrôle étroit des conventions porteuses de conflits d'intérêts potentiels. La notion de dirigeant est prise au sens large du terme. Le contrôle s'appliquant au directeur général, aux directeurs généraux délégués, aux administrateurs. De même lorsque ces dirigeants sont indirectement intéressés. De plus, les gérants et dirigeants de sociétés par actions simplifiées sont également visés par la procédure de contrôle. A cette liste s'ajoute, le cas où la convention est conclue par personne interposée.

<sup>475</sup> La simple exécution du contrat ne peut valoir autorisation préalable (Cass. com., 26 janv. 1965, D. 1966, jurispr. p. 469, note A. Dalsace). Le conseil doit expressément donner son autorisation et une délibération doit avoir lieu sur cette autorisation, avec une discussion contradictoire, suivie d'un vote, consignés au procès-verbal (CA Paris 13 juin 1964, D. 1965, p. 398 ; CA Paris 23 oct. 1965, JCP 1966. II. 14491, note P. L.). De plus, la convention ne serait être régularisée par un vote ultérieur du conseil d'administration (Cass. soc., 29 nov. 2006, n° 04-48.219, Rev. soc. 2007, p. 547, note J.-F. Barbière ; RTD com. 2007, p. 144, note Cl. Champaud et D. Danet). De même, la simple connaissance par les administrateurs de l'existence de la convention ne peut prévaloir comme une autorisation (Cass. soc. 12 févr. 1987, Bull. civ. V, n° 73, BJS 1987, p. 384, note Le Cannu).

<sup>476</sup> Une convention n'a pas été valablement autorisée dès lors que l'ordre du jour du conseil d'administration n'avait pas mentionné l'existence d'une délibération portant sur une convention de l'art. 101 [L. 225-38] et que celle-ci n'avait fait l'objet ni d'une discussion ni d'une autorisation expresse (Cass. com., 3 mai 2000, n° 97-22.510, RJDA 2000, n° 1116 ; Dr. sociétés 2000, n° 110, note Vidal).

<sup>477</sup>J. Mestre, D. Velardochio et A-S. Mestre-Chami, op. cit., n° 3799.



l'interdiction de conclure certaines conventions, ou à l'inverse, l'hypothèse des conventions courantes qui ne nécessitent elles aucune autorisation.

**658.** S'agissant de la première hypothèse, la conclusion de certaines conventions jugées trop dangereuses pour le patrimoine social sont interdites aux dirigeants. Le législateur a entendu « *mettre fin aux crédits âprement sollicités et abusivement consentis par une société* <sup>478</sup> » à ses dirigeants. A ce titre, l'article L. 225-43, alinéa 1 du code de commerce précise qu'il est interdit aux dirigeants « *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* ». Cette même interdiction s'applique également aux gérants de sociétés à responsabilité limitée, ainsi qu'aux dirigeants de sociétés par actions simplifiées<sup>479</sup>. Elles sont les mêmes que dans la société anonyme. En marge de cette interdiction des exceptions subsistent<sup>480</sup>. C'est notamment le cas lorsque le dirigeant est une personne morale. Cette exception s'explique par le souci de faciliter les relations financières intergroupe. Cela étant, lorsqu'elles surviennent, ces conventions doivent être soumises à la procédure de contrôle des conventions réglementées dès lors qu'il ne s'agit pas d'une convention courante.

**659.** En sens inverse, la seconde hypothèse vise quant à elle, les conventions courantes conclues à des conditions normales. Celles-ci sont autorisées de plein droit et ne requièrent la mise en œuvre d'aucune procédure de contrôle aux dirigeants. Un temps sujet à une obligation d'information<sup>481</sup>, ces conventions sont depuis la loi n° 2011-525 du 17 mai 2011 exemptes de toute procédure de contrôle. Ces conventions qualifiées de courantes sont celles entrant dans l'activité habituelle de la société fixée par l'objet social<sup>482</sup>. Lorsque la convention est un acte de disposition, elle doit avoir une portée limitée et être arrêtée à des conditions suffisamment usuelles pour s'apparenter à une opération habituelle<sup>483</sup>. Le caractère normal des conditions

---

<sup>478</sup> G. Ripert et R. Roblot, *Traité de droit commercial*, t. I, vol. 2, par M. Germain, LGDJ, 19ème éd., 2009, n° 1651.

<sup>479</sup> Art. L. 227-12 du C.com. qui opère un renvoi à l'art. L. 225-43 dudit code.

<sup>480</sup> La prohibition des conventions de crédit ne s'applique pas lorsque la personne contractante exploite un établissement bancaire ou financier ou encore dans les entreprises d'assurances pour les emprunts hypothécaires ou les avances sur contrats d'assurance (Art. L. 322-4 du C. assur.).

<sup>481</sup> En dépit du principe de liberté qui les entouraient, la loi n° 2003-706 du 1<sup>er</sup> août 2003 avait contraint les dirigeants à une obligation d'information. Dès lors que la convention en raison de son objet de de ses implications était significative pour la société, le président du conseil d'administration avait l'obligation d'en informer le conseil d'administration et le commissaire aux comptes. La complexité dans la mise en œuvre de ce dispositif a conduit le législateur à faire machine arrière et de revenir à la situation antérieure à la loi NRE n° 2001-420 du 15 mai 2001. Sur le sujet : P. Le Cannu et B. Dondero, *Le nouveau régime des conventions courantes : un retour en arrière bienvenu ? - Loi n° 2011-525 du 17 mai 2011 - art. 58*, JCP E 2011, n°24, 1453.

<sup>482</sup> Cass. com., 21 avr. 1977, n° 75-12.918, Rev. soc. 1978, p. 252, note Guilberteau.

<sup>483</sup> Cass. com., 1er oct. 1996, n° 94-16.315, BJS 1997, p. 138, note Le Cannu.

de conclusion de la convention est respecté lorsque ce sont celles habituellement pratiquées par la société avec les tiers.

**670.** L'analyse de ces principes légaux relatifs aux conventions passées entre la société et son dirigeant témoigne de la difficulté pratique de catégorisation des conventions. De larges incertitudes entourent la mise en œuvre de la procédure de contrôle des conventions réglementées<sup>484</sup>. Il est aisé pour le dirigeant de jouer avec les qualifications et de se soustraire ainsi au contrôle des conventions. Néanmoins, la jurisprudence et le large dispositif légal permettent un contrôle efficace des conventions conclues avec les dirigeants. D'ailleurs, ce contrôle des conventions s'étend à un autre type de conventions : les cautions, avals et garanties.

## **2-L'autorisation préalable des cautions, avals et garanties**

**671.** D'autres conventions entrent en effet dans le périmètre du pouvoir de contrôle préalable des conventions par les conseils d'administration et de surveillance dans les sociétés anonymes. Les sûretés accordées par une société autre que celle exploitant des établissements bancaires ou financiers en faveur d'un tiers sont étroitement réglementées<sup>485</sup>. Ces actes sont réputés dangereux dans la mesure où ils engagent le patrimoine social sans contrepartie immédiatement appréhensible. Ainsi le législateur impose d'obtenir une autorisation préalable du conseil d'administration. Cette exigence s'impose entre sociétés d'un même groupe. A ce titre, « *le fait pour une société anonyme de se porter caution des dettes de l'une de ses filiales nécessite l'autorisation prévue par l'article L. 225-35 du Code de commerce*<sup>486</sup> ».

**672.** La nature des conventions visées par ce dispositif a suscité certaines difficultés. Si les notions de caution et d'aval ne posent aucune difficulté, en revanche celle de garantie est plus problématique. Si les premières sont définies<sup>487</sup>, la notion de garantie est bien moins circonscrite. L'intention du législateur étant d'inclure dans le champ d'application de l'article « *non seulement les garanties traditionnellement rattachées à la catégorie des sûretés*

<sup>484</sup> Sur le sujet : B. Dondero, *Éclairage – Conventions réglementées : réduire les incertitudes*, BJS 2012, n° 3, p. 190.

<sup>485</sup> Art. L. 225-35, al. 4 du C.com. Sur le sujet : B. Dondero, *Réflexions sur les mécanismes d'autorisation des sûretés et garanties consenties par les sociétés anonymes*, D. 2004, p. 405 ; J.-P. Langlade, *Le pouvoir de fournir des sûretés dans les sociétés anonymes*, RTD com. 1979, p. 355. A noter que la procédure de contrôle n'est requise que pour garantir les engagements pris par des tiers et non par la société elle-même (Cass. com., 11 févr. 1986, n° 84-13.959 et 12 juill. 2011, n° 10-16.118).

<sup>486</sup> Cass. com., 15 oct. 1991, n° 1991-002525, Rev. soc. 1992, p. 55 ; JCP G 1992, II, 21877, note J.-F. Barbière ; Cass. com., 9 déc. 1997, n° 1997-004936, Dr. sociétés 1998, comm. 47, note D. Vidal.

<sup>487</sup> La notion de cautionnement englobe tant les cautionnements personnels que les cautionnements réels par lesquels la société limite sa garantie de la dette d'autrui à un ou plusieurs éléments de son patrimoine. Quant à l'aval, « il peut se définir comme la forme cambiaire du cautionnement, en vertu duquel le donneur d'aval s'engage à payer le montant d'un effet de commerce en cas de défaillance de tel signataire déterminé » (Vocabulaire Juridique, Association H. Capitant, ss dir. G. Cornu, Presses universitaires de France, 2016).

*personnelles, mais aussi certaines opérations moins courantes et davantage propres aux pratiques sociétaires*<sup>488</sup>». Cependant, il est revenu à la jurisprudence de tracer les contours de la notion de garantie. Elle inclut dans cette notion les promesses de porte-fort<sup>489</sup>, les lettres d'intention<sup>490</sup>, ainsi que tous les engagements de contre-garantie ou de substitution<sup>491</sup>.

**673.** Cette difficulté résolue, la question de la procédure à suivre doit être abordée. En principe, il revient au conseil d'administration de contrôler et d'autoriser ce type de conventions. Le cas échéant, l'autorisation doit être préalable et explicite et ne peut faire l'objet d'une régularisation a posteriori. L'autorisation vaut pour une période d'un an. Cela étant, le conseil d'administration peut dans la limite d'un montant qu'il fixe, autoriser le directeur général à donner des cautions, avals ou garanties au nom de la société<sup>492</sup>. Cette autorisation peut également fixer, par engagement, un montant au-delà duquel la caution, l'aval ou la garantie ne peut être donné. Toutefois lorsque l'engagement dépasse l'un ou l'autre des montants ainsi fixés, l'autorisation du conseil d'administration est requise dans chaque cas. Afin de vérifier l'existence de l'autorisation du conseil d'administration, celle-ci doit être constatée dans un procès-verbal.

**674.** Si le conseil d'administration et de surveillance partagent les mêmes attributions en matière de contrôle préalable de certaines conventions sociales, il y a un pan du contrôle qui est expressément réservé au conseil de surveillance dans les sociétés anonymes avec directoire. En plus des procédures précitées, ce dernier dispose d'un pouvoir supplémentaire en matière d'autorisations préalables.

### **3-Les autorisations préalables du Conseil de surveillance**

**675.** Dans les sociétés anonymes avec directoire et conseil de surveillance, diverses opérations de gestion à risque requièrent un contrôle particulier du conseil de surveillance. Il se matérialise comme précédemment par une autorisation préalable nécessaire à la conclusion d'une convention. Le législateur a érigé une liste d'opérations de gestions en ce sens.

---

<sup>488</sup> J.-C. Pagnucco, *Administration-Conseil d'administration*, J.-Cl « sociétés traités », fasc.131-10, 2009, n°31.

<sup>489</sup> La procédure d'autorisation s'impose « dans la mesure où, la promesse de porte-fort créant à la charge du promettant une obligation de résultat emportant, en l'absence de ratification comme d'exécution de l'engagement par le tiers, celle de réparer le préjudice subi par le bénéficiaire de cette promesse, elle constitue une garantie au sens de l'article L. 225-35 (CA Lyon, 5 nov.1999, RTD com. 2001, p. 142, obs. Chazal et Reinhard ; CA Paris, 4 nov. 2008, Dr. sociétés 2009, n° 51, note Gallois-Cochet ; BJS 2009, p.376, note J.-F. Barbière).

<sup>490</sup> Selon une jurisprudence antérieure à l'ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006, une lettre d'intention ne constituait pas une garantie au sens de l'article précité à moins qu'elle n'entraîne pour la société qui la donnait, une obligation de résultat. C'était le cas lorsque l'auteur de la lettre s'engageait à « faire le nécessaire » (pour que le débiteur respecte ses obligations envers le bénéficiaire de la lettre. Depuis l'ordonnance 2006, la lettre d'intention est qualifiée de sureté personnelle. Dès lors, toute lettre d'intention est doit être considérée comme une garantie au sens de l'article L. 225-35 du C.com.

<sup>491</sup> Pour exemple : Cass. com., 24 juin 2003, JurisData n° 2003-019633, BJS 2003, p. 1030, note P. Le Cannu.

<sup>492</sup> Art. R. L. 225-28 du C.com.

Dans la version initiale de la loi du 24 juillet 1966, le domaine du contrôle préalable du conseil de surveillance était limité aux garanties des engagements d'un tiers et aux opérations que les statuts pouvaient énumérer. Depuis la loi n° 88-17 du 5 janvier 1988 modifiant la loi de 1966 sur les sociétés commerciales, la liste des opérations soumises à une autorisation préalable s'est considérablement allongée, ce qui restreint la liberté de gestion des dirigeants.

**676.** Outre l'autorisation nécessaire pour la conclusion de conventions réglementées ainsi que pour les cautions, avals et garanties précédemment examinés, le conseil de surveillance détient le pouvoir de contrôler en amont, la cession d'immeubles par nature<sup>493</sup>, la cession totale ou partielle de participations<sup>494</sup>, la constitution de sûretés<sup>495</sup>. Cette autorisation est donnée selon des conditions déterminées par décret<sup>496</sup>. Cela étant, la loi *Sapin 2* supprime cette obligation préalable dans un souci de simplification du droit des sociétés<sup>497</sup>.

**677.** Aux termes de cet article, il revient au conseil de surveillance d'autoriser ces opérations de gestion dans la limite d'un montant global qu'il fixe pour chaque type d'opération. Lorsqu'une opération dépasse le montant autorisé, l'autorisation du conseil de surveillance est requise dans chaque cas. D'autres opérations de gestion peuvent être soumises au contrôle préalable du conseil de surveillance par les statuts. Cette prérogative supplémentaire accroît le contrôle exercé par cet organe de surveillance sur la gestion sociale.

**678.** Ce contrôle préalable des conseils ne s'applique que pour les conventions qui présentent un danger pour la société. Les autres opérations de gestion, font l'objet d'une appréciation globale. Or, certaines d'entre elles peuvent paraître suspectes ou inopportunes pour la société. Afin d'en vérifier la teneur et l'impact sur la société, ces décisions peuvent faire l'objet d'une expertise.

## **§2-Des décisions de gestion expertisées**

**679.** Certaines décisions de gestion présumées suspectes exigent du dirigeant des informations complémentaires. Les requérants peuvent alors obtenir les informations nécessaires au moyen d'une expertise. Le mécanisme de l'expertise est la procédure par laquelle on confie à un ou plusieurs experts compétents et indépendants des organes sociaux,

---

<sup>493</sup> Le texte vise les terrains et tout ce qui y est incorporé.

<sup>494</sup> Les participations sont les titres dont la possession durable est estimée utile à l'activité de l'entreprise. Au titre de l'art. L. 233-2 du C.com., il y a participation lorsqu'une société détient dans une autre une fraction du capital comprise être 10 % et 50 %.

<sup>495</sup> Les sûretés comprennent les hypothèques, les gages, les nantissements et autres garanties qui sont consenties à l'effet de garantir les obligations de la société.

<sup>496</sup> Art. R. 225-54 du C.com.

<sup>497</sup> Art. L. 225-68 du C. com. modifié par L. n° 2016-1691, préc., art. 142, 5°.

le soin de donner un avis sur les éléments d'un différend, quand ceux-ci présentent des aspects techniques. La vérification opérée par l'expert quant à la régularité de l'opération de gestion visée matérialise un véritable contrôle. Par conséquent, les mécanismes d'expertises développés ci-dessous, sont à proprement parler des procédures de contrôle de la gestion.

**680.** L'expertise est une procédure qui intervient en temps de crise et qui suppose que l'information due aux organes sociaux n'a pas ou a été insuffisamment délivrée. Dans cette perspective, pour détecter les fautes potentielles du dirigeant, le droit des sociétés (A) complété par le droit commun (B) mettent à disposition des contre-pouvoirs une pluralité de mécanismes fondés sur l'expertise. En éclairant les faits, l'expertise permet de se forger un avis sur l'opération en cause et de mettre en œuvre si nécessaire certaines actions

### **A-Des mécanismes d'expertise de droit des sociétés**

**681.** Lorsque les organes de contrôle, ont des doutes sur la transparence de la gestion, le législateur organise diverses procédures. Parmi elles, l'expertise de gestion prend la première place (a). « Mesure de police sociale<sup>498</sup> », elle a une fonction d'information. En effet, c'est une mesure d'investigation sur une opération dont la régularité est douteuse. Aux côtés de cet instrument, une autre procédure dite « procédure d'alerte » (b), met en œuvre une expertise de la gestion. Lorsque des faits de nature à compromettre la continuité de la gestion sont suspectés, une procédure d'alerte doit être déclenchée. Cette dernière s'appuie sur l'expertise de la situation par un expert. A ce titre, elle a parfaitement sa place à ce stade du raisonnement.

#### **a-L 'expertise de gestion**

**682.** L'expertise de gestion est un mécanisme incontournable du contrôle de la gestion des sociétés commerciales. L'essence de ce mécanisme est de délivrer dans l'intérêt social une expertise sur une opération de gestion *a priori* suspecte. Dès l'origine, la loi de 1966 avait élaboré ce dispositif permettant aux associés minoritaires de certaines sociétés commerciales<sup>499</sup> de contrôler sur demande des opérations de gestion. L'information et l'analyse par un expert permettaient à l'associé d'exercer un véritable contrôle de la gestion. En réaction aux éléments transmis, l'associé pouvait entamer des démarches en conséquence. En ce sens, l'expertise de gestion était connue sous le titre d'expertise de minorité. Introduite par l'article 226 de la loi n° 66-537 du 24 juillet 1966, elle visait exclusivement les

---

<sup>498</sup> Ph. Didier, note sous Cass. com., 21 oct.1997, Rev. soc. 1998, p. 82.

<sup>499</sup> Le texte ne visait initialement que les sociétés par actions.

actionnaires minoritaires. L'efficacité de ce dispositif d'un point de vue du contrôle a incité le législateur à l'étendre à double titre. Il fut d'une part introduit dans les sociétés à responsabilité limitée et d'autre part, la liste des bénéficiaires de l'expertise fut étendue. A partir de la loi n° 84-148 du 1<sup>er</sup> mars 1984 le ministère public, le comité d'entreprise et l'Autorité des marchés financiers<sup>500</sup> intégraient la liste des demandeurs. Ces ajouts ont modifié la nature de ce dispositif<sup>501</sup>.

**683.** Par la suite, la loi n° 94-679 du 8 août 1994 ajouta à la liste les associations répondant aux conditions fixées à l'article L. 225-120 du code de commerce. Cette ouverture à des tiers non associés réoriente l'expertise et devient « *une expertise de gestion, conçue plus largement dans l'intérêt également de l'entreprise et des tiers* »<sup>502</sup>.

**684.** Enfin, dans le but de renforcer le contrôle exercé par les actionnaires sur les dirigeants, la loi NRE n° 2001-420 du 15 mai 2001 a modifié les conditions de la demande lorsqu'elle est présentée par les actionnaires minoritaires dans la société anonyme<sup>503</sup>. A cette fin, le législateur a abaissé les seuils de participation nécessaires au déclenchement de la procédure, et ouvert aux filiales le champ de l'expertise<sup>504</sup>. L'évolution de cette institution retracée, il convient d'en présenter la procédure<sup>505</sup>.

**685.** La technique de l'expertise de gestion se décompose en plusieurs phases, avec une différence dans la procédure selon la forme sociale<sup>506</sup>. Néanmoins, les considérations restent identiques. « *Lorsqu'au sein d'une société existent des opérations de gestion litigieuses, il est opportun d'ordonner une expertise de ces actes afin de déterminer s'ils sont réellement illicites* »<sup>507</sup>. Le but étant de solliciter la justice pour recueillir des informations sur la gestion qui ne sont pas les informations normales que doit fournir une société<sup>508</sup>. Ce mécanisme permet de surmonter une circulation de l'information déficiente ou délibérément entravée par les dirigeants sociaux.

---

<sup>500</sup> Dans les sociétés anonymes constituées avec offre au public.

<sup>501</sup> Y. Guyon, *Les nouveaux aspects de l'expertise de gestion*, JCP E 1985, I, 14953.

<sup>502</sup> P. Le Cannu, *Éléments de réflexion sur la nature de l'expertise judiciaire de gestion*, BJS 1988, p.553.

<sup>503</sup> Les conditions restent inchangées dans les SARL. L'article L. 225-37 précise que « un ou plusieurs associés dans une SARL représentant au moins le dixième du capital social, soit individuellement, soit en se groupant sous quelque forme que ce soit » peuvent solliciter une expertise de gestion.

<sup>504</sup> L'expertise permet ainsi que contrôler une ou plusieurs opérations menées par des filiales. Cette prérogative étend par conséquent le domaine du contrôle. Cependant dans ce cas, la demande doit être appréciée au regard de l'intérêt du groupe.

<sup>505</sup> L'enjeu n'est pas ici de procéder en détail à l'analyse du régime juridique de l'expertise de gestion. Il s'agit plutôt de présenter ce mécanisme comme un instrument de contrôle de la gestion.

<sup>506</sup> Le champ d'application de l'expertise de gestion de l'article L. 225-231 du C.com comprend les trois types de sociétés par actions (SA ; SCA et SAS). De plus, l'expertise de gestion s'applique aux sociétés à responsabilités limitée suivant le régime de l'article L. 223-37 du C.com.

<sup>507</sup> N. Raynaud, *La « nouvelle » expertise de gestion en droit des sociétés ?* note sous CA Versailles, 11 mars 1999, n° 9998/96, LPA 2000, n° 70, p.15.

<sup>508</sup> Y. Guyon, *Droit des affaires*, t. 1er, *Droit commercial général et sociétés*, Economica, 10<sup>ème</sup> éd., 1998, n° 294 et 447.

**686.** Le rôle de l'expert est d'apprécier la régularité de certaines opérations de gestion des dirigeants. Ses observations sont essentielles car, outre le volet informationnel, l'expertise permet de façon subsidiaire de « *préparer la sanction des dirigeants par l'établissement d'une cause de nullité d'une décision sociale, d'un juste motif de révocation, d'une faute de gestion justifiant une action en responsabilité, voire des conditions de désignation d'un administrateur provisoire ou d'un juste motif de dissolution de la société*<sup>509</sup> ». Enfin, l'expertise recèle des vertus préventives qui sont l'une des finalités du contrôle de la gestion. L'information recueillie par ce mécanisme permet aux associés de réagir suffisamment tôt « *pour éviter que les fautes qui ont été révélées par le rapport de l'expert ne compromettent irrémédiablement l'avenir de la société*<sup>510</sup> ».

**687. Phase préliminaire dans les sociétés par actions** - Instaurée par la loi NRE de 2001, une étape préalable vient compléter la procédure de l'expertise de gestion au sein des sociétés par actions. Il s'agit de la phase des questions écrites posées au président du conseil d'administration ou au directoire des questions sur une ou plusieurs opérations de gestion de la société, ainsi que, le cas échéant, des sociétés qu'elle contrôle au sens de l'article L. 233-3 du code de commerce. La loi confère à l'expertise un caractère subsidiaire. Désormais, c'est seulement en l'absence de réponse ou à défaut d'éléments de réponse satisfaisant, que la saisine du juge est autorisée<sup>511</sup> par les actionnaires<sup>512</sup>. En revanche, le comité d'entreprise, le ministère public et l'Autorité des marchés financiers conservent quant à eux un droit direct de mise en œuvre de la procédure.

**688.** L'objet des questions doit porter sur une ou plusieurs opérations de gestion. La jurisprudence définit la notion d'opération de gestion. La référence au terme de gestion conduit à dire que seules les décisions prises par les dirigeants sociaux peuvent faire l'objet de questions préalables et de l'expertise dans sa globalité. En effet, les juges retiennent une définition organique de la notion d'opération de gestion<sup>513</sup>. A ce titre par exemple, les conventions réglementées en tant qu'acte de gestion sont susceptibles de faire l'objet d'une

---

<sup>509</sup> L. Godon, *Expertise de gestion*, Rép. sociétés Dalloz, 2003, n°2.

<sup>510</sup> L. Godon, *ibid.*, n° 4.

<sup>511</sup> Contrairement à la jurisprudence antérieure pour laquelle l'expertise n'avait pas un caractère subsidiaire. Selon les juges la nomination d'un expert n'était pas subordonnée à la preuve de l'épuisement par le demandeur de tous les moyens d'information (Cass. com., 21 oct. 1997, n° 95-17.904, JCP G 1998, II, 10036, note Y. Guyon ; Rev. soc. 1998, p. 82, note Ph. Didier).

<sup>512</sup> Par un ou plusieurs actionnaires représentant au moins 5 % du capital social, soit individuellement soit en se regroupant sous quelque forme que ce soit ainsi que par une association de défense des intérêts des actionnaires répondant aux conditions de l'article L. 225-120 du C.com.

<sup>513</sup> L'opération de gestion est celle qui est arrêtée par un organe de gestion, à l'exclusion des décisions prises par l'assemblée générale ou relevant de la compétence des commissaires aux comptes. A titre d'exemples : Cass. com. 30 mai 1989, n° 87-18.083 concernant une décision prise par l'assemblée générale des actionnaires, BJS 1989, p.715 note P. Le Cannu ; Cass. com., 18 oct. 1994, n° 92-19.159 concernant une cession d'actions entre associés.

expertise. Malgré le contrôle exercé par le commissaire aux comptes et l'intervention de l'assemblée générale, elles demeurent un acte de gestion<sup>514</sup>. Par ailleurs, les juges exigent de formuler des questions précises et rejettent en ce sens une requête « *s'interrogeant de façon générale sur la politique de gestion de la société sans demander de façon précise des explications sur des actes de gestion clairement identifiés (...)* »<sup>515</sup>.

**689.** Lorsque la réponse du dirigeant de sociétés par actions obtenue dans un délai d'un mois<sup>516</sup> maximum n'emporte pas satisfaction<sup>517</sup>, le demandeur peut alors saisir le juge pour obtenir la nomination d'un expert. Si cette phase précontentieuse a été introduite afin de filtrer les demandes pour ne retenir que celles présentant un caractère sérieux, elle permet aussi de soumettre la réponse du dirigeant au contrôle du juge. Cette phase a donc été instaurée pour limiter les contrôles abusifs des actionnaires. D'un autre côté même si l'expertise est rejetée par le juge, la phase préliminaire dans les sociétés par actions oblige malgré tout, les dirigeants à répondre aux questions du demandeur. Ainsi, cette étape est un mécanisme qui garantit l'exercice minimum d'un contrôle de la gestion.

**690. La phase judiciaire** - A ce stade de la procédure, le régime est identique dans l'ensemble des formes sociales dans lesquelles l'expertise de gestion s'applique. Une fois saisi, le juge apprécie le bien-fondé de la demande. Celle-ci doit impérativement présenter un caractère sérieux. Ce critère est notamment retenu lorsque « *des présomptions d'irrégularités affectent une ou plusieurs opérations de gestion déterminée* »<sup>518</sup>. L'intérêt social est omniprésent dans l'appréciation par le juge de la recevabilité de la requête. Le plus souvent les arrêts ne retiennent que les opérations susceptibles de porter atteinte à l'intérêt social. La référence à cette notion est tellement fréquente que certains auteurs qualifient l'expertise d'« action sociale »<sup>519</sup>. Plus convaincant, il s'agirait d'une action à « finalité sociale »<sup>520</sup> ou encore d'une « mesure de police sociale »<sup>521</sup>. Là encore le critère d'opération de gestion est

---

<sup>514</sup> Cass. com., 9 févr. 1999, JurisData n° 1999-000708 ; CA Paris, 24 mai 2002, JurisData n° 2002-179098 ; CA Paris, 14<sup>e</sup> ch., sect. B, 23 juin 2006, JurisData n° 2006-312319, Rev. soc. 2006, p. 665, note I. Urbain-Parléani.

<sup>515</sup> Cass. com., 14 févr. 2006, n° 05-11.822, JCP E 2006, 1981, note D. Gibirila ; D. 2006, p. 721, obs. A. Lienhard ; BJS 2006, p. 619, note L. Godon ; RTD com. 2006, p. 605, obs. C. Champaud et D. Danet ; Rev. soc. 2006, p. 575, note A. Cerati-Gauthier.

<sup>516</sup> Il était important pour le législateur de fixer un délai assez court afin d'éviter que les problèmes ne s'enlisent.

<sup>517</sup> La réponse du dirigeant doit être communiquée aux commissaires aux comptes.

<sup>518</sup> Cass. com., 22 mars 1988, JurisData n° 1988-700606 ; Cass. com., 18 oct. 1994, n° 92-19.159, Société générale du granit.

<sup>519</sup> D. Schmidt, *Les droits de la minorité dans la société anonyme*, Sirey 1971, n° 269 ; Y. Chartier, *L'expertise de l'article 226 de la loi du 24 juillet 1966*, JCP G 1972, I, 2507.

<sup>520</sup> Note sous Cass. com., 10 févr. 1998, Soc. SAE et Soc. Bourdais c/ Soc. Promo Réal, RTD com. 1998, p. 370, obs. B. Petit et Y. Reinhard.

<sup>521</sup> Note sous Cass. com., 21 octobre 1997. SA Société française des amortisseurs de Carbon et DPOC c/ Société civile de gestion des actions de Carbon, Rev. soc. 1998, p. 82, obs. Ph. Didier.



retenu par les juges. A l'instar de la phase précontentieuse applicable aux seules sociétés par actions, le juge apprécie le sérieux et l'utilité de la demande d'expertise.

**691.** Lorsque que les juges accèdent à la demande, un expert est désigné par le Président du Tribunal de commerce statuant en la forme des référés. Il charge l'expert d'établir un rapport sur l'opération de gestion litigieuse. A cette fin, l'expert peut notamment procéder à des constatations dans la comptabilité, prendre connaissance de tous les documents qu'il juge utile à sa mission, et procéder à l'audition des personnes qu'il jugera utile d'interroger. Une fois sa mission accomplie l'expert doit déposer son rapport au greffe. Il sera par la suite communiqué au demandeur, ainsi qu'au dirigeant, mais aussi au ministère public, au comité d'entreprise et aux commissaires aux comptes et à l'Autorité des marchés financiers le cas échéant.

**692.** La technique de l'expertise de gestion offre un moyen de contrôler précisément une ou plusieurs opérations de gestion des dirigeants. En tant que mesure destinée à détecter d'éventuelles irrégularités commises par le dirigeant, elle met en œuvre par un expert, un examen de la conformité et de l'opportunité d'un acte litigieux, en permettant *a posteriori* aux demandeurs<sup>522</sup> de décider en pleine connaissance de cause, des suites à donner. Par conséquent, elle s'inscrit pleinement dans l'optique d'un contrôle de la gestion.

**693.** Le commissaire aux comptes ne fait pas parti des bénéficiaires de l'expertise : en revanche il en est informé. Néanmoins dans l'hypothèse où les opérations de gestion litigieuses, objet de l'expertise, font apparaître un fait de nature à compromettre la continuité de l'exploitation, alors ce dernier a le devoir de déclencher la procédure d'alerte. Il existe parfois une interaction entre les procédures de contrôle de la gestion.

## **b-La procédure d'alerte**

**694.** « *Mieux vaut diagnostiquer et traiter le mal à temps, plutôt que d'assister impuissant à l'irréversible déchéance du malade, à son agonie et à sa mort* <sup>523</sup> ». C'est dans cette perspective de prévention des difficultés, dès 1984<sup>524</sup>, que le législateur a mis en place des mesures préventives, dont la procédure ayant pour objet « le droit d'alerte ».

---

<sup>522</sup> Il s'agit des contre-pouvoirs aux dirigeants sociaux à qui l'on attribue cette prérogative.

<sup>523</sup> N. Pierre, *Appréciation et pouvoirs du comité d'entreprise lors du déclenchement et de la poursuite de la procédure d'alerte*, RTD com. 2006, p.733.

<sup>524</sup> Loi n°84-148 du 1<sup>er</sup> mars 1984 relative à la prévention et au règlement amiable des difficultés des entreprises. Antérieurement, le rapport *Sudreau* avait relevé dès 1975, l'intérêt pour diverses parties constitutives de l'entreprise de pouvoir mettre en œuvre une procédure spéciale lorsque des informations laissent présager des difficultés qui peuvent avoir de lourdes conséquences sur la société.

**695.** Cette procédure cristallise les conflits sociaux notamment lorsqu'elle est déclenchée par le comité d'entreprise. En effet, la loi prévoit plusieurs titulaires à cette mission d'alerte, au titre desquels figure : le commissaire aux comptes, le comité d'entreprise, certains associés et le Président du Tribunal de commerce. Si le législateur multiplie les détenteurs de ce pouvoir d'alerte, c'est dans un souci de prévention des difficultés. La procédure d'alerte diffère selon l'auteur de l'alerte ainsi que la forme sociale dans laquelle elle intervient. Néanmoins, le fondement de l'alerte est commun à l'ensemble des procédures. Un seul critère prévaut pour en apprécier le déclenchement. Il s'agit « *de tout fait de nature à compromettre la continuité de l'exploitation* ». Ainsi, lorsque la continuité de l'exploitation est menacée ou lorsqu'il existe un risque sérieux de cessation de l'exploitation dans un avenir prévisible alors la procédure d'alerte se justifiera. Les faits déclencheurs pourront être de nature financière, relatifs à l'exploitation de la société ou encore tous faits de nature diverse. Quoi qu'il en soit, ces faits doivent être d'une certaine gravité et font planer une menace sérieuse sur la continuité de l'exploitation.

**696.** Ce critère de mise en œuvre de l'alerte suggère qu'en amont, soit exercé un contrôle de la gestion. C'est en appréciant la situation de la société, que l'auteur décide le déclenchement de la procédure. En ce sens, la jurisprudence exige de l'auteur de l'alerte d'apporter des éléments objectifs justifiant la nécessité de la procédure. De plus, la procédure d'alerte organise une audition du dirigeant dont les réponses sont examinées pour décider de la poursuite éventuelle de la procédure. Ainsi l'alerte est « *la manifestation solennelle du contrôle de l'activité économique de l'entreprise*<sup>525</sup> » lorsque celle-ci rencontre des difficultés.

**697.** La finalité de cette procédure est en première intention, d'informer les dirigeants de la situation préoccupante de la société. Toutefois, en l'absence de réactions de leur part, la procédure se poursuit et elle est portée à la connaissance de l'ensemble des organes sociaux. Enfin, lorsque les mesures prises sont insuffisantes, la saisie du Président du Tribunal de commerce est réalisée. La procédure comporte ainsi plusieurs phases plus ou moins nombreuses<sup>526</sup>.

---

<sup>525</sup> N. Pierre, art.cit., p. 733.

<sup>526</sup> Ces procédures d'alerte ont été retouchées à plusieurs reprises par les réformes du 10 juin 1994 et du 26 juillet 2005.

## 1-Procédure d'alerte du commissaire aux comptes

**698.** Plus qu'un droit, la procédure d'alerte constitue un véritable devoir pour le commissaire aux comptes<sup>527</sup>. A l'occasion des contrôles qu'il exerce notamment sur les comptes sociaux et les documents prévisionnels, le commissaire aux comptes se trouve dans une position privilégiée pour détecter les signes d'une situation préoccupante pour l'avenir de la société<sup>528</sup>. C'est donc un véritable « bilan de santé financière » qui doit être dressé par le commissariat aux comptes et ce n'est que si ce bilan révèle un risque sérieux de cessation d'exploitation dans un avenir prévisible qu'il y aura lieu de mettre en œuvre la procédure d'alerte. Par conséquent, sans porter de jugement sur l'opportunité de la gestion<sup>529</sup>, le commissaire aux comptes doit au cours des divers contrôles opérés, attirer l'attention sur des faits de nature à compromettre la pérennité de la société en déclenchant une procédure d'alerte. Comme évoqué plus en amont<sup>530</sup> le commissaire aux comptes se fonde sur le critère de l'atteinte à la continuité de l'exploitation. A cette fin, il doit prendre en compte la situation d'ensemble et vérifier qu'un ensemble de faits significatifs préoccupants convergent.

**699.** La procédure d'alerte attribuée aux commissaires aux comptes, s'applique dans toutes les sociétés anonymes ainsi que dans les sociétés en commandite par actions, et par renvoi aux sociétés par actions simplifiées. Elle s'applique également aux autres formes sociales lorsque celles-ci sont dotées d'un commissaire aux comptes.

**700. L'alerte dans les sociétés anonymes** - Le code de commerce indique aux articles L. 234-1 et R. 234-4 trois phases dans la procédure d'alerte au sein des sociétés anonymes.

▪ La phase d'explications aux dirigeants : la loi habilite le commissaire aux comptes à réclamer des explications au Président du conseil d'administration ou du directoire ou au directeur général sur tout fait de nature à compromettre la continuité de l'exploitation. Les dirigeants doivent répondre dans un délai de quinze jours. A défaut de réponse permettant de s'assurer de la continuité de l'exploitation, le commissaire aux comptes invite, « *par un écrit dont la copie*

---

<sup>527</sup> Art. L. 612-3 du C.com. V. à ce propos : A. Liénard, *La responsabilité du commissaire aux comptes dans le cadre de la procédure d'alerte*, Rev. proc. coll. 1996, p. 7 s. Le défaut d'alerte est susceptible d'engager sa responsabilité si du fait de son manquement, la situation de la société se dégrade au point d'être irrémédiablement compromise. Toutefois, depuis l'entrée en vigueur de la loi du 26 juillet 2005, le commissaire aux comptes est dispensé de son devoir d'alerte si les dirigeants de la personne morale ont engagé une procédure de conciliation ou de sauvegarde.

<sup>528</sup> « En raison de la mission permanente d'investigation et de contrôle qui leur est confiée, et de leur triple compétence financière, comptable et juridique, les commissaires aux comptes sont en effet à même de relever, à l'occasion de l'exercice de leurs fonctions, les indices de la dégradation de la situation de la société » (Exposé des motifs de la loi 84-148 du 1<sup>er</sup> mars 1984).

<sup>529</sup> Il ne procède qu'à un diagnostic de la gestion. « Il ne met pas en cause les hommes. Il n'incrimine pas la gestion du dirigeant de la société » (du Pontavice, *Les conséquences pratiques de la loi du 1er mars 1984*, nos 49 et s., Informations et débats, n° 13).

<sup>530</sup> V. supra § n° 695 et s.

*est transmise au président du tribunal de grande instance, les dirigeants à faire délibérer l'organe collégial<sup>531</sup> de la personne morale sur les faits relevés* ». La loi du 26 juillet 2005 a prévu qu'une copie de cette demande est adressée par le commissaire aux comptes au Président du Tribunal de commerce. Il est néanmoins important de noter que dans les faits cette première phase est précédée d'une « phase zéro », phase informelle au cours de laquelle le commissaire aux comptes fera part aux dirigeants de l'entreprise de ses remarques sur des faits pouvant entraîner le déclenchement de l'alerte<sup>532</sup>. Cet entretien pourra éviter l'ouverture de la procédure si le dirigeant dissipe les risques susceptibles d'affecter la continuité de l'exploitation.

▪Phase de délibération du conseil d'administration : la convocation de cet organe doit intervenir dans les huit jours qui suivent la demande du commissaire aux comptes. La délibération doit intervenir quant à elle dans les quinze jours qui suivent la réception de la lettre du commissaire aux comptes. Ce dernier doit être présent lors de la délibération. Cela étant, l'article L. 234-1, alinéa 3 du Code de commerce précise que « *Lorsque le conseil d'administration ou le conseil de surveillance n'a pas été réuni pour délibérer sur les faits relevés ou lorsque le commissaire aux comptes n'a pas été convoqué à cette séance ou si le commissaire aux comptes constate qu'en dépit des décisions prises la continuité de l'exploitation demeure compromise, une assemblée générale est convoquée dans des conditions et délais fixés par décret en Conseil d'Etat* ». A ce stade, le commissaire aux comptes doit joindre à sa lettre invitant le dirigeant à faire délibérer une assemblée, un rapport spécial.

▪Phase de réunion de l'assemblée générale : Enfin, lorsque cela s'impose, une assemblée doit être convoquée. Si le dirigeant manque à son obligation, le commissaire aux comptes doit lui-même y procéder. Le but étant de prendre des résolutions de nature à assurer la continuité de l'exploitation. Dans le cas contraire, le commissaire aux comptes doit en informer sans délai le Président du Tribunal de commerce. Il faut en outre noter que la loi n° 2011-525 du 17 mai 2011 permet dorénavant aux commissaires aux comptes d'interrompre la procédure d'alerte, et de reprendre la procédure à la phase où il l'avait interrompue<sup>533</sup>.

---

<sup>531</sup> Il s'agit du Conseil d'administration ou du Conseil de surveillance suivant la société anonyme considérée.

<sup>532</sup> V. Table ronde, *Détection précoce des difficultés*, Rev. proc. coll. janv.-févr. 2010, p.49.

<sup>533</sup> Cette prérogative peut s'appliquer « dans un délai de six mois à compter du déclenchement de la procédure d'alerte » Art. L. 234-1, alinéa 5 du C. com.

**701. L’alerte dans les autres sociétés commerciales** - Dans les autres formes sociales, la procédure d’alerte est allégée et ne comporte que deux phases prévues à l’article L. 234-2 du code de commerce.

▪Le commissaire aux comptes doit demander des explications au dirigeant. Ce dernier doit répondre dans les quinze jours qui suivent la réception de la demande. Dans sa réponse, le dirigeant doit exposer les faits, procéder à une analyse de la situation et préciser les mesures envisagées. De son côté, le commissaire aux comptes doit informer le Président du Tribunal de commerce de l’ouverture d’une procédure d’alerte.

▪A défaut de réponse du dirigeant ou si les mesures ne sont pas satisfaisantes, le commissaire établit un rapport spécial et invite le dirigeant à faire délibérer la prochaine assemblée sur les faits révélés. Comme dans les sociétés anonymes, si à l’issue de la délibération de l’assemblée les mesures de sont pas suffisantes pour assurer la continuité de l’exploitation, le commissaire aux comptes en informe le Président du Tribunal de commerce. Depuis la loi n° 2016-1457 du 18 juin 2016, il peut « *demande à être entendu par le président du tribunal* ». De même, la procédure d’alerte peut être suspendue, puis reprise dans un délai de six mois.

**702.** Des contrôles successifs sont ainsi mis en œuvre au cours de la procédure d’alerte par le commissaire aux comptes. Il vérifie que des mesures correctives sont prises et apprécie à chaque étape leur impact sur la continuité de l’exploitation. D’autres organes peuvent déclencher une procédure d’alerte à l’instar du comité d’entreprise.

## **2-Procédure d’alerte du comité d’entreprise**

**703.** Lorsque des faits de nature à compromettre la continuité de l’exploitation sont relevés par le comité d’entreprise, ce dernier a le pouvoir d’amorcer une procédure d’alerte<sup>534</sup> et ainsi d’expertiser la gestion du dirigeant. Contrairement au commissaire aux comptes il s’agit d’une simple faculté et non d’une obligation. En ce sens, il peut provoquer des explications de l’employeur sur des faits de nature à affecter de manière préoccupante la situation de l’entreprise. Dans l’hypothèse de l’absence de réponse suffisante de l’employeur ou lorsque celle-ci confirme le caractère préoccupant de la situation, le comité d’entreprise établit un rapport transmis à l’employeur et au commissaire aux comptes. Ce rapport traite de la nécessité de saisir l’organe chargé de l’administration ou de la surveillance de la société ainsi que l’assemblée d’associés. Pour les assister dans cette tâche, il peut avoir recours à un

---

<sup>534</sup> Pour une description détaillée de cette procédure, v. Cohen M. et Milet L., *Le droit des comités d’entreprise et des comités de groupe*, LGDJ, 12<sup>ème</sup> éd., 2016, p. 747 et s.

expert-comptable. Une fois par exercice le comité d'entreprise peut se faire assister d'un expert-comptable<sup>535</sup>.

**704.** D'ailleurs cette prérogative de contrôle, soulève un contentieux judiciaire important entre les comités d'entreprise et les employeurs. Les litiges portent notamment sur le caractère abusif de la procédure d'alerte<sup>536</sup> ou encore sur le périmètre d'investigation de l'expert-comptable<sup>537</sup>. Sur ce dernier point, la jurisprudence adopte une vision extensive du champ d'investigation de l'expert. Elle retient notamment une vision globale des opérations de restructuration en soulignant les liens de connexité entre différentes opérations économiques. De même, « *lorsque des faits en relation avec ceux ayant motivé l'exercice du droit sont portés à la connaissance de l'expert pendant le cours de la mission*<sup>538</sup> », les juges retiennent la validité de l'extension de la mission de l'expert-comptable. Plus généralement la jurisprudence retient que la « *mission de l'expert-comptable s'étend aux faits de nature à confirmer la situation économique préoccupante de l'entreprise qui sont la suite nécessaire de ceux qui ont motivé l'exercice du droit d'alerte*<sup>539</sup> ». Enfin, un arrêt récent confirme la tendance à la vision extensive du périmètre d'investigation de l'expert-comptable. La Cour de Cassation reconnaît à l'expert du comité la possibilité de recueillir des informations à l'échelle du groupe de sociétés<sup>540</sup>. Elle prend soin de préciser par ailleurs, qu'« *il appartient au seul expert-comptable de déterminer les documents utiles à l'exercice de sa mission* ». Du reste, sa mission consiste « *à aider le comité à apprécier la situation de l'entreprise et à émettre un avis sur l'origine et l'ampleur de ses difficultés ainsi que sur les explications données par le chef d'entreprise*<sup>541</sup> ». L'assistance d'un expert-comptable permet au comité d'entreprise d'avoir accès à une information complémentaire sur des opérations complexes.

---

<sup>535</sup> Art. L. 2323-79 C. trav.

<sup>536</sup> Les employeurs tentaient de faire obstacle au déclenchement de la procédure d'alerte. Par un arrêt du 8 mars 1995 (Cass. soc., 8 mars 1995, n° 91-16.002, Dr. sociétés 1995, p. 393, note M. Cohen), la Cour de cassation a pris soin de préciser que le comité est maître de l'appréciation des faits qu'il présente comme préoccupants. En conséquence, elle octroie au comité un pouvoir d'appréciation de la situation sociale, qui n'en reste pas moins soumise à l'appréciation souveraine des juges du fond.

<sup>537</sup> Sur le sujet V. : P.-Y. Verkindt, *Le droit d'alerte économique du comité d'entreprise et l'étendue de la mission de l'expert désigné*, BJS 2010, p. 16 ; F. Petit, *La mission de l'expert désigné dans le cadre du droit d'alerte économique du comité d'entreprise*, Rev. soc. 2010, p. 293.

<sup>538</sup> Cass. soc., 28 oct. 1996, n° 95-10.274, Dr. sociétés 1996, p. 1104, obs. M. Cohen.

<sup>539</sup> Cass. soc., 11 mars 2003, n° 01-13.434.

<sup>540</sup> Cass. com., 21 sept. 2016 n° 15-17.658, RJDA 2016, n° 873 ; BJS 2016, p. 704, note G. Auzero. « Attendu que la cour d'appel, dans l'exercice de son pouvoir souverain d'appréciation, a retenu que la situation financière de la société Avon polymères France, extrêmement délicate dans la mesure où son capital est détenu intégralement par la société MGI Coutier, cette dernière ayant été contrainte de lui apporter mensuellement depuis le début de l'année 2012 une somme de 350 000 euros à 400 000 euros afin de lui permettre de faire face au paiement des salaires et à la trésorerie, rendait indispensable pour le comité d'entreprise d'obtenir des informations sur la stratégie de la société mère à l'égard de sa filiale compte tenu de la situation de dépendance de cette dernière et, faute d'informations suffisantes, justifiait le recours de l'assistance à un expert »

<sup>541</sup> R. De Quenaudon, *Comité d'entreprise (Mise en place, composition, fonctionnement)*, Rép. droit du trav. Dalloz, 2004, n° 494.

**705.** A noter que le comité peut aussi convoquer le commissaire aux comptes ou se faire aider par deux salariés choisis pour leurs compétences. Quel que soit l'organe qui l'assiste dans sa tâche, la finalité du rapport du comité est d'analyser les faits invoqués à la lumière des éléments de réponse apportés par l'employeur et de donner un avis, quant à la suite à donner à la procédure d'alerte. Il émet un avis sur « *l'opportunité de saisir de ses conclusions l'organe chargé de l'administration ou de la surveillance dans les sociétés ou personnes morales qui en sont dotées, ou d'en informer les associés dans les autres formes de sociétés ou les membres dans les groupements d'intérêt économique* <sup>542</sup> ». Le comité apprécie par la suite l'opportunité de prolonger la procédure d'alerte par un vote à la majorité de ses membres.

**706.** Pour les sociétés dotées d'un conseil d'administration ou de surveillance, le comité peut s'il le souhaite informer ces derniers pour qu'ils délibèrent. Dans l'affirmative, l'article L. 2323-81 du code du travail précise que la question doit faire l'objet d'une délibération dans le mois qui suit la saisine par le comité. Le texte impose une réponse motivée de la part du conseil d'administration ou du conseil de surveillance. Au sein de ces sociétés, la procédure s'arrête à ce stade. Le comité n'a pas le pouvoir de réunir une assemblée. Par contre, le commissaire aux comptes informé de cette saisine pourra déclencher sa propre procédure d'alerte.

**707.** Pour les autres formes sociales, le comité peut décider d'alerter les associés. Dans ce cas, le dirigeant est tenu de communiquer à ceux-ci le rapport du comité d'entreprise. Les associés devront à leur tour formuler une réponse motivée.

**708.** Le droit d'alerte économique présente donc une utilité certaine pour le comité d'entreprise, puisqu'il lui permettra, en position de « *guetteur* <sup>543</sup> » de contrôler la gestion et même de « *s'immiscer [dans une certaine mesure], dans la gestion et de devenir le censeur de la politique économique du chef d'entreprise* <sup>544</sup> ». Pour reprendre les termes utilisés par un auteur, le droit d'alerte est une manifestation solennelle du contrôle de l'activité économique de l'entreprise par le comité <sup>545</sup>. En assujettissant le dirigeant à une obligation de rendre des comptes au comité, ce dernier exerce indubitablement un contrôle sur la gestion sociale. En outre, cette procédure permet d'alerter certains dirigeants qui ne sont pas tous au courant de la gestion sur les difficultés existant dans l'entreprise.

---

<sup>542</sup> Art. L. 2323-80 C. trav.

<sup>543</sup> Terme utilisé par C. Saint-Alary-Houin, *Droit des entreprises en difficulté*, Montchrestien, coll. Domat dr. privé, 5<sup>ème</sup> éd., 2003, p. 93 n° 145.

<sup>544</sup> Y. Guyon, *Droit des affaires, t. 2, Entreprises en difficulté, Redressement judiciaire, Faillite*, Economica, coll. Droit des affaires et de l'entreprise, 9<sup>ème</sup> éd., 2003, p. 62, n° 1056.

<sup>545</sup> N. Pierre, art.cit., n° 3.

Les associés disposent eux aussi du pouvoir de questionner les dirigeants sur des faits alarmants. Si pour certains, cette prérogative ne peut être qualifiée à proprement parler de « procédure d'alerte », il n'en reste pas moins qu'elle permet d'alerter le dirigeant.

### **3-Procédure d'alerte des associés**

**709.** Cette prérogative permet d'alerter les dirigeants sur la situation obérée de la société. Par ailleurs, la surveillance exercée par les associés sur la gestion sociale et le pouvoir d'interroger le dirigeant sur certains faits de gestion, place cette procédure au sein des mécanismes de contrôle de la gestion des sociétés commerciales<sup>546</sup>. Lorsqu'elle est mise en œuvre, la marche à suivre est la suivante.

**710.** Ce droit peut être mis en œuvre deux fois par exercice lorsque des faits de nature à compromettre la continuité de l'exploitation justifient une interrogation<sup>547</sup>. Les termes employés par le législateur sont les mêmes que ceux choisis pour définir le critère de déclenchement de la procédure d'alerte du commissaire aux comptes. Cette identité implique de retenir une appréciation unique de la notion.

**711.** Dans les sociétés à responsabilité limitée, le gérant a un délai d'un mois pour répondre à la question posée par l'associé concerné. Elle est transmise dans le même délai au commissaire aux comptes s'il en existe un. Dans les sociétés par action, la question est posée au président du conseil d'administration ou au directoire. Leur réponse doit être formulée par écrit dans un délai d'un mois également. La transmission au commissaire aux comptes est également prévue par le législateur.

**712.** Si la finalité des procédures d'alerte internes étudiées est en priorité la détection précoce de difficultés dans l'entreprise, il n'en reste pas moins que ces dispositifs d'alerte sont des mécanismes de contrôle de la gestion des dirigeants. Lorsque l'alerte émane d'associés ou du comité d'entreprise elle peut être utilisée dans une voie contentieuse. Dans le même sens, ces organes sociaux peuvent aussi mettre en œuvre une procédure non plus de droit des sociétés mais de droit commun. Il s'agit de l'expertise *in futurum*.

---

<sup>546</sup> L'alerte des associés s'applique dans les SARL et les sociétés anonymes. De plus à défaut de clause contraire dans les statuts, elle s'applique également dans les sociétés par actions simplifiées, ainsi que dans la société en commandite par actions.

<sup>547</sup> L'article L. 223-36 du C.com. pour les SARL précise que cette prérogative est offerte à tout associé. Tandis que l'article L. 225-232 du C.com. pour les sociétés anonymes impose de représenter au moins 5% du capital social. En outre une association répondant aux conditions fixées par décret peut aussi exercer ce droit d'alerte.



## B-Un mécanisme d'expertise de droit commun

**713.** A propos des mécanismes de contrôle de la gestion des sociétés commerciales, il ne faut pas se cantonner au droit spécial des sociétés car il existe également un dispositif de droit commun. Lorsqu'aucune règle spéciale n'a été prévue ou lorsque le régime imposé par celles-ci est trop restrictif, il est possible de faire appel au droit commun de l'expertise. Dans ce contexte, l'expertise de gestion mise en œuvre se fera suivant les règles de l'expertise judiciaire. C'est le cas de l'expertise *in futurum* autrement appelée référé probatoire de l'article 145 du Nouveau code de procédure civile<sup>548</sup>. Toutefois, l'intérêt ici n'est pas d'exposer le régime général du référé probatoire mais seulement son application en matière d'expertise de gestion.

**714.** Selon l'article 145 du Nouveau code de procédure civile « *s'il existe un motif légitime de conserver ou d'établir avant tout procès la preuve de faits dont pourrait dépendre la solution d'un litige, les mesures d'instruction légalement admissibles peuvent être ordonnées à la demande de tout intéressé, sur requête ou en référé* ». Son intérêt est d'ordre probatoire. Il s'agit d'établir ou de conserver des faits avant tout procès. Elle intervient généralement dans l'optique d'une éventuelle action en justice postérieure.

**715.** Cette expertise est ouverte à tout intéressé ; néanmoins en matière d'expertise de gestion, elle intéresse principalement les associés ou actionnaires selon la forme sociale considérée. Dès lors qu'il existe un « motif légitime » ces derniers pourront solliciter une expertise préventive<sup>549</sup>. La jurisprudence est assez claire, le demandeur « *doit justifier d'éléments rendant crédibles ses suppositions et démontrer que les preuves obtenues seraient de nature à alimenter un procès*<sup>550</sup> ». Le motif légitime est donc soumis à l'appréciation souveraine des juges du fond. Les juges l'ont admis notamment lorsqu'il y a eu de nombreuses anomalies dans la gestion, des fautes dans l'établissement des comptes ou encore ... En sens inverse, la demande est rejetée lorsqu'il n'existe aucun risque de déperissement des preuves, ou lorsque l'expertise ne présente aucun intérêt compte tenu d'une demande reconventionnelle en nullité<sup>551</sup>. Lorsqu'un motif légitime est acquis, le juge ordonne des mesures d'instructions, qu'il limite cependant à la preuve de faits dont peut dépendre la solution du litige<sup>552</sup>. Une

---

548 Sur le sujet voir notamment : Cadiet, *Brèves observations sur l'expertise préventive en droit des sociétés* in *Mélanges Jeantin*, Dalloz, 1999, p. 151.

549 L'exigence de motif légitime est le seul verrou de l'application de l'expertise *in futurum*.

550 CA Paris, 22 mars 2006, n° 05-17.089.

551 CA Paris, 29 Fév. 2008, Rev. soc. 2008, p. 433, note I. Urbain-Parleani.

552 Cass. com., 16 juin 1998, n° 96-20.182 ; Cass. 2e Civ., 24 sept. 2015, n° 14-19.012, BJS 2015, p. 624, note G. Gil.

dernière précision s'impose, l'expertise *in futurum* ne peut être ordonnée si un procès au fond est déjà en cours<sup>553</sup>.

**716.** La procédure à proprement parler n'impose que peu de développements. Le juge est saisi en référé. L'urgence n'est cependant pas requise par les juges. Une fois le motif légitime admis, le juge nomme un expert et détermine sa mission. Dès lors, les conditions de cette dernière sont beaucoup moins restrictives que celles prévues par l'expertise de gestion en droit des sociétés. En ce sens, elle peut notamment être exercée dans toutes les sociétés commerciales sans limitation quant à la forme sociale considérée ou être intentée à l'échelle du groupe sans difficultés. Ce domaine illimité d'application pose alors la question de la relation existante entre ces deux expertises.

**717. Relations entre l'expertise de gestion et l'expertise *in futurum***<sup>554</sup> - Depuis près de quatre décennies, la doctrine fait écho d'un rapport houleux entre ces deux expertises. Ce rapport de force entre l'expertise du droit des sociétés et son homologue de droit commun, a été nourri par la jurisprudence qui s'est toujours refusée à prononcer la primauté de l'expertise de droit spécial par rapport à l'expertise *in futurum*. L'absence de rapport hiérarchique octroie selon une partie de la doctrine, le pouvoir à l'associé de choisir entre la « *porte étroite de l'expertise de gestion [et] le boulevard de l'expertise in futurum* »<sup>555</sup>. Dès lors, cela aurait eu comme conséquence une subversion de l'expertise de gestion et permis en sens inverse, à l'expertise préventive de prospérer, créant ainsi une concurrence indélicate et déloyale à l'expertise prévue par le droit des sociétés<sup>556</sup>.

**718.** Malgré ces considérations, la jurisprudence maintient sa position. La mise en œuvre d'une expertise de gestion ne fait pas obstacle à ce qu'une expertise soit ordonnée sur le fondement de l'article 145 du code de procédure civile. Voici l'enseignement donné par la Cour de cassation dans un arrêt du 15 septembre 2015<sup>557</sup>. Elle le présente aucun caractère subsidiaire par rapport à l'expertise de gestion<sup>558</sup>. En conséquence, cela signifie que les associés d'une société comprise dans le champ de l'expertise de gestion de droit spécial, ont la possibilité de recourir à l'expertise *in futurum*, et ce, même s'ils satisfont par ailleurs les

---

<sup>553</sup> Cass. com., 3 avril 2013, n° 12-14.202, Rev. soc. 2014, p. 30, note A. Cerati-Gauthier.

<sup>554</sup> I. Urbain-Parleani, *L'expertise de gestion et l'expertise in futurum*, Rev. soc. 2003, p.223.

<sup>555</sup> F.-X. Lucas, note sous CA Paris, 4 sept. 1998, BJS 1999, n° 42, p. 250.

<sup>556</sup> En ce sens voir notamment : J. Moury, *Expertise de gestion : la concurrence indélicate de l'article 145 NCPC*, in *Dialogues avec M. Jeantin*, Dalloz, 1999, p. 297 ; A. Viandier, note sous T. com. Paris, 27 juin 2002, JCP E 2002, II, n° 1253.

<sup>557</sup> Cass. com., 15 sept. 2015, n° 13-25.275, BJS 2015, n° 11, p. 581, note G. Gil.

<sup>558</sup> Cass. com., 18 oct. 2011, n° 10-18.989, RTD. com. 2011, p. 766, note P. Le Cannu et B. Dondero ; D. 2011, p. 2596, obs. A. Lienhard ; BJS 2012, p. 116, note B. Dondero.

conditions d'application du texte spécial. Il n'existe pas de concurrence entre ces deux mécanismes dans la mesure où ils ne répondent pas à la même finalité. « *L'article 145 n'est donc pas réservé aux déçus ou aux exclus de l'article L. 225-231* <sup>559</sup> ». La jurisprudence dessine plutôt d'une relation de complémentarité entre ces deux institutions. « *Dès lors que la première a été menée à terme et a fait l'objet d'un rapport qui présente des carences, la seconde doit pouvoir prendre le relais afin de l'étayer* <sup>560</sup> ».

---

<sup>559</sup> P. Le Cannu et B. Dondero, *La coexistence de l'expertise in futurum et de l'expertise de gestion, C. pr. civ., art. 145 et C. com., art. L. 225-231*, RTD com. 2011, p. 766.

<sup>560</sup> S. Prévost, *Complémentarité de l'expertise de gestion et de l'expertise in futurum ?* Rev. soc. 2015, p. 667.



## ***Conclusion du Chapitre II***

**719.** Le législateur organise des procédures et élabore des mécanismes permettant de vérifier la régularité de la gestion. A ce titre, l'information comptable et financière est analysée afin de vérifier que le dirigeant a respecté les normes en vigueur. Pour procéder à cette vérification, le législateur se devait de concevoir en parallèlement des procédures de contrôle, un référentiel édictant les normes et obligations à respecter pour produire l'information comptable. Ce cadre normatif qui s'impose aux dirigeants de sociétés commerciales est donc également un paramètre indispensable du système de contrôle de la gestion.

**720.** Quant aux mécanismes de contrôle *stricto sensu*, leurs nombres varient suivant la taille de la structure sociale. Dans les petites structures, les dispositifs de contrôle des comptes sont réduits à ceux dont disposent les associés à titre individuel et collectif. En revanche, dans les structures de taille importante ainsi que dans les sociétés cotées, les instruments de contrôle se multiplient. Aux mécanismes à disposition des associés s'ajoute un contrôle légal des comptes par le commissaire aux comptes qui met en œuvre une série de vérifications. Les organes de contrôle des sociétés anonymes sont eux aussi naturellement dotés de prérogatives de contrôle quant à la régularité des comptes sociaux. A cette énumération doit figurer le pouvoir de contrôle du comité d'entreprise en la matière. Enfin, les sociétés cotées appellent l'intervention d'un contrôle comptable encore plus rigoureux auquel participe le comité d'audit et l'Autorité des marchés financiers.

**721.** Du point de vue des procédures de contrôle de la gestion, le législateur suit une logique binaire. La gestion annuelle est sous étroite surveillance suivant la forme sociale considérée. Si dans les sociétés de personne, le contrôle de la gestion se limite au quitus de la gestion donné à l'occasion de l'assemblée générale annuelle, d'autres procédures viennent rétrécir le maillage du contrôle dans les autres formes sociales. C'est ainsi que des mécanismes de contrôle permanents complètent l'approbation annuelle de la gestion et ses mécanismes de contrôle de l'information rattachés. Le mécanisme des conventions réglementées ainsi que celui des autorisations préalables durcissent le contrôle de la gestion. Toutefois, en sus d'une étroite surveillance et d'un contrôle *a priori* de la gestion, certaines décisions sociales peuvent aussi faire l'objet d'une expertise.

**722.** Le législateur prévoit plusieurs types d'expertises dont le fondement juridique est différencié. Cela étant, qu'elles soient de droit commun ou issues du droit des sociétés, elles ont toutes pour but de permettre la surveillance de la bonne marche de la société. Qu'elles fassent ou non intervenir un expert, l'objectif du législateur est de concéder à certains organes sociaux, des pouvoirs de contrôle afin d'apprécier la régularité d'opérations de gestion.



## ***Conclusion du titre II***

**723.** Inexorablement ce second titre conduit à des développements descriptifs. Le domaine du sujet d'étude ouvert aux sociétés commerciales les plus usuelles implique nécessairement pour chaque élément à considérer, d'étudier la manière dont chacun d'eux est décliné au sein des différentes formes sociales. Plusieurs arguments viennent justifier la méthode employée ; le caractère descriptif n'étant pas toujours une composante négative.

**724.** D'une part, ce parti pris se justifie par l'essence de la première partie de cette thèse. C'est l'objet même de cette première partie que de procéder à ce large inventaire. Le contrôle légal de la gestion est organisé en multipliant les organes détenteurs de pouvoirs de surveillance, les procédures de contrôle et ce de manière spécifique pour chacune des formes sociales. L'intérêt est donc de faire œuvre de synthèse.

**725.** D'autre part, ce *vade-mecum* est un préalable nécessaire. L'approche systémique du sujet impose d'analyser avec attention l'ensemble des composants du système. Sous l'angle du contrôle légal, cela implique d'analyser à la fois les dispositions informationnelles dans la mesure où la transparence est une condition du contrôle ainsi que les différentes procédures permettant d'apprécier la gestion des sociétés commerciales.

**726.** Enfin la technicité et la précision du législateur dans les domaines de l'information et des procédures de contrôle commandent de s'astreindre dans l'exposé des dispositions, à la même rigueur que celle mise en œuvre par le législateur dans l'élaboration de son système de contrôle de la gestion.





## ***Conclusion de la Première Partie***

**727.** L'ensemble des paramètres traités au sein de cet exposé conduit à attester de l'existence d'un système complexe de contrôle de la gestion dans les sociétés commerciales. Des instruments de source et de nature différentes se conjuguent. Une pluralité d'acteurs ainsi qu'une pluralité de mécanismes participent au contrôle de la gestion. Une impression d'*imbroglio* se manifeste lorsqu'on s'appesantit sur le sujet. De nombreux questionnements viennent en troubler la compréhension.

**728.** En l'absence de régime unitaire de contrôle de la gestion, pour chacune des formes sociales les problématiques suivantes se posent. *Quels sont les organes investis d'une prérogative de contrôle ? Quels instruments ont-ils à dispositions ? De quelle nature sont ces instruments ? Sous quelles conditions sont-ils en mesure d'exercer leur mission ? Quelles sont les modalités d'application de ces instruments ? S'agit-il d'un contrôle collectif, individuel ? A quel moment intervient le contrôle ? En d'autres termes, s'agit-il d'un contrôle a priori ou a posteriori ?*

**729.** L'ambition de ce premier développement est donc de tenter d'apporter une réponse aussi claire que possible à ces différentes questions ; de conférer une grille de lecture à celui qui porte un intérêt à la matière. Suivant cette finalité, le parti est pris de préciser le rôle et les attributions de chacun des protagonistes, pour finalement s'apercevoir que le contrôle de la gestion est de l'ordre du système. La grande diversité des éléments ayant leur importance dans le contrôle de la gestion des sociétés commerciales confirme la théorie du système et justifie l'approche du sujet.

**730.** L'ensemble de paramètres est agencé de manière à ce que le système fonctionne le mieux possible. L'analyse du sujet révèle en effet une ligne directrice. Le postulat de départ est que le système de contrôle de la gestion des sociétés commerciales est forgé autour d'un noyau dur à la périphérie duquel gravitent les mécanismes conventionnels permettant d'assouplir ou de durcir le contrôle de la gestion à la convenance des associés. Au gré des formes sociales, le curseur du contrôle varie allant d'une législation rigoureuse laissant peu de place au conventionnel à une législation libérale où les clauses contractuelles expriment tout leur intérêt.

**731.** Les sociétés anonymes ont cristallisé les interventions du législateur au fil des réformes. Il s'est attaché à rééquilibrer les pouvoirs en place, largement influencé par les préceptes du

gouvernement d'entreprise. Pour ce faire, les mécanismes de contrôle ont pris une place centrale. Pour autant, les autres formes sociales ne sont pas laissées de côté.

**732.** Les barrières entre les différentes formes sociales ne sont pas complètement étanches et les considérations du législateur ont pénétré le droit des sociétés dans son ensemble. L'information en est un bon exemple. Quelle que soit la forme sociale, un travail a été entrepris pour revaloriser l'information. En tant que pivot du contrôle, il était indispensable de revoir et d'intensifier la transparence au sein des sociétés commerciales. Quelle que soit sa nature, comptable ou relative à des opérations de gestion, l'information est au cœur du système de contrôle de la gestion des sociétés commerciales.

**733.** Dans le même sens, les procédures de contrôle *stricto sensu* sont également au centre d'une tendance réformatrice. Les autorités de contrôle se sont multipliées, leurs prérogatives se sont intensifiées et la nature des contrôles s'est diversifiée. Ainsi, le droit des sociétés offre une myriade de contrôles. Se côtoient notamment : un contrôle légal et un contrôle conventionnel, des contrôles *a priori* et des contrôles *a posteriori*, des contrôles de nature comptable ou de gestion, des contrôles de la régularité et des contrôles de l'opportunité de la gestion. Ainsi tout un panel de contrôles prend place en droit des sociétés commerciales, ce qui démontre l'existence d'un véritable système au sein duquel les différentes composants précédemment exposés sont agencés pour satisfaire un même objectif.

**734.** Cela étant, à la lumière des informations relatives au marché, la structure de l'économie française est composée en majorité de petites et moyennes entreprises. La forme sociale la plus usitée reste la société à responsabilité limitée. Or malgré les efforts du législateur, toutes les formes sociales ne sont pas imprégnées de la même manière par les dispositifs de contrôle de la gestion. Si la législation relative à la société anonyme influence le droit applicable aux autres formes sociales, cet impact reste à la marge. Par ailleurs, une autre donnée joue en défaveur du contrôle de la gestion, il s'agit des effets de seuils. Les petites structures ne bénéficient que d'un contrôle réduit de la gestion de leur dirigeant.

**735.** En raison de ces diverses données, une réflexion de synthèse s'impose à ce stade du raisonnement. Si le contrôle de la gestion diffère d'une forme sociale à l'autre, *qu'en est-il de l'efficacité de système global instauré par le législateur français ? Plus encore, au vu de tous les particularismes propres aux diverses structures, le système de contrôle parvient-il à un résultat efficace en matière de contrôle des dirigeants ?*

**736.** En outre, la performance des sociétés commerciales exige une certaine liberté laissée aux dirigeants sociaux quant à la gestion des affaires sociales. La liberté d'entreprendre des dirigeants favorise la croissance de l'économie. Cependant, une totale autonomie favorise les dérives et abus en tout genre. Il s'agit de parvenir à un juste équilibre. Dès lors, une question sous-jacente mérite d'être développée. *Le système de contrôle de la gestion mis en place par le droit des sociétés parvient-il à respecter cet équilibre ? Satisfait-il ses objectifs ?* Voici l'ensemble des interrogations dont l'enjeu sera d'apporter des réponses dans la seconde partie de notre étude.



**SECONDE PARTIE – L’EFFICACITÉ DU SYSTÈME DE  
CONTRÔLE DE LA GESTION**



**737.** Le travail législatif opéré par le législateur donnant lieu à des réformes multiples et quasi permanentes incite le juriste à reconnaître l'amélioration du système de contrôle de la gestion. L'arsenal législatif des dispositifs de contrôle conjugué aux libertés offertes par le législateur pour intensifier le contrôle par le contrat ont permis une avancée dans l'encadrement des affaires sociétaires. C'est en ce sens que s'est engagée la loi depuis plusieurs décennies. La recherche de l'efficacité (Titre I) a conduit le législateur à développer plusieurs axes de réformes. La garantie d'une transparence dans le fonctionnement sociétaire et la responsabilité des contrôleurs permettent d'assurer la réalité d'un contrôle, tandis que les sanctions à l'égard des dirigeants assurent une fonction normative et corrective.

**738.** Cela étant, malgré l'amélioration du système de contrôle de la gestion, l'efficacité de celui-ci reste encore limitée (Titre II). Des lacunes dans le système portent atteinte à son efficacité. Bien qu'en théorie, le contrôle pourrait être exercé, la pratique révèle quant à elle un manque de pragmatisme dans les solutions législatives adoptées. *Cela nécessite-t-il de nouvelles réformes ?* Cette seconde partie s'attachera à apporter des éléments de réponses.



## **TITRE I - UNE EFFICACITÉ RECHERCHÉE**



**739.** L'ambition avérée du législateur depuis les débuts du mouvement de la *Corporate Governance* est d'améliorer le fonctionnement des sociétés commerciales dans le sens d'un meilleur contrôle de leur gestion. Une des problématiques était de réhabiliter le contrôle de l'action des dirigeants sociaux. Pour ce faire, le législateur n'a cessé d'entreprendre des réformes pour atteindre cet objectif. L'analyse de l'évolution législative, incite à s'interroger sur le résultat obtenu. Toutefois, « *avant de rechercher si une norme peut être efficace ou efficiente, encore convient-il de savoir si elle est effective*<sup>561</sup> ». Suivant ce postulat, pour être efficace une norme doit d'abord s'appliquer, c'est-à-dire être effective. Dès lors, l'étude de l'efficacité du contrôle de la gestion ne pourrait faire l'économie de la question préalable de l'effectivité. C'est ainsi que seront successivement abordées ces deux notions complémentaires<sup>562</sup>.

**740.** L'effectivité du contrôle (Chapitre I) consiste à s'interroger sur les voies empruntées par le législateur afin de garantir l'exercice concret d'un contrôle de la gestion par les organes dotés de telles prérogatives. Quant à l'étude de l'efficacité du contrôle (Chapitre II), elle s'attachera à démontrer les avancées notables en termes de contrôle, permettant à ce dernier d'atteindre la finalité poursuivie par le législateur.

---

<sup>561</sup> C. Jourdain-Fortier, *Voyage au cœur de l'empathie : Rapport de synthèse sur la Responsabilité Sociale des Entreprises*, RLDA 2013, n° 84, § 4697.

<sup>562</sup> Lorsqu'on parle d'effectivité, il s'agit de savoir si la norme analysée est mise en œuvre. Quant à l'efficacité, il s'agit de savoir si la norme au-delà de son application effective, atteint la finalité poursuivie par le législateur.



## Chapitre I - De l'effectivité du contrôle

**741.** L'effectivité désigne « *le caractère d'une règle de droit qui est appliquée réellement* <sup>563</sup> ». L'effectivité est la première étape à franchir dans un processus visant à améliorer l'efficacité du contrôle de la gestion. On le comprend aisément, l'absence de contrôle, conduit à l'impossibilité pour celui-ci d'atteindre la finalité escomptée. Or, l'analyse du droit des sociétés en la matière, mettait en relief la présence de lacunes au sein du système normatif qui favorisaient l'ineffectivité du contrôle. Soucieux de réformer le droit et d'optimiser le contrôle des affaires sociales, le législateur accompagné par la jurisprudence a entrepris des réformes.

**742.** Ainsi en vue de s'assurer de la mise en œuvre réelle d'un contrôle des dirigeants par les organes sociaux, le législateur a élaboré une stratégie autour de deux axes. Elle consiste dans un premier temps, à valoriser les organes bénéficiant de prérogatives de contrôle (Section I), puis dans un second temps à les responsabiliser afin de s'assurer de l'exercice par ces derniers d'un contrôle effectif (Section II).

### Section I - La valorisation des organes de contrôle

**743.** La valorisation des organes de contrôle doit être appréhendée comme l'amélioration des conditions d'exercice de leurs prérogatives (§1), combinée à l'extension du domaine de leur pouvoir de contrôle (§2). En cherchant à optimiser les conditions de mise en œuvre du contrôle de la gestion par ces organes, le législateur garantit dans une certaine mesure de son effectivité.

#### §1- L'amélioration des conditions du contrôle

**744.** Le caractère systémique du contrôle de la gestion impose de considérer non pas seulement les mécanismes de contrôle mais aussi l'environnement de celui-ci dans la mesure où l'environnement<sup>564</sup>, qui peut se définir tout ce qui entoure le contrôle, a une influence directe sur celui-ci. Dès lors, le législateur a compris la nécessité d'optimiser non pas seulement les mécanismes de contrôle *stricto sensu*, mais d'étendre son effort aux conditions qui permettent de placer les organes dans une position favorable pour exercer leur contrôle. A ce titre, ont été édictées des mesures qui tendent à favoriser la participation des associés (A) ainsi que celle des autres organes de contrôle (B).

---

<sup>563</sup> G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, PUF, 11<sup>ème</sup> éd., 2016.

<sup>564</sup> Cette expression d'environnement du contrôle ne doit pas être confondue avec celle employée en matière de contrôle interne par le référentiel COSO, pour désigner les valeurs diffusées dans l'entreprise.

## **A-Les réformes visant à favoriser la participation des associés**

**745.** « *De l'avis du groupe, l'assemblée générale traditionnelle en tant que réunion physique des actionnaires est incapable, dans sa forme actuelle, de faire ce qu'on attend d'elle aujourd'hui. L'actionnariat des sociétés étant de plus en plus international, qu'il s'agisse d'investisseurs institutionnels ou de particuliers, la grande majorité des actionnaires n'est pas en mesure d'assister physiquement aux assemblées générales de leur société*<sup>565</sup> ». Ce constat exigeait du législateur une modernisation du droit des sociétés. L'introduction de nouveaux dispositifs était essentielle afin de s'assurer d'une meilleure participation des associés à l'assemblée générale (a). Toutefois, l'assemblée n'est pas exclusive de tout contrôle. Des prérogatives en ce domaine peuvent être mises en œuvre hors assemblée. Encore fallait-il améliorer la participation des associés au contrôle en facilitant les modalités d'exercice de ces prérogatives (b). C'est à quoi s'est également employé le législateur.

### **a-La promotion de la participation des associés à l'assemblée générale**

**746.** Deux mécanismes coexistent pour représenter les associés en assemblée. Qu'il s'agisse d'une participation directe (1) ou par voie de représentation (2), l'enjeu était d'optimiser les deux afin d'améliorer l'effectivité du contrôle des associés par le biais d'une meilleure participation des associés à l'assemblée générale.

#### **1-La valorisation d'une participation directe**

**747.** Il s'agit de rendre compte de façon synthétique et non exhaustive des mesures législatives et réglementaires entreprises afin de favoriser, en la facilitant, la participation des associés aux assemblées et leurs votes. « *Favoriser l'exercice souple et effectif des droits des actionnaires attachés aux actions avec droit de vote*<sup>566</sup> », telle est la démarche adoptée par le législateur français. *Pourquoi une telle démarche et en quoi est-elle en lien avec le contrôle de la gestion ?*

**748.** La désertion des assemblées générales par les actionnaires a été diagnostiquée comme l'une des causes du déficit de contrôle de l'action des dirigeants de sociétés anonymes. L'assemblée est le lieu où s'exerce l'examen de la gestion par le vote des associés. Encore faut-il que les associés soient présents pour mettre en œuvre leurs prérogatives de contrôle.

---

<sup>565</sup> Un cadre réglementaire moderne pour le droit européen des sociétés, rapport du groupe de haut niveau d'experts en droit des sociétés, spéc. p. 55.

<sup>566</sup> Préambule de la directive. V. égal. B. Lecourt in Rev. soc. 2006, p. 200 et du même auteur, Rev. soc. 2007, p. 191.

**749.** La tendance était à l'absentéisme des actionnaires dans les sociétés anonymes. Ces derniers préférant « voter avec leurs pieds »<sup>567</sup>. Or en leur absence, un pan entier du contrôle de la gestion est mis à mal. « *Renforcer les droits de contrôle des actionnaires implique de favoriser leur participation aux assemblées quel que soit l'endroit où ils résident* »<sup>568</sup>. Il fallait donc revoir les dispositifs légaux afin de favoriser l'exercice de leur droit de regard sur la gestion. Il est primordial de « *nourrir ce droit de contrôler et de critiquer le déroulement des affaires sociales* »<sup>569</sup>. Pour ce faire, le législateur a initié un travail normatif, visant en amont du contrôle, à inciter les associés et actionnaires à participer aux assemblées générales et à voter<sup>570</sup>. Il s'agit donc d'un autre élément du système de contrôle qu'il était important de revaloriser afin de s'assurer de l'effectivité de celui-ci.

**750. Faciliter la participation des associés aux assemblées** – Cet objectif s'est concrétisé à partir de 2001 avec la loi NRE. Jusqu'à cette loi, un actionnaire pouvait participer aux assemblées en y étant présent physiquement, en s'y faisant représenter ou en y votant par correspondance. La loi NRE a innové en ouvrant le droit de recours à des moyens de télécommunication ou de visioconférence lors des délibérations sociales<sup>571</sup>. L'utilisation de ces moyens pour le vote permet la représentation des actionnaires qui sont réputés présents pour le calcul du quorum et de la majorité. Cette mesure participe indubitablement à l'effectivité du contrôle de la gestion par les actionnaires en assemblée. Lorsque l'on sait que certains investisseurs institutionnels doivent participer à pas moins de 3000 assemblées générales par an, il n'est pas raisonnable d'espérer une participation si leur présence physique est exigée. De plus, sachant que le tiers du capital des sociétés cotées dans l'Union Européenne est détenu par des actionnaires non-résidents, des réformes étaient nécessaires pour faciliter l'exercice effectif de leur pouvoir et notamment celui de contrôle de l'action des dirigeants.

**751.** Pour perfectionner ce mode de participation, le législateur est intervenu à plusieurs reprises par voie réglementaire. Les décrets n° 2001-420 du 3 mai 2002<sup>572</sup> et du 11 décembre

---

<sup>567</sup> Expression communément employée en droit des sociétés désignant la pratique des actionnaires minoritaires préférant vendre leur participation plutôt que de contester la gestion sociale par l'exercice de leur droit de vote en assemblée générale.

<sup>568</sup> A. Quin, *Transformations du capitalisme et renforcement des droits de contrôle des actionnaires dans les sociétés cotées : l'approche du droit communautaire*, LPA 2007, n°159, p. 3.

<sup>569</sup> Guyon Y., *Droit des affaires*, t. 1, Economica, 12<sup>ème</sup> éd., 2003, n° 124.

<sup>570</sup> Cf. F. Deboissy, *L'essentiel des réformes : le renforcement de la démocratie actionnariale*, LPA 2007, n° 154, p.13.

<sup>571</sup> Sur le sujet V. : V. de Brosses et J. Haelling, *L'utilisation des moyens de télécommunication aux conseils et assemblées générales des sociétés anonymes*, BJS 2002, n°10, p. 1089 ; C. Cathiard, *L'utilisation des moyens de télécommunication pour la préparation et la tenue des conseils et assemblées des sociétés anonymes*, JCP E 2007, n° 20-21, 1660 ; H. Lecuyer, *Internet au secours de la démocratie actionnariale*, Rev. Com. com. électr. 2005, n°11, comm. 174.

<sup>572</sup> Cf. Y. Guyon, *Les dispositions du décret du 3 mai 2002 relatives aux assemblées générales d'actionnaires*, Rev. soc. 2002, p.421.

2006 n° 2006-1566, ont permis de préciser les modalités des dispositions légales qui permettent aux actionnaires de participer en temps réel par visioconférence ou par des moyens de télécommunication aux assemblées générales. L'ordonnance du 9 décembre 2010, transposant la directive du 11 juillet 2007 concernant l'exercice des droits des actionnaires de sociétés cotées, vise aussi à favoriser la participation effective des actionnaires aux assemblées générales. Elle retouche principalement les dispositions relatives à la représentation des actionnaires. De plus, un décret n° 2011-1473 du 9 novembre 2011 relatif aux formalités de communication en droit des sociétés apporte encore de nouvelles améliorations.

**752.** Si le droit de participation de l'associé est à dissocier du droit de vote<sup>573</sup>, ces droits sont imbriqués en situation de pleine détention de propriété. Le vote ne peut avoir lieu que si l'associé participe en amont à l'assemblée. D'ailleurs, l'assimilation de la présence virtuelle à la présence réelle de l'actionnaire a pour conséquence que ce dernier doit non seulement pouvoir assister aux délibérations, mais aussi intervenir dans les débats et voter.

**753. Faciliter le vote des associés par les outils électroniques** - Pour jouer pleinement leur rôle de contre-pouvoir ces derniers doivent pouvoir recourir au vote à distance. Sans rentrer dans le détail du vote à distance, l'intérêt est ici de montrer l'apport positif indéniable des outils électroniques quant à l'effectivité du contrôle. En effet, comme pour la participation des actionnaires aux assemblées, l'amélioration des modalités de vote favorise l'exercice de celui-ci. Or c'est grâce à leurs votes que les actionnaires peuvent exercer leur contrôle sur la gestion. Dès lors, il convenait en amont de faciliter le recours au vote. Le vote peut ainsi être exprimé avant l'assemblée ou bien être exprimé à distance et simultanément à l'assemblée générale<sup>574</sup>. Le législateur a introduit les outils électroniques de communication, que ce soit dans le vote à distance pendant l'assemblée ainsi que dans le vote par correspondance. Dans les deux cas il faut préciser que les statuts doivent prévoir cette modalité de vote et que la société doit en outre mettre en place un site internet à cette fin.

---

<sup>573</sup> Si l'arrêt de *Gaste* du 4 janv. 1994 (Cass. com., 4 janv. 1994, Bull. civ. IV, n° 10, D. 1994. IR. 40 ; Rev. soc. 1994, p. 278, note Lecène-Marénaud ; RTD civ. 1994, p. 644, obs. Zenati ; BJS 1994, p. 279), reconnaissait la dissociation du droit de vote et de participer aux assemblées, l'arrêt *Château d'Yquem* (Cass. com., 9 fév. 1999, Bull. Civ. IV, n° 4, D. 2000. Somm. 231, obs. Hallouin ; Rev. soc. 1999, p. 81, note Le Cannu ; RTD com. 1999, p. 902, obs. Reinhard ; JCP E 1999, n° 16, p. 724, note Guyon ; JCP 1999. II. 10168, note Blanc) semblait revenir sur ce principe et liait quant à lui, le droit de vote et celui de participer aux décisions collectives. Cependant, malgré les hésitations, la Cour de Cassation est venue clarifier la situation, d'abord par un arrêt du 22 fév. 2005 (Cass. com., 22 fév. 2005, n° 03-17.421, D. 2005. Pan. 1430, obs. Thullier, et 2952, obs. Hallouin et Lamazerolles ; Rev. soc. 2005, p. 353, note Le Cannu ; Dr. et patr. 2005, p. 102, obs. Poracchia), puis par un arrêt du 2 déc. 2008 (Cass. com., 2 déc. 2008, n° 03-17.421, D. 2009, p. 12, note Lienhard) en dissociant une bonne fois pour toute les deux droits.

<sup>574</sup> Cf. J-P. Valuet, *Le droit de vote des actionnaires en AG : le point sur deux sujets d'actualité Vote électronique des actionnaires-Vote des actionnaires non-résidents*, Rev. soc. 2014, n°7, étu. 13 ; M. Thouch, *Le vote électronique dans les assemblées générales d'actionnaires*, BJS 2008, n° 8, p. 734.



**754.** Lorsque l’Autorité des marchés financiers s’est interrogée sur la manière d’améliorer le fonctionnement des assemblées générales, elle a en premier lieu souligné que le système français fonctionnait globalement plutôt bien<sup>575</sup>. Il s’agissait donc d’apporter simplement quelques améliorations au régime de fonctionnement des assemblées. Avec du recul, ces mesures d’amélioration peuvent paraître non substantielles. Si pour certains, « *le fait d’autoriser la participation des associés par le moyen de la visioconférence ou de tout autre moyen de télécommunication ne saurait modifier profondément le comportement des abstentionnistes d’aujourd’hui* », il est possible de penser que ces dispositions modernisent et améliorent la tenue des assemblées et s’inscrivent dans la doctrine de la *corporate governance*.

**755.** S’il est délicat de mesurer les effets précis de ces réformes sur la participation actionnariale, il demeure indiscutable qu’associées avec la modification de la structure de l’actionnariat, et la montée en puissance des associations d’actionnaires, toutes ces mesures contribuent ensemble à une reconquête des assemblées par les propriétaires et de leurs droits au contrôle. L’amélioration des conditions de vote par le recours aux moyens électroniques notamment, a permis un regain d’intérêt pour les assemblées. « *Les avancées de la technologie permettent aux actionnaires de la gouvernance d’entreprise de jouer pleinement leur rôle ; ils pourront faire entendre leur voix où qu’ils se trouvent dans l’Union européenne (...) La voie électronique sera ainsi le support de la voix des actionnaires si ces derniers en ont la volonté et le courage*<sup>576</sup> ». Cette mobilisation des actionnaires favorise donc incontestablement l’exercice de leurs prérogatives de contrôle. « *L’amélioration du dispositif d’action des actionnaires est donc considérée comme un facteur de « régulation » de l’entreprise et plus spécialement comme un rééquilibrage du contrôle de la gestion de la société au profit des apporteurs de capitaux*<sup>577</sup> ». Dès lors, il est intéressant de présenter plus en détails les améliorations qui ont été apportées par le législateur.

**756. Le vote électronique pendant l’assemblée** – Le principe désormais établi est que l’actionnaire peut intervenir par télétransmission ou par visioconférence lorsque cette situation est envisagée dans les statuts de la société. Cette faculté est ouverte tant aux actionnaires de sociétés anonymes qu’aux associés de sociétés à responsabilité limitée depuis

---

<sup>575</sup> Il est important de souligner comme l’a fait l’ANSA, que la France « offrait aux assemblées d’actionnaires le plus de prérogatives » (ANSA, *L’amélioration des conditions de vote des actionnaires non-résidents des sociétés cotées françaises*, 2003).

<sup>576</sup> C. Malecki, *L’actionnaire sans frontières et la directive 2007/36/CE du 11 juillet 2007 concernant l’exercice de certains droits des actionnaires de sociétés cotées*, BJS 2007, n° 9, p. 927.

<sup>577</sup> L. Godon, *La protection des actionnaires minoritaires dans la loi relative aux nouvelles régulations économiques*, BJS 2001, n° 7, p. 728.

la loi LME<sup>578</sup>. Celle-ci permet dans cette dernière forme sociale, à tout associé de participer aux débats et de voter à distance en séance en ayant recours aux moyens de télétransmission. Toutefois, cette faculté n'est pas admise lors des assemblées générales annuelles statuant sur les comptes sociaux<sup>579</sup>.

**757.** Dans les sociétés anonymes, c'est la loi NRE du 15 mai 2001 qui a introduit la faculté pour les actionnaires de voter à distance pendant la séance par visioconférence puis par un moyen de télécommunication. Cette possibilité est néanmoins exclue pour les assemblées de porteurs de certificats d'investissement. Le décret de 2002 a précisé les modalités d'application de cette nouvelle prérogative parmi lesquelles figure notamment le devoir pour la société de consacrer un site internet à cet effet. En outre, le décret de 2002, avait admis la signature électronique pour matérialiser le vote de l'actionnaire avec une option à choisir pour les sociétés offrant cette modalité de vote à leurs actionnaires. Elles devaient recourir soit à une signature électronique sécurisée soit à une signature électronique simple ou conventionnelle améliorée. Toujours dans un souci de simplification, le décret de 2011, prévoit désormais que la signature électronique peut résulter d'un procédé fiable d'identification de l'actionnaire. Ce vote électronique à distance pendant la séance est à distinguer du vote à distance par formulaire électronique.

**758. Vote à distance par formulaire électronique** - Le décret du 3 mai 2002 a permis un regain d'intérêt pour le vote à distance grâce au formulaire électronique qui est venu remplacer le vote par correspondance. La voie postale est toujours possible, mais l'introduction de la voie électronique facilite le vote à distance. Cette nouvelle modalité exige une modification statutaire préalable, puisque les statuts peuvent limiter ce recours à la voie électronique à certaines assemblées. Le législateur a largement ouvert cette faculté puisque son usage est autorisé pour toute assemblée d'actionnaires. En facilitant la participation des actionnaires, sans recourir à un mandataire, le vote à distance par voie électronique permet à l'actionnaire ne pouvant assister en personne, d'exprimer malgré tout de manière plus simple, son opinion sur la gestion sociale.

**759.** En outre, la même logique a été suivie pour faciliter la communication de l'information aux actionnaires. L'actionnaire doit avoir où qu'il soit, les mêmes possibilités d'accès aux processus d'information et de communication. A cette fin, il était primordial pour le législateur de moderniser l'information, par le recours aux nouvelles technologies. Ainsi

---

<sup>578</sup> La loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie dite LME.

<sup>579</sup> Art. L. 223-27 du C. com.

conjointement avec l'effort d'amélioration de la participation des actionnaires, le législateur a modernisé l'information par des moyens de communication électroniques. Certaines informations préalables aux assemblées de sociétés cotées doivent être publiées sur le site internet de la société<sup>580</sup>. De même, les questions écrites posées en relation avec l'ordre du jour de l'assemblée peuvent être envoyées par voie de télécommunication électronique et facilitent donc l'exercice de la prérogative de contrôle. Les réponses des dirigeants figurent également sur le site. De même des demandes de projets de résolutions peuvent être adressées par voie de courrier électronique. Une autre mesure très récente a été prise par le législateur dans le but de favoriser l'exercice du droit de vote

**760. Droit de vote double** - Le droit de vote double était déjà connu dans les sociétés par actions lorsque cette prérogative était prévue par les statuts. Si ce droit renforce le poids des actionnaires dans le contrôle de la gestion, encore fallait-il qu'il fasse l'objet d'une disposition statutaire. La loi du 29 mars 2014 n° 2014-384, est une avancée en la matière. Par cette dernière le législateur pose à l'article L. 225-123 alinéa 3 du code de commerce<sup>581</sup>, le droit de vote double comme le principe en vigueur dans les sociétés dont les actions sont admises aux négociations sur un marché réglementé. Désormais la logique s'inverse. Les statuts devront prévoir une clause supprimant le droit de vote double, attribué automatiquement aux actionnaires dont les actions sont entièrement libérées et pour lesquelles il est justifié d'une inscription nominative depuis deux ans au nom du même actionnaire. Désormais, il faudra une majorité qualifiée en assemblée générale extraordinaire pour y faire obstacle.

**761.** L'ensemble de ces mesures dont l'énumération n'est pas exhaustive ont incontestablement un effet positif sur l'exercice du contrôle de la gestion. Enfin, dans le même sens, le législateur s'est attaché à faciliter la transmission des droits de contrôle de l'actionnaire.

## **2-Facilitation de la transmission des droits de contrôle de l'actionnaire**

**762.** Deux mesures principales peuvent être citées pour illustrer la volonté du législateur de faciliter la transmission des droits de contrôle de l'actionnaire dans le but de favoriser leur exercice. Le législateur combine la libéralisation du vote par procuration, avec le recul de la nullité impérative afin de rendre plus effective cette nouvelle liberté.

---

<sup>580</sup> Les informations des articles R. 210-20 et R. 225-73-1 du C.com. créés par le Décret n° 2010-684 du 23 juin 2010, art. 2 et 5 doivent être publiées sur le site internet de la société.

<sup>581</sup> Sur le sujet : P-H. Conac, *Obligation pour les sociétés cotées d'instaurer des droits de vote double sauf vote contraire, texte voté en première lecture par l'Assemblée nationale le 1er octobre 2013*, Rev. soc. 2014, p. 64 ; D. Mpindi, *Loi « Florange » : les mesures en faveur de l'actionariat de long terme*, RLDA 2014, n° 94.

**763. Libéralisation du vote par procuration** - Le principe selon lequel tout actionnaire a la faculté de se faire représenter lors d'une assemblée générale existe depuis longtemps en droit français. La représentation implique la transmission des droits de l'actionnaire à son représentant<sup>582</sup>. Cette transmission se réalise au moyen d'une convention que l'on retrouve sous le vocable de procuration. Jusqu'à une réforme récente la détermination du mandataire était conçue de manière restrictive par le législateur français.

**764.** Jusqu'à l'ordonnance du 9 décembre 2010, la règle était qu'un actionnaire pouvait se faire représenter soit par un autre actionnaire, soit par son conjoint (C. com., art. L. 225-106-I, al. 1<sup>er</sup> ancien). Conscient<sup>583</sup> de la nécessité de favoriser le vote des actionnaires en assemblées et sous l'influence du droit communautaire, le législateur a entrepris de libéraliser les bénéficiaires de la procuration. En effet, la Commission européenne a d'abord consacré le principe du transfert de l'exercice du droit de vote dans la directive Transparence de 2004. Puis l'objectif de cette dernière a été de libéraliser ce droit au profit de toute personne dotée de la capacité juridique à recevoir une procuration. C'est ainsi que, la directive du 11 juillet 2007, impose une ouverture de la représentation des actionnaires au sein des sociétés dont les négociations sont admises sur un marché réglementé. La directive tend à ne plus vouloir réserver ce droit de procuration au bénéfice de personne ayant la qualité d'actionnaire. A ce titre, n'importe qui pourra représenter l'actionnaire pour une ou toutes les assemblées. Prenant acte de cette position, l'ordonnance de 2010 modifie le droit français en ce sens<sup>584</sup>. Si la liste est juste complétée dans les sociétés anonymes et les sociétés en commandite par actions non cotées par le partenaire partie à un PACS, en revanche pour les sociétés admises aux négociations sur un marché réglementé<sup>585</sup>, la représentation est désormais ouverte à toute personne physique ou morale de son choix. Le droit reconnaît par la présente ordonnance, à l'instar de ce qui existe déjà au Royaume-Uni, un droit illimité de désigner toute personne comme mandataire pour assister et voter aux assemblées générales en leur nom.

---

<sup>582</sup> Il s'agit d'un mandat de droit commun régi par l'article 1984 du Code civil. Selon la théorie de la représentation (cf., sur la théorie de la représentation, Didier Ph., *De la représentation en droit privé*, LGDJ, 2000 ; Gaillard E., *Le pouvoir en droit français*, Economica, 1985 ; Chen C.-W., *Apparence et représentation en droit positif français*, LGDJ, 2000 ; Storck M., *Essai sur le mécanisme de la représentation dans les actes juridiques*, LGDJ, 1982), le mandataire agit au nom et pour le compte du mandant. Il est donc considéré comme exprimant son vote à l'assemblée.

<sup>583</sup> Le législateur n'a pas suivi l'avis du Groupe de travail de l'AMF présidé par Monsieur Yves Mansion qui préférerait maintenir le principe en vigueur à savoir celui de réserver l'accès aux assemblées générales aux actionnaires.

<sup>584</sup> V. sur le sujet : P. Rosenpick, *Le droit de participation aux décisions collectives renforcé pour les actionnaires de SA et de SCA*, RLDA 2011, n° 60 ; JCP G 2010, 1293 ; B.Lecourt., *Directive n° 2007/36/CE du 11 juillet 2007 concernant l'exercice de certains droits des actionnaires de sociétés cotées : suite et fin de la transposition par la France*, Rev. soc. 2011, p. 130.

<sup>585</sup> Qu'il s'agisse d'une SA ou SCA cotée sur un marché réglementé.

**765.** Cette position permet à un actionnaire empêché de se faire représenter et d'exercer par procuration son droit de contrôle sur la gestion des dirigeants. Comme le souligne la doctrine, cette nouvelle modalité pourra ouvrir la voie aux mandataires professionnels et limiter la pratique critiquable des pouvoirs en blanc<sup>586</sup>. « *Il est naturel que l'investisseur en actions des sociétés étrangères s'adresse à un professionnel spécialisé pour conserver et gérer ses titres*<sup>587</sup> ». L'éloignement, la difficulté d'assimiler la législation locale étrangère poussent les actionnaires notamment étrangers à abandonner leur droit au contrôle. La libéralisation du vote par procuration participe au réinvestissement de leurs prérogatives par les actionnaires, ce qui par conséquent peut accroître l'effectivité du contrôle de la gestion.

**766.** Toutefois, cette libéralisation bouleverse les traditions juridiques françaises, en considération desquelles les assemblées sont un lieu sacro-saint exclusivement réservées aux actionnaires sauf exceptions légales<sup>588</sup>. « *Cela revenait purement et simplement à abandonner la règle de l'affectio societatis solidement ancrée dans le droit français*<sup>589</sup> ». A la réflexion, une des conséquences de cette ouverture est notamment de favoriser l'exercice des droits de contrôle par des intermédiaires professionnels. *Est-ce une mauvaise chose ?*

**767.** S'il est certain que cette libéralisation de la procuration pourrait entraîner à l'instar des Etats-Unis, la prolifération de sociétés spécialisées dans le ramassage de titres et par conséquent entraîner un recul de la participation directe des actionnaires aux assemblées, cette pratique n'est pas forcément négative. En effet, on peut estimer que le contrôle de l'action des dirigeants exerçant sur des marchés financiers exige des compétences de plus en plus spécialisées. D'ailleurs, la transparence imposée par les marchés financiers oriente l'information beaucoup plus vers un « *public d'averti, capable d'évaluer des estimations et souhaitant connaître la réalité cachée derrière les chiffres*<sup>590</sup> ». Dès lors l'exercice des droits de contrôle par des intermédiaires professionnels participe à l'effectivité du contrôle. « *En confiant un pouvoir inédit aux intermédiaires, la libéralisation de la procuration va servir de levier aux changements de règles de gouvernance introduites au fil des réformes nationales de ces dernières années et qui avaient eu des effets limités du fait de la passivité des*

---

<sup>586</sup> Cette pratique consiste à donner procuration sans indication de mandataire. Dans ce cas, le dirigeant émet un vote dans un sens qui valorise ses intérêts. Le président de l'assemblée générale doit utiliser les « pouvoirs en blanc, » même lorsque, pour ses propres actions et pour des procurations libellées à son nom, il se trouve privé du droit de vote par exemple pour l'approbation des conventions visées aux articles L. 225-38 et suivants du C.com et auxquelles il serait intéressé ». (J. Mestre, D. Velardocchio et A.-S. Chami-Mestre, op. cit., n° 3934).

<sup>587</sup> J.-P. Valuet, *L'identification des actionnaires des sociétés cotées, Le rapport du groupe de travail réuni à l'ANSA*, Rev. soc. 1996, p. 707 et s., spéc. p. 727.

<sup>588</sup> L'assemblée n'a pas un caractère public comme l'affirme la jurisprudence. V. not. : Cass. crim., 26 mai 1994, n° 92-83.095, Rev. soc. 1994, p. 774, note B. Boulloc ; JCP E 1995, II, 644, note H. Le Nabasque.

<sup>589</sup> F. Autret, *Droit de vote en Europe, la libéralisation aménagée*, L'Agefi hebdo 2006, p. 18.

<sup>590</sup> M.-D. Leibler, *La remise en cause de l'information du public et des actionnaires aux États-Unis*, RIDC 1984, n° 3, p. 539.

*actionnaires*<sup>591</sup>». Cette tendance va dans le sens de la politique européenne résolument favorable aux intermédiaires professionnels. Par ailleurs, une réglementation a été édictée pour contenir les éventuels abus de ces nouveaux professionnels<sup>592</sup>.

**768. Recul de la nullité impérative-** L'utilisation des moyens de communication engendre de nouveaux risques dans le bon déroulement des assemblées. Pour limiter de trop grandes annulations concomitamment à ces améliorations, le législateur a modifié la sanction qui prévoyait que les délibérations des assemblées générales prises en violation des dispositions régissant les droits de vote attachés aux actions étaient frappées de nullité impérative. La loi n° 2006-237 du 31 mars 2006 substitue la nullité facultative à la nullité imposée par les textes à l'article L. 235-2-1 du code de commerce. Son prononcé est désormais laissé en ce domaine, à l'appréciation du tribunal. Ce dernier a la faculté de ne pas prononcer la nullité encourue si l'incident qui a perturbé le déroulement des opérations de vote n'a eu aucun effet sur l'adoption ou le rejet des délibérations. En procédant ainsi, le législateur confère plus d'effectivité aux dispositions visant à favoriser le vote et la participation des actionnaires. « *On peut gager que le récent remplacement de la nullité de plein droit (encourue y compris en cas d'erreur technique !) par une nullité facultative des délibérations prises en cas de violation des dispositions régissant les droits de vote attachés aux actions contribuera à développer le recours au vote électronique au sein des assemblées d'actionnaires des sociétés cotées* »<sup>593</sup>.

**769.** Les efforts du législateur témoignent d'une volonté encourageant la participation et l'exercice de leurs prérogatives par les actionnaires. Grâce à ces mesures, l'effacement n'est plus aujourd'hui un phénomène permanent. « *L'amélioration des procédures de vote, par le recours aux moyens électroniques a permis un certain renouveau des assemblées. Et, depuis quelques années, on a pu souvent constater un regain d'intérêt pour elles et pour la conquête du pouvoir en leur sein* »<sup>594</sup>. Les actionnaires font preuve aujourd'hui d'un activisme renforcé au sein des sociétés, qui se manifeste notablement lors des assemblées générales au cours desquelles éclatent les luttes de pouvoirs qui parviennent jusque dans les prétoires des salles d'audiences<sup>595</sup>. Pour preuve, la fréquentation aux assemblées de sociétés cotées est en hausse

---

<sup>591</sup> F. Autret, art. cit., p. 19.

<sup>592</sup> L'article L. 225-106-1 du C.com. impose au mandataire de révéler un potentiel conflit d'intérêt. De même, un nouvel article L. 225-106-2 du même code encadre les pratiques de sollicitation active de mandats, qui pourraient se développer.

<sup>593</sup> Chronique par B. Dondero et M. Galland et F. Leplat et F.-M. Laprade et J.-M. Moulin, *Droit des marchés financiers*, JCP E 2007, n° 8, 1218, § 14.

<sup>594</sup> J. Mestre, D. Velardocchio et A.-S. Mestre-Chami, op. cit., n° 3818.

<sup>595</sup> Couret A., Rapport de synthèse, *Splendeurs et misères du gouvernement d'entreprise*, Colloque Amiens du 21 mars 2003, LPA 2004, n° 31, p. 55.

depuis plusieurs années<sup>596</sup>. Partant, c'est un facteur en faveur de l'amélioration de l'effectivité du contrôle de la gestion. Toutefois, il faut nuancer la portée de ces dispositions. Si elles favorisent la participation des actionnaires, nombreuses sont encore les sociétés dans lesquelles les actionnaires et associés ne se montrent pas réactifs malgré les avancées.

**770.** Dès lors, la volonté de promouvoir la participation des associés en assemblée n'est pas le seul moyen employé par le législateur pour rendre effectif le contrôle de la gestion. Il s'agit également de favoriser l'exercice des autres actions de contrôle qui s'exercent en dehors du cadre de l'assemblée.

### **b-Favoriser les actions de contrôle hors assemblée générale**

**771.** Il ne s'agit donc non plus de favoriser le contrôle de la gestion par l'incitation du vote en assemblée générale par les actionnaires et associés, mais d'inciter à mettre en œuvre les autres prérogatives de contrôle. L'abaissement des seuils pour l'exercice d'actions de contrôle participe à cet objectif.

**772. Abaissement des seuils de représentativité** – Cet abaissement des seuils s'applique à une série d'actions de contrôle. Il s'agit de l'exemple le plus marquant de mesures prises par le législateur pour rendre plus effectif le contrôle de la gestion par les associés.

**773.** Pour rappel, la loi NRE de 2001 a supprimé le seuil exigé pour pouvoir accéder aux assemblées. Mais les seuils qui nous intéressent à ce stade sont les seuils permettant d'exercer des actions spécifiques de contrôle. Ils se retrouvent dans les textes relatifs à l'expertise de gestion, à l'action de groupe *ut singuli* en responsabilité contre les dirigeants sociaux, pour la demande de récusation des commissaires aux comptes, en encore s'agissant du droit de poser par écrit des questions aux dirigeants de la société. Un seuil est également requis pour demander l'inscription de points par les actionnaires à l'ordre du jour de l'assemblée<sup>597</sup>. Initialement le législateur avait requis un seuil de 10 %. Afin de revaloriser le contrôle des affaires sociales, le législateur opère un abaissement des seuils. Il est à présent réduit à 5%. Cette nouvelle mesure est opportune et illustre la volonté du législateur de donner vie au contrôle des actionnaires. En effet, « *Il était chimérique de penser que les actionnaires*

---

<sup>596</sup> Par exemple, l'année 2012 qui voit son taux de participation aux assemblées générales atteindre les 70% concernant les sociétés anonymes. Sur le sujet V. not. : D. Père, *Assemblées houleuses et expulsion d'actionnaires : attention à la responsabilité pénale des dirigeants*, BJS 2004, n° 11, p. 1437.

<sup>597</sup> Cette nouvelle arme est arrivée dans l'arsenal de l'actionnaire suite à la transposition de la directive CE n° 2007/36 du 11 juillet 2007 sur les droits des actionnaires. Ce droit est à mi-chemin entre les questions orales ou écrites et les projets de résolution. Il figure à l'article L. 225-105 du Code de commerce. Un seuil de détention du capital d'au moins 5% est requis pour l'exercice de ce droit.

*pouvaient franchir, seuls ou en se groupant, le seuil des 10 %, compte tenu de la grande dissémination des actions*<sup>598</sup>». Enfin, un autre exemple illustre l'abaissement des seuils. Il s'agit du seuil requis dans les sociétés à responsabilité limitée pour demander la réunion d'une assemblée. La loi *Warsmann* II du 22 mars 2012 abaisse ce seuil. Il suffit désormais à un ou plusieurs associés de détenir un dixième des parts sociales s'il représente un dixième des associés pour pouvoir demander la réunion de l'assemblée.

**774.** Mais au-delà de ces différentes mesures, la volonté de renforcer l'effectivité du contrôle de l'action des dirigeants a poussé le législateur à ne pas limiter son action à améliorer l'exercice du pouvoir de contrôle par les seuls associés. Le législateur a également réformé les modes d'implication des autres contrôleurs dans la mise en œuvre de leur mission.

### **B-Les réformes visant à mieux impliquer les autres contrôleurs**

**775.** L'intérêt de ce développement réside dans la retranscription de la tendance législative aux moyens d'exemples illustrant nos propos. Plusieurs mesures phares ont été prises afin de renforcer l'implication des organes de contrôle dans leurs attributions. En incitant ces derniers à exercer leur contrôle, le législateur améliore corrélativement l'effectivité du contrôle de la gestion. Le but du législateur étant d'enlever les obstacles qui pourraient entraver l'exercice du contrôle. A ce titre, la loi a emprunté plusieurs voies. Des mesures ont été prises afin d'améliorer l'investissement des membres des conseils d'administration et de surveillance dans les sociétés anonymes (a). D'autres part, le législateur a réformé le contrôle légal des comptes, avec notamment le souci d'accroître l'impartialité des commissaires aux comptes (b). Enfin, l'actionnariat minoritaire dans les sociétés cotées souffre de sa situation, ce qui entache l'effectivité du contrôle qu'ils exercent. Pour remédier à cet obstacle, le législateur tend à favoriser le regroupement d'actionnaires en associations (c).

#### **a-Mesures en faveur d'un investissement accru des membres des conseils**

**776.** Dans le dessein d'améliorer l'implication des conseils des sociétés par actions mais surtout le conseil d'administration de la société anonyme afin de rendre effectif le contrôle des dirigeants, la loi a actionné une série de leviers à l'instar notamment de l'insertion de la visioconférence et d'une mesure plus restrictive relative à la règle du cumul des mandats.

---

<sup>598</sup> H. Le Nabasque, *Commentaire des principales dispositions de la loi du 15 mai 2001 sur les nouvelles régulations économiques intéressant le droit des sociétés (1ère partie)*, LPA 2001, n°133, p.3.



**777. La visioconférence ouverte aux délibérations du conseil** – « *On sait que maints conseils sont difficiles à réunir, tant leurs membres sont occupés à autre chose. Comment faire mieux ?*<sup>599</sup> ». Dans le même ordre d'idées que celui facilitant la participation des actionnaires aux assemblées, la loi prévoit le recours à la visioconférence, pour l'administrateur géographiquement retenu, afin de participer au conseil d'administration. La loi NRE avait admis le recours à la technologie non sans une certaine prudence. En effet, elle encadrait assez strictement son utilisation. La loi dite *Breton* élargit quant à elle le domaine de ces délibérations<sup>600</sup>. Ainsi sauf pour les délibérations relatives aux comptes annuels et les comptes consolidés et aux rapports qui les accompagnent, sous réserve de dispositions contraires des statuts, le règlement intérieur peut prévoir que sont réputés présents, pour le calcul du quorum et de la majorité, les administrateurs qui participent à la réunion par des moyens de visioconférence ou de télécommunication dans des conditions fixées par décret en conseil. Cette modalité de participation est admissible également dans les sociétés anonymes avec directoire et conseil de surveillance suivant les mêmes restrictions puisque l'article exclut également les opérations visées au cinquième alinéa de l'article L. 225-68 du code de commerce. D'ailleurs, l'article L. 225-82 du même code indique que le règlement intérieur peut prévoir que « *sont réputés présents pour le calcul du quorum et de la majorité les membres du conseil de surveillance qui participent à la réunion du conseil par des moyens de visioconférence ou de télécommunication permettant leur identification et garantissant leur participation effective, dont la nature et les conditions d'application sont déterminées par décret en Conseil d'État* ». On peut penser que le conseil de la société en commandite par action est par extension concerné par cette modalité de participation<sup>601</sup>. Cette mesure tend à favoriser l'effectivité du contrôle mis en œuvre par les conseils. L'absence n'est désormais plus une excuse. Dans le même sens, afin d'assumer pleinement leur rôle de contrôle, le législateur limite le nombre de mandats que peuvent détenir les administrateurs et les membres du conseil de surveillance.

**778. Cumul des mandats d'administrateurs et de membre du conseil de surveillance** –

Cette disposition ne concerne que les sociétés anonymes qu'elles soient d'ailleurs cotées ou non. La disponibilité des administrateurs pour garantir l'effectivité de leur contrôle en conseil est une question fondamentale qu'il fallait résoudre. L'un des remèdes apportés à

---

<sup>599</sup> P. Le Cannu, *La télécommunication délibérative*, RTD com. 2005, p. 761.

<sup>600</sup> Le décret du 11 déc. 2006 précise les modalités régissant l'utilisation des moyens de télécommunication lors des conseils d'administration ou conseils de surveillance.

<sup>601</sup> Dans le silence de la loi, on peut penser que par analogie aux sociétés anonymes, les sociétés en commandites par actions disposent de la faculté dans les statuts de prévoir le recours aux nouvelles technologies pour les délibérations du conseil de surveillance.

l'ineffectivité du contrôle par la doctrine du gouvernement d'entreprise est la règle visant à limiter le cumul des mandats sociaux. « *Le profil idéal de l'administrateur a été dressé par la jurisprudence : assidu aux séances du conseil d'administration, curieux, soucieux d'information et responsable. Il faut bien convenir qu'un tel portrait n'est possible, hors l'hypothèse peu probable du don d'ubiquité, que si les cumuls de mandats sont revus à la baisse*<sup>602</sup> ».

**779.** Si ce cumul peut être appréhendé comme une mesure visant à permettre aux dirigeants de se consacrer pleinement à la gestion de la société, elle permet aussi sous l'angle des conseils : d'une part de limiter la consanguinité des conseils favorisant une complaisance de ces derniers vis-à-vis des dirigeants, préjudiciable au contrôle. En effet, la pratique relevait une très forte concentration des personnes à des postes d'administrateurs. « *Une telle concentration favorisait la multiplication des situations d'administrateurs réciproques ou des situations de conflits d'intérêts potentiels pouvant venir jeter un doute légitime sur l'indépendance des administrateurs*<sup>603</sup> ». D'ailleurs les chiffres étaient éloquentes : « *en 1997, 368 personnes seulement exerçaient les 527 mandats d'administrateurs des sociétés du CAC 40, parmi lesquelles quelque 70 en exerçaient 232*<sup>604</sup> ».

**780.** D'autre part, les membres des conseils sont plus disponibles pour exercer leurs missions parmi lesquelles figure le contrôle de la gestion. La législation a eu pour but essentiel de permettre aux administrateurs et membres du conseil de surveillance d'exercer effectivement leurs fonctions<sup>605</sup>. Accroître la disponibilité des membres des conseils est une condition primordiale de l'effectivité du contrôle opéré par ces derniers. La mission d'administrateur pour qu'elle soit correctement mise en œuvre requiert du temps et de l'assiduité. Or l'éparpillement des membres des conseils au sein d'une multitude de mandats est un obstacle à l'exercice de leur contrôle. Dès lors, le législateur ne pouvait laisser perdurer cette situation d'autant plus sous l'influence grandissante de la *corporate governance*. La rapport Viénot de 1995 cherchait à restreindre les situations de cumul mais c'est la loi NRE de 2001 qui a instauré cette règle<sup>606</sup>. Par la suite, d'autres lois sont venues parfaire le dispositif<sup>607</sup>.

---

<sup>602</sup> C. Malecki, *Cumul de mandats sociaux*, Rép. sociétés Dalloz, 2011, spé. n°1.

<sup>603</sup> V. Magnier, *Gouvernance des sociétés cotées*, Rép. sociétés Dalloz, 2014, spé. n°18.

<sup>604</sup> M. Bauer et B. Bertin-Mourot, *Administrateurs et dirigeants du CAC 40, Des logiques sociales d'autocontrôle au coeur du gouvernement d'entreprise*, oct. 1997, CNRS, Observatoire des dirigeants et Boyden, Research Center on Leadership.

<sup>605</sup> V. notamment : I. Grossi, *La situation des dirigeants sociaux au lendemain de la loi sur les nouvelles régulations économiques*, Dr. et patr. 2001, n°98, p. 50 et s., spéc. 57.

<sup>606</sup> La loi du 24 juillet 1966, interdisait déjà aux dirigeants de cumuler un trop grand nombre de mandats. Néanmoins de trop nombreuses exceptions annihilaient l'effectivité du dispositif.

**781.** En conséquence de quoi, en ce qui concerne le cumul des mandats des membres des conseils d'administration ou de surveillance, le principe en vigueur posé par l'article L. 225-21 du code de commerce énonce qu'une personne physique ne peut exercer simultanément plus de cinq mandats d'administrateur ou de membre du conseil de surveillance de sociétés anonymes ayant leur siège social sur le territoire français<sup>608</sup>. La loi NRE pose également une limite globale, tous mandats confondus<sup>609</sup>.

**782.** Cependant, des exceptions sont prévues à ce principe comme en atteste la loi n° 2002-1303 du 29 octobre 2002 qui précise que « *pour l'application de ces dispositions, l'exercice de la direction générale par un administrateur est décompté pour un seul mandat* ». De même, par dérogation, cette limite ne s'applique pas dans les groupes de sociétés<sup>610</sup> tant pour les filiales que pour les sociétés sœurs. Dans ce dernier cas, l'article L. 225-21 alinéa 3 précise que « *les mandats d'administrateur des sociétés dont les titres ne sont pas admis aux négociations sur un marché réglementé et contrôlées au sens de l'article L. 233-26 par une même société, ne comptent que pour un seul mandat, sous réserve que le nombre de mandats détenus à ce titre n'excède pas cinq* ». La même disposition s'applique au sujet des membres du conseil de surveillance à l'article L. 225-77 alinéa 3 du code de commerce.

**783.** Malgré, ces réserves qui peuvent encore autoriser les administrateurs ou membre de conseil de surveillance à détenir une multitude de mandats dans des sociétés contrôlantes, la législation a le mérite de limiter les mandats notamment les mandats croisés<sup>611</sup>, qui est une pratique fréquente dans les sociétés cotées. Cependant, il semble que certaines améliorations pourraient encore être apportées<sup>612</sup>. A ce titre, l'Autorité des marchés financiers recommande pour les sociétés dont les titres sont admis aux négociations sur un marché réglementé que

---

<sup>607</sup> La loi du 29 oct. 2002 précise la règle du cumul, puis la loi du 1<sup>er</sup> août 203 en assouplit le régime. Dernièrement, la loi *Macron* du 6 août 2015 a réduit à trois le cumul des mandats. Cependant ce texte ne concerne que les personnes qui exercent un mandat de type exécutifs dans les sociétés cotées dépassant un plafond d'effectif de salariés. L'article L. 225-94-1 du Code de commerce vient désormais limiter le nombre de mandats à trois et ce quel qu'en soit le type. Ce nouveau seuil ne concerne que les sociétés cotées. De plus ne sont visées par les textes, que les personnes exerçant un mandat exécutif au sein d'une société cotée et d'une certaine importance, peu important la localisation du siège de la société. Cette disposition ne concerne donc pas directement la règle du cumul des mandats d'administrateurs et de membres du conseil de surveillance.

<sup>608</sup> Même principe visé à l'article L.225-94, al. 1 pour les SA à directoire et conseil de surveillance.

<sup>609</sup> Sont comptabilisés les mandats exécutifs ainsi que les mandats d'administrateurs pour le calcul.

<sup>610</sup> Initialement, la dérogation relative aux sociétés contrôlées ne s'appliquait que lorsque ces dernières n'étaient pas cotées. La loi Houillon a étendu cette dérogation aux sociétés contrôlées cotées.

<sup>611</sup> Pratique permettant à un président d'une société A, d'être également administrateur d'une société B dont le président est lui-même administrateur de la société A.

<sup>612</sup> La loi Houillon a assoupli le dispositif en étendant le champ des dérogations accordées dans les groupes de sociétés. La limitation à cinq n'est pas applicable pour les mandats exercés dans les filiales ainsi que dans les sociétés sœurs. Ainsi paradoxalement, la loi NRE a trop largement ouvert les vannes des dérogations et tranche ainsi avec la solution antérieure qui s'avérait plus rigoureuse. Sur le sujet V. not. : A. Bebe Epale, *Quel cadre législatif pour le cumul des mandats sociaux ?* LPA 2011, n° 158, p. 6 ; J-P.Dom, *Cumul des mandats (Cf. Note \*)* : *Et si le remède s'avérait pire que le mal ?* BJS 2002, n° 10, p. 1095 ; B. Saintourens, *Le cumul des mandats sociaux au sein de la société anonyme après la loi du 29 octobre 2002*, Rev. soc. 2003, p. 1.

« l'administrateur consacre à ses fonctions le temps et l'attention nécessaires ; qu'un mandataire social exécutif ne devrait pas exercer plus de deux autres mandats d'administrateur dans des sociétés cotées extérieures à son groupe, y compris étrangères ; ainsi qu'un administrateur ne doit pas exercer plus de quatre autres mandats dans des sociétés cotées extérieures au groupe, y compris étrangères ». En outre, une extension de la règle du cumul des mandats aux mandats détenues dans les autres sociétés commerciales pourrait être opportune. Le recours à la société par action simplifiée plutôt qu'à la société anonyme est un moyen de contourner le principe. En ce sens, la loi devrait intégrer dans le calcul les dirigeants de société par actions simplifiée, les gérants de société en commandite par actions ou de société à responsabilité limitée.

**784.** Si en pratique, il n'est pas certain que le fait de restreindre cette liberté, rende les membres de conseils plus impliqués dans le contrôle des affaires sociales, il faut cependant admettre que la législation met tout en œuvre pour garantir les conditions optimales du contrôle. Ainsi en dépit de cette réserve, la réglementation en la matière est judicieuse. Cependant, une autre mesure indispensable devait être prise par le législateur français dans le même dessein s'agissant cette fois-ci du commissaire aux comptes.

### **b-Mesures en faveur de l'impartialité des commissaires aux comptes**

**785.** Un deuxième exemple retranscrit la volonté du législateur français de faire progresser l'effectivité du contrôle de la gestion des sociétés commerciales, d'autant plus que cette illustration contrairement à la mesure précédente s'étend à l'ensemble des formes sociales, sous réserve cependant qu'elles disposent d'un commissaire aux comptes.

**786. Le renforcement de l'indépendance** – Les acteurs du droit ont unanimement considéré que la présence des commissaires aux comptes était indispensable afin de déceler les difficultés naissantes des entreprises et d'en enrayer les conséquences néfastes. Encore fallait-il que l'indépendance des commissaires soit garantie pour s'assurer de l'effectivité du contrôle exercé par ce dernier. « Ils doivent être incorruptibles, faute de quoi, ils pourraient se voir reprocher une complaisance, une connivence, voire une complicité à l'occasion de la commission de l'une des infractions d'ordre comptable pouvant être imputée à un dirigeant <sup>613</sup> ». C'est l'effectivité même du contrôle de la gestion qui est en jeu et qui exige que le commissaire aux comptes ne soit pas sous la domination du dirigeant de la société qu'il est en charge de contrôler.

---

<sup>613</sup> H. Matsopoulou, *Le renforcement de l'indépendance des commissaires aux comptes*, Rev. soc. 2003, p. 813.

**787.** Or la législation en la matière était sur ce point lacunaire jusqu'aux années 2000. La loi du 24 juillet 1966 n'abordait que de manière imparfaite la question de l'indépendance<sup>614</sup>. A partir de la loi NRE de 2001, une succession de lois<sup>615</sup> ont eu pour but d'améliorer l'indépendance du commissaire aux comptes. L'ancien article L. 225-222<sup>616</sup> du code de commerce « *posait quelques principes simples et notamment celui que les fonctions de commissaire aux comptes sont incompatibles avec toute activité ou tout acte de nature à porter atteinte à son indépendance* », de même que l'ancien article L.225-24 dudit code formulait des incompatibilités. Toutefois, la méthode énumérative entache l'efficacité des articles. Les dispositions les plus significatives sont donc intervenues avec la loi de 2003<sup>617</sup> qui a réaménagé le statut légal des commissaires aux comptes en introduisant une section relative à la déontologie et à l'indépendance des commissaires aux comptes. La nouvelle loi substitue la liste d'incompatibilités à des principes généraux « *qui donne plus de portée aux règles définissant les conditions de l'indépendance et renvoie à un code de déontologie pour certaines règles, facilitant ainsi l'adaptation des normes à l'évolution économique* <sup>618</sup> ». Cet ensemble de réformes témoigne d'une volonté d'adaptation constante du législateur pour tenir compte au mieux des réalités du terrain.

**788.** Le principe d'indépendance exige que le commissaire aux comptes soit « *indépendant de la personne ou de l'entité dont il est appelé à certifier les comptes. L'indépendance du commissaire aux comptes se caractérise notamment par l'exercice en toute liberté, en réalité et en apparence, des pouvoirs et des compétences qui lui sont conférés par la loi*<sup>619</sup> ». Le caractère éthéré<sup>620</sup> de ce principe a conduit malgré tout le législateur à formuler des interdictions, et des incompatibilités. La loi de 2003, outre la création du Haut Conseil du commissariat aux comptes, indique aux articles L. 822-10 et suivants du code de commerce

<sup>614</sup> Sur cette question voir : Y. Guyon, *L'indépendance des commissaires aux comptes*, JCP éd. G, 1977, I, 2831 ; G. Blanc, *La situation du commissaire aux comptes après la loi n°84-148 du 1er mars 1984*, JCP E 1984, n° 1430.

<sup>615</sup> Les lois n° 2001-420 du 15 mai 2001 sur les nouvelles régulations économiques, n°2003-706 du 1er août 2003 dite de sécurité financière et l'ordonnance n° 2005-1126 du 8 septembre 2005 relative au commissariat aux comptes prise en application de l'article 28 de la loi n° 2004-1343 du 9 décembre 2004 de simplification du droit ont opéré des réformes importantes du statut et des missions des commissaires aux comptes. Plus récemment, la transposition de la directive du 17 mai 2006 complétée par le décret n° 2007-179 du 9 février 2007, désormais codifié dans la partie réglementaire du Code de commerce et l'ordonnance n° 2008-1278 du 8 décembre 2008 ont complété le dispositif normatif. Enfin dernièrement, la directive n°2014/56/UE a été transposée par la loi n°2014-1662 du 30 décembre 2014 suivie de l'ordonnance n°2016-315 du 17 mars 2016 prise en application de la loi et du décret n° 2016-1026 du 26 juillet 2016 qui renforcent la supervision des contrôleurs légaux. Pour finir la directive européenne n° 2014/56/UE du 16 avril 2016 est intervenue pour renforcer les modalités de supervision de la profession et pour renforcer le système des sanctions.

<sup>616</sup> En vigueur jusqu'à la loi de 2003.

<sup>617</sup> Sur le sujet V. not. : D. Poracchia, *La loi de sécurité financière et la réforme du commissariat aux comptes*, Dr. et patr. 2004, n° 122, p. 62 ; J-F. Barbièri, *De l'administrateur indépendant à l'auditeur indépendant et efficace (L. n° 2003-706, 1er août 2003, « de sécurité financière », Titre III)*, BJS 2004, n°1, p.5.

<sup>618</sup> A. Couret et M. Tudel, *Le nouveau contrôle légal des comptes*, D. 2003, p. 2290.

<sup>619</sup> Cf. Code de déontologie art. 5.

<sup>620</sup> Le caractère presque idéologique de ce principe d'indépendance a conduit le législateur à préciser de manière plus pragmatique des interdictions et incompatibilités pour assurer le respect de ce principe.

« certaines conditions liées à l'exercice en réseau, notamment les interdictions de relations d'intérêts avec l'entité, sa maison mère et ses filiales. Elle apporte également des précisions sur la nature des liens personnels, financiers et professionnels de l'auditeur qui peuvent conduire à remettre en cause l'indépendance du commissaire aux comptes ». Le code de déontologie publié en 2005 puis modifié en 2008<sup>621</sup> précise dans le détail les conditions d'indépendance des contrôleurs légaux.

**789.** Lorsque l'on parcourt ce nouveau code, on constate un accroissement des interdits et des incompatibilités déontologiques des commissaires aux comptes<sup>622</sup>. Aux anciennes interdictions et incompatibilités, de nouvelles ont été ajoutées pour garantir toujours plus l'indépendance des commissaires aux comptes. Cette démarche du législateur ne peut être que saluée. En effet, dans une logique d'effectivité du contrôle des sociétés, une condition s'impose : celle de la qualité du contrôle. Or cette exigence ne peut être satisfaite que dans la mesure où la loi garantit en amont l'indépendance des commissaires aux comptes. Dès lors, en procédant de la sorte, le législateur français renforce l'effectivité du contrôle des commissaires aux comptes dans les sociétés commerciales.

**790.** Un dernier exemple illustre la volonté du législateur d'assurer l'effectivité du contrôle de l'action des dirigeants. Il s'agit de favoriser le regroupement des actionnaires minoritaires afin qu'ils puissent exercer plus aisément leur prérogative de contrôle.

### **c-Faveur du législateur pour les regroupements d'actionnaires**

**791.** Dans un article de 1995, l'éminent Professeur Paul Le Cannu affirmait déjà que « *Nul ne doute aujourd'hui de la nécessité, pour les porteurs de valeurs mobilières ou de produits financiers, de se regrouper pour faire pièce à la concentration des pouvoirs qui s'opère entre les mains des dirigeants des sociétés cotées*<sup>623</sup> ». Dès 1994<sup>624</sup>, le législateur français reconnaît aux actionnaires des sociétés cotées, sous certaines conditions, le droit de se regrouper en associations destinées à représenter leurs intérêts au sein de la société. Il est vrai que les associations d'actionnaires et d'investisseurs sont un domaine où l'action du

---

<sup>621</sup> Publié par le Décret du 16 novembre 2005 puis modifié par le Décret du 2 juillet 2008.

<sup>622</sup> Sur le sujet : M. Petitjean, *L'accroissement des interdits et des incompatibilités déontologiques des commissaires aux comptes*, JCP E 2006, n° 2, 1076.

<sup>623</sup> P. Le Cannu, *Attributions et responsabilités des associations de défense des actionnaires et des investisseurs*, Rev. soc. 1995, p. 239.

<sup>624</sup> Loi n° 94-679 du 8 août 1994, à l'article 172-1 de la loi du 24 juillet 1966 institue le dispositif des associations d'actionnaires.

législateur mériterait d'être poursuivie<sup>625</sup> ; néanmoins il faut reconnaître que ce dernier a cherché à lever certains obstacles entravant l'action concrète de ces associations.

**792.** Le sujet intéresse<sup>626</sup> dans la mesure où cette faculté de se regrouper en association permet une organisation des minorités d'actionnaires. Ainsi regroupés et organisés, les actionnaires exercent plus facilement leur contrôle sur la gestion. Pour exemple, l'affaire *Sidel*<sup>627</sup>, illustre l'intérêt de ces associations pour garantir la mise en œuvre d'un contrôle des dirigeants. Regroupés en deux associations, pas moins de sept cents actionnaires se sont constitués partie civile pour être indemnisés des conséquences des fautes commises par le dirigeant. Dès lors, il est intéressant d'analyser la démarche adoptée par le législateur vis-à-vis de ces associations.

**793.** Il existe en droit plusieurs catégories d'associations<sup>628</sup>, seules seront abordées les associations d'actionnaires de sociétés cotées de l'article L. 225-120 du code de commerce car elles ont un lien étroit avec la vie sociétariaire. Pour rappel, le législateur les a soumises à une procédure de communication de leurs statuts à l'Autorité des marchés financiers. Les sociétaires doivent en outre détenir des actions inscrites au nominatif depuis plus de 2 ans et représenter entre 1 et 5 % du capital social suivant le volume du capital de la société.

**794.** Concernant leur régime juridique, « *La prise de conscience du déficit démocratique des assemblées d'actionnaires, le besoin d'accompagnement de l'actionnaire dans ses démarches contentieuses comme non contentieuses, les demandes d'informations des personnes physiques quant à leurs droits, deviennent de véritables enjeux dont le législateur a réellement conscience* <sup>629</sup> ».

**795.** Ainsi, le législateur permet grâce aux associations d'actionnaires un exercice groupé de certains droits attribués aux actionnaires minoritaires. A ce titre, une association dispose du droit de poser des questions écrites au vu de l'article L. 225-231 du code de commerce ; du droit de requérir l'inscription de projet à l'ordre du jour de l'assemblée ; du droit de recourir à l'expertise de gestion ; du droit de solliciter la convocation d'une assemblée générale ainsi

---

<sup>625</sup> Les conditions de constitution des associations d'actionnaires sont en pratique difficile à atteindre. Le droit pourrait comme l'avait proposé le sénateur Marini (*La modernisation du droit des sociétés*, Ph. Marini, La Documentation française, 1996), assouplir, voir supprimer, la contrainte d'une détention au nominatif. Le droit français réfléchit de plus à introduire « une action collective » des actionnaires.

<sup>626</sup> Y. Guyon, *Faut-il des associations d'actionnaires et d'investisseurs ?* Rev. soc. 1995, p. 207.

<sup>627</sup> Trib. corr. Paris, 12 sept. 2006, n° 0018992026, BJS 2007, n° 14, p. 119, note J.-F. Barbière ; BJB 2007, n° 4, p. 37, note É. Dezeuze ; CA Paris, 9e ch., sect. B, 31 oct. 2008, n° RG : 06/09036.

<sup>628</sup> Complètent cette liste : les associations de défense des investisseurs et les associations de défense des actionnaires de droit commun.

<sup>629</sup> B. Le Bars, *Associations d'actionnaires et d'investisseurs : un droit rénové d'ester en justice ?* LPA 2003, n° 228, p. 102.

que du droit de demander la récusation judiciaire du commissaire aux comptes. Ce sont les principaux droits des actionnaires individuels qui sont reconnus aux associations par le législateur et ce à contre-courant de la jurisprudence qui refusait de manière constante les demandes formées par les associations. De plus, la loi de 2003, vient accroître cette liste en étendant les droits des associations de défense des investisseurs aux associations d'actionnaires de sociétés cotées. Cette dernière extension est opportune. Elle confère la capacité d'agir en représentation d'intérêts individuels, par le biais d'une action en représentation conjointe fondée sur le mandat, tant au civil qu'au pénal par constitution de partie civile.

**796.** Aussi, relativement aux conditions de constitution, la loi assouplit également les conditions d'exercice de leurs prérogatives. En ce sens, conscient de la difficulté d'atteindre le seuil de détention nécessaire pour être représentative, le législateur a instauré des seuils dégressifs.

**797.** Par ces différentes mesures, le but du législateur n'est pas seulement tourné vers le pouvoir d'ester en justice, mais aussi vers la volonté de rendre effectif les droits de contrôle des minoritaires. Ces associations assistent les actionnaires dans leur démarche de contrôle de gestion et de la vie sociale dans le cadre des assemblées générales, ce qui améliore la mobilisation des actionnaires et permet de les assister dans les situations contentieuses. Dans cette dernière hypothèse, les associations peuvent ainsi pallier l'apathie des actionnaires.

**798.** Par conséquent, représentant un intérêt indéniable quant au renforcement du contrôle de la gestion, la loi progresse. Toutefois, malgré les efforts employés, la pratique révèle que les conditions d'exercice de ces associations sont trop rigoureuses pour qu'elles puissent pleinement jouer leur rôle<sup>630</sup>. Malgré cette réserve, lorsqu'elles sont constituées, le dispositif des associations d'actionnaires facilite l'effectivité du droit de contrôle des actionnaires.

**799.** Tous les procédés juridiques abordés retranscrivent l'intention du législateur français de ne pas seulement mettre à disposition des contrôleurs des instruments de contrôle *stricto*

---

<sup>630</sup>A ce sujet, deux auteurs illustrent de manière pragmatique la trop grande rigueur des conditions de constitution qui condamnent le développement des associations d'actionnaires. « *La capitalisation boursière des Premier et Second Marché représentant 9 695 milliards de francs au 31 décembre 1999, ces actionnaires doivent donc détenir ensemble une participation financière valorisée à plus de 150 millions de francs. Le montant est encore plus significatif si l'on considère les seules valeurs du CAC 40, puisque les actionnaires regroupés dans l'association devraient alors détenir une participation d'environ 1,7 milliard de francs. Le compte titre actions moyens des ménages étant de 56 000 F, et en supposant que ce compte est composé d'une seule ligne d'actions, cela induit que, pour constituer une association d'actionnaires, il conviendrait en moyenne de réunir environ 2 700 « petits actionnaires » dans le cas général, et près de 30 000 en ce qui concerne les sociétés du CAC 40... ».* V. Canu et B. De Saint Mars, *Les associations d'actionnaires, élément du gouvernement d'entreprise ?* RD banc. et fin., 2000, n° 1, étud. 100003.



*sensu*, mais d'élargir son action aux conditions dans lesquelles ce contrôle peut être exercé. L'ensemble des paramètres du contrôle doivent être considérés et optimisés afin de rendre effectif le contrôle de la gestion des sociétés commerciales. C'est chose faite lorsqu'on analyse la démarche du législateur au travers des différentes mesures explicitées. La loi appréhende le contrôle de la gestion dans sa globalité et s'attache à rendre effectif ce système. Outre son action sur l'environnement du contrôle, c'est une tendance au renforcement des prérogatives qui vient compléter la démarche du législateur.

## **§2- Le renforcement des prérogatives de contrôle**

**800.** La tendance législative est à l'augmentation des prérogatives de contrôle ; l'évolution récente des textes tend à généraliser et à renforcer cette dernière. L'enjeu de ce présent développement n'est pas de reprendre l'analyse des mécanismes de contrôle, mais plutôt au moyen d'exemples d'illustrer la tendance globale du législateur à vouloir parfaire et renforcer le contrôle de la gestion. Cela suppose, une recherche d'optimisation constante des instruments normatifs. A ce titre, quelques retouches législatives étaient nécessaires afin de renforcer les prérogatives de contrôle des organes contrôleurs. En ce sens, le législateur a procédé à une extension du contrôle (A) et a multiplié les autorités de contrôle (B).

### **A-L'extension du contrôle de la gestion**

**801.** Afin d'accroître l'efficacité du contrôle de la gestion, l'amélioration de deux vecteurs semblait essentielle. La démarche adoptée est binaire : il s'agissait d'étendre le périmètre du contrôle (a), tout en élargissant de manière concomitante le domaine de l'information sujette au contrôle (b).

#### **a-L'extension du périmètre de contrôle**

**802.** L'extension du périmètre du contrôle se manifeste à deux égards : d'une part ce sont des nouveaux aspects de la gestion des sociétés qui sont aujourd'hui ouverts au contrôle (1) et d'autre part, un contrôle de la gestion est désormais appréhendé au niveau des groupes de sociétés (2).

### **1-Des nouveaux aspects de la gestion de la société contrôlés**

**803.** L'augmentation des attributions des organes de contrôle étend corrélativement le contrôle de la gestion vers de nouveaux éléments. Cette démarche s'applique à l'ensemble des organes de contrôle. Pour illustrer ces propos, une attention particulière sera portée à

l'évolution des attributions des associés, des commissaires aux comptes et des conseils d'administration.

**804. L'évolution des missions de contrôle des associés et l'exemple de la rémunération des dirigeants** – La volonté d'étendre le droit de contrôler la gestion des dirigeants s'illustre une nouvelle fois dans la loi. La loi *Sapin II* du 9 décembre 2016, n° 2016-1691 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique marque une nouvelle extension du contrôle des actionnaires. Cette loi intensifie le droit de regard exercé par les actionnaires sur un sujet, ô combien épineux !, en droit des sociétés relatif à la rémunération des dirigeants<sup>631</sup>. Si pendant longtemps, les actionnaires bénéficiaient seulement du droit de connaître le montant global des rémunérations et non des sommes allouées individuellement aux dirigeants<sup>632</sup>, désormais le secret n'est plus de mise au sein des sociétés cotées. Plus qu'un droit de communication, l'article L. 225-37-2 du code de commerce prévoit que « *dans les sociétés dont les titres sont admis aux négociations sur un marché réglementé, les principes et les critères de détermination, de répartition et d'attribution des éléments fixes, variables et exceptionnels composant la rémunération totale et les avantages de toute nature, attribuables aux présidents, directeurs généraux ou directeurs généraux délégués, en raison de leur mandat, font l'objet d'une résolution soumise au moins chaque année à l'approbation de l'assemblée générale des actionnaires* »<sup>633</sup>. Le contrôle va désormais plus loin en termes de rémunération, celles-ci doivent faire l'objet d'une résolution de l'assemblée générale des actionnaires et bénéficier d'une approbation avant même de pouvoir être attribuées. Puis, une fois la politique des rémunérations approuvée, un deuxième volet doit être mis en œuvre au cours de l'année suivante. Il permet de faire obstacle à l'attribution des rémunérations variables.

**805.** Cette réforme est un acte fort de la part du législateur. Malgré les revendications en sens contraire des lobbies, ce dernier instille un peu plus de contrôle sur un aspect de la gestion jusque-là plutôt réservé à la *soft law*. Le « *say on pay* » laisse la place à un vote impératif des actionnaires.

**806.** Cependant cette démarche s'inscrit dans un *continuum*. La loi *Breton* de 2005, soumettait à la procédure des conventions réglementées et donc au contrôle des associés, toutes les

---

<sup>631</sup> R. Vabres, *Loi relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique (loi Sapin II)*, Dr. sociétés 2017, n°1, comm. 8 ; J. Chacornac et F. Bourrier-Soifer, *Sociétés cotées : les dernières évolutions sur l'information des investisseurs*, Actes prat. ing. Sociétaire, 2015, n° 144, p. 4.

<sup>632</sup> P. Merle, *Droit commercial. Sociétés commerciales*, Dalloz, 20ème éd., 2017, spéc. n° 440.

<sup>633</sup> Cette même prérogative de l'assemblée est prévue pour les SA duales à l'art. L. 225-82 du C.com.

rémunérations versées à l'occasion du départ du dirigeant. De même, la loi *Macron* d'août 2015, suivant le même procédé étend la procédure aux retraites « chapeau » versées aux dirigeants sous forme de « *golden hello* ». Si cet élément demeurait le dernier bastion de l'omnipotence des dirigeants de sociétés commerciales, l'évolution de cet élément de la gestion témoigne d'une extension du domaine du contrôle. Un autre marqueur démontre une extension du périmètre du contrôle. Il s'agit de l'accroissement des missions des commissaires aux comptes.

**807. L'évolution des missions de contrôle du commissaire aux comptes** - Pivot du contrôle, le champ du contrôle exercé par le commissaire aux comptes n'a eu de cesse d'être revu à la hausse par le législateur français. Si la loi de 1966 étendait déjà le domaine d'intervention de cet organe, les réformes successives ont confirmé cette tendance. A ce titre, pour la doctrine<sup>634</sup>, une triple extension se dégage des réformes.

- Les lois ont opéré une extension des missions du commissaire aux comptes dans l'espace : en ce sens que de nouvelles sociétés commerciales sont soumises au contrôle de cet organe. Cette extension se manifeste également par la multiplication des lieux où leur présence est requise : les commissaires aux comptes sont convoqués à toutes les réunions du conseil d'administration ou du directoire et du conseil de surveillance qui examinent ou arrêtent des comptes annuels ou intermédiaires, de même qu'aux réunions du comité d'entreprise relatives à ce même thème, ainsi qu'à toutes les assemblées d'actionnaires et d'associés.

- En outre, l'évolution législative tend à accroître la nature même des tâches qui leur incombent. Les commissaires aux comptes doivent désormais justifier leurs opinions<sup>635</sup> et émettre des rapports sur le rapport établi par le président du conseil d'administration ou le président du conseil de surveillance et concernant les procédures de contrôle interne.

- Enfin, une extension des éléments contrôlés : en sus des comptes sociaux, les commissaires aux comptes se sont vu attribuer des missions de contrôle sur une multitude d'actes et d'événements qui ponctuent la vie de la société et sur le respect de grands principes tels que l'égalité des actionnaires. Un rôle accru a été conféré à cet organe en matière de conventions réglementées, en matière de rémunération des dirigeants, de même qu'en matière de contrôle interne.

---

<sup>634</sup> Sur le sujet : A. Couret et M. Tudel, *Le nouveau contrôle légal des comptes*, D. 2003, p. 2290 ; D. Poracchia, L. Merland et M. Lamoureux, *Commissaires aux comptes*, Rép. sociétés Dalloz, 2016, n° 22.

<sup>635</sup> L'article L. 225-235 du C.com. précise que « Les commissaires aux comptes présentent, dans un rapport joint au rapport mentionné au deuxième alinéa de l'article L. 225-100, leurs observations ».

**808.** Ainsi, au moyen de ces nouvelles attributions, le législateur assujettit de nouveaux éléments de la gestion au contrôle des commissaires aux comptes, ce qui participe à rendre le contrôle de gestion plus effectif. Enfin, l'extension du périmètre du contrôle s'est réalisée par le biais des attributions du conseil d'administration qui ont été retouchées.

**809. L'extension du contrôle du conseil d'administration** - Organe officiel de contrôle de la gestion des sociétés anonymes traditionnelles, le conseil d'administration était jugé responsable de nombreuses dérives en raison de sa connivence avec les dirigeants. Dès lors, le législateur sous l'influence de la *corporate governance* a voulu faire de cet organe un véritable organe de contrôle. Cette volonté a incité le législateur à attribuer de nouvelles prérogatives de contrôle au conseil.

**810.** La mesure la plus importante qui a ouvert les portes du contrôle à l'ensemble des aspects de la gestion est la reconnaissance d'un droit individuel à l'information de l'administrateur. Sans revenir sur le sujet préalablement développé<sup>636</sup>, il s'agit de démontrer que par le biais de ce nouveau droit, la loi offre la possibilité pour les administrateurs d'exiger la communication de toute pièce utile. Dès lors tous les aspects de la gestion peuvent faire l'objet d'une instruction, que ce soit des éléments de gestion courante ou des éléments plus sensibles, sous réserve que leur communication soit jugée utile au contrôle. Le périmètre du contrôle exercé par le conseil est, à partir de cette réforme, largement étendu. Le contrôle ne se limite plus aux informations délivrées par le dirigeant ; le conseil peut ainsi s'autosaisir de toutes les questions intéressant la bonne marche de la gestion. A ces dispositions d'ordre général, des mesures plus spécifiques montrent de nouvelles possibilités en matière de contrôle. C'est par exemple le cas du réexamen annuel des conventions réglementées mis en œuvre par l'ordonnance n° 2014-863 du 31 juillet 2014. Le conseil doit procéder chaque année à un examen des conventions conclues et autorisées au cours d'exercices antérieurs dont l'exécution a été poursuivie au cours du dernier exercice. Les conventions concernées sont : les conventions à durée indéterminée et les conventions dont l'exécution est étalée sur plusieurs exercices. Si antérieurement ces conventions étaient exclues du champ du contrôle une fois autorisées, à présent, le législateur soumet ces conventions particulières au contrôle du conseil d'administration.

**811.** De même que le conseil devient juge de la performance des dirigeants afin de leur accorder des indemnités de départ et autres rémunérations différées ainsi que les retraites

---

<sup>636</sup> V. supra. p. 141 et s.

« chapeau ». Depuis l'entrée en vigueur de la loi n° 2007-1223 du 21 août 2007, l'octroi des éléments de rémunération précités est subordonné au respect de conditions de performance par le dirigeant concerné. Cette prérogative suppose, bien que la loi ne l'indique pas expressément, que le conseil d'administration définisse les critères de performance et en contrôle la réalisation pour octroyer ce type de rémunérations.

**812.** Au-delà, du périmètre de la société dirigée, le contrôle de la gestion gagne de nouveaux territoires et prend une place à l'échelle du groupe de société.

## **2- Une extension du contrôle au groupe de sociétés**

**813.** Si la législation française évolue dans le sens de l'élaboration d'un droit des groupes de sociétés<sup>637</sup>, celui-ci reste encore largement en friche<sup>638</sup>. Malgré cet état de fait, le législateur apporte à la marge des mesures innovantes permettant d'appréhender le groupe de sociétés. Les effets de la structure des groupes de sociétés sont aujourd'hui mieux traités. Pour exemple, le document de référence imaginé par le législateur constitue une source d'informations utiles au groupe, les dirigeants devant veiller en permanence à faire circuler les informations. En outre, le contrôle de la gestion impose des mesures encore plus poussées. Afin d'améliorer celui-ci, le législateur autorise une extension du contrôle aux autres sociétés du groupe. Sous certaines conditions, le contrôle n'est donc plus limité à la société en cause. Cette faculté d'étendre le contrôle de la gestion, est notamment octroyée au commissaire aux comptes, ainsi qu'à l'expert de gestion dans le cadre d'une expertise de gestion.

**814. L'hypothèse de l'expertise de gestion<sup>639</sup>** - Pour rappel la loi NRE de 2001, afin de rendre plus effective l'expertise de gestion en avait abaissé les seuils pour l'élargir celle-ci à de nouveaux bénéficiaires. Une seconde mesure, est particulièrement intéressante à ce stade du raisonnement. L'article L. 225-231 du code de commerce apporte une innovation en prévoyant à présent que l'expertise sollicitée pourra porter sur des opérations intervenues dans les filiales de la société dont les demandeurs sont associés. La novation législative est d'autant plus intéressante qu'elle renverse à l'époque un mouvement jurisprudentiel frileux à

---

<sup>637</sup> Cf. : J-P Dom, *Les dimensions du groupe de sociétés après les réformes de l'année 2001*, Rev. soc. 2002, p. 1.

<sup>638</sup> « Souhaitant jeter les bases d'un droit des groupes de sociétés, le législateur a systématisé, lorsqu'il le jugeait nécessaire, un renvoi distributif aux articles L. 233-3 et L. 233-16 du Code de commerce. Chacun de ces textes aborde, avec une philosophie différente, la notion de contrôle. Des difficultés nouvelles ressortent de ces dimensionnements approximatifs du groupe », (J-P. Dom, *idib.*).

<sup>639</sup> Sur le sujet : C. Champaud et D. Danet, *Associés minoritaires. Information. Expertise de gestion. Groupe de sociétés. Question écrite préalable*, RTD com. 2002, p.103.

reconnaitre le droit à l'expertise au niveau du groupe de sociétés<sup>640</sup>. Cette faculté n'est possible que sous réserve que l'intérêt du groupe le justifie. Toutefois, le critère pour rechercher si l'on est en présence de sociétés contrôlées est quant à lui largement appréhendé puisqu'il vise « *non seulement les filiales dont la majorité des droits de vote est détenue directement ou indirectement par la société mère, mais également les entreprises dans lesquelles la société détermine les décisions dans les assemblées générales, y compris lorsque ce contrôle de fait résulte d'une action de concert*<sup>641</sup> ». Pour résumer, si l'expertise peut concerner la société dans laquelle le demandeur est actionnaire ainsi que les sociétés contrôlées par cette dernière, en revanche, elle ne peut impliquer ni la société mère, ni une autre société du groupe<sup>642</sup>. Dès lors, l'extension du contrôle n'est possible qu'à l'échelle des sociétés contrôlées, ce qui déjà marque une avancée considérable dans le contrôle de la gestion. Dans le même sens, le contrôle du commissaire aux comptes s'étend aujourd'hui aux groupes de sociétés.

**815. Le contrôle du commissaire aux comptes au niveau du groupe** - La loi appelle le commissaire aux comptes à intervenir dans les filiales pour l'établissement des comptes consolidés. L'article L. 823-9, alinéas 2 et 3 dispose que le commissaire aux comptes certifie et justifie de ses appréciations de la régularité et de la sincérité des comptes de l'ensemble des personnes et entités comprises dans la consolidation. La certification de comptes consolidés est délivrée après examen des travaux par les commissaires aux comptes des personnes et entités comprises dans la consolidation. Cela suppose que le commissaire aux comptes, vérifie la concordance des comptes consolidés avec le rapport sur la gestion du groupe. Dès lors, cela conduit le commissaire aux comptes à exercer un contrôle sur l'ensemble des sociétés et entités du groupe.

**816.** Un dernier exemple peut être apporté. C'est le cas du conseil de surveillance des sociétés par actions<sup>643</sup>. Le législateur prévoit que le contrôle du conseil en matière de régularité comptable est étendu aux comptes consolidés. Dès lors le contrôle comptable s'étend à l'ensemble des sociétés du groupe par le biais des comptes consolidés.

---

<sup>640</sup> Les minoritaires se heurtaient fréquemment de la part des tribunaux, à une interprétation rigide du principe d'autonomie des personnes morales (Cf. CA Paris, 3e ch. A, 1er déc. 1992, RTD com. 1994, p.67, note Y. Reinhard ; D. 1993, p. 301, note Gavalda ; JCP E 1993, 492, obs. A. Viandier et J.-J. Caussain), « interprétation sur laquelle le juge s'appuyait par exemple pour refuser d'élargir à l'unité économique une mesure d'information dont l'application à la seule société d'origine n'avait pas de sens » (Cass. com., 14 déc. 1993, n° 92-21.225, Rev. soc. 1994, p. 494, note C. Gavalda ; BJS 1994, p.147, note Le Cannu ; CA Lyon 31 mars 1996, RTD com. 1997, p.107, note C. Champaud et D. Danet.).

<sup>641</sup> J.Mestre, D. Velardocchio et A-S. Mestre-Chami, op. cit., n°1459.

<sup>642</sup> Exemple du refus lorsque la demande émane du Comité d'entreprise : Cass. com., 10 sept. 2013, n° 12-16.509, BRDA 2013, n° 18, inf. 1 ; D. 2013, p. 2168, obs. A. Lienhard.

<sup>643</sup> Sont concernées les SCA et les SA à directoire.

**817.** Par conséquent, ces trois hypothèses manifestent la volonté du législateur d'étendre le contrôle de la gestion des sociétés au-delà des frontières de la personne morale et d'appréhender le groupe de sociétés dans son ensemble. L'effectivité du contrôle en ressort grandie. Immanquablement cette extension touche aussi au domaine de l'information. Cela semble logique dans la mesure où pour étendre le contrôle, il est nécessaire d'étendre concomitamment le champ de l'information délivrée.

#### **b-Le domaine de l'information étendu**

**818.** Il ne s'agit pas de revenir sur les obligations d'information qui pèsent sur les dirigeants sociaux. Il s'agit plutôt de montrer que les préceptes de la transparence et du renforcement du contrôle, conduisent le législateur à étendre toujours plus le domaine de l'information communiquée. Cette tendance se matérialise par une multiplication des rapports et l'extension de leur contenu, par l'extension de la nature de l'information à communiquer, ainsi que par l'extension dans l'espace de l'information.

**819. Multiplication des rapports et intensification de leur contenu** – Afin d'améliorer la transparence pour rendre effectif le contrôle de la gestion, le législateur a procédé à une double inflation. Elle concerne la multiplication des rapports d'information et l'accroissement des informations contenues dans ces rapports.

**820.** Rapport de gestion, rapports joints aux rapports de gestion, rapport annuel du commissaire aux comptes, rapport spécial sur les conventions réglementées, rapport joint au rapport général du commissaire aux comptes comportant ses observations sur le rapport établi par le président du conseil d'administration ou du conseil de surveillance pour celles des procédures de contrôle interne et de gestion des risques qui sont relatives à l'élaboration et au traitement de l'information comptable et financière, rapports spécifiques aux sociétés cotées... Voici une liste non exhaustive des différents rapports qui ponctuent la vie des sociétés commerciales. Cette énumération démontre bien la tendance du législateur à multiplier les obligations de « reporting » au moyen de rapports. L'intérêt étant d'améliorer la transparence de la gestion sociale. Si l'inflation de l'information facilite la mise en œuvre de l'effectivité du contrôle, en revanche la technique employée suscite quelques réserves. Cette pluralité de rapports peut entraver la bonne lecture de l'information. En ce sens, le législateur a cherché à améliorer la communication de l'information en regroupant notamment plus d'informations dans un seul document : le rapport de gestion.

**821.** S'agissant du rapport de gestion, l'évolution législative témoigne d'une inflation des informations contenues au sein de ce rapport. Vecteur privilégié de l'information relative à la gestion du dirigeant, ce rapport contient des informations très variées : il expose la situation de la société durant l'exercice écoulé, son évolution prévisible, les événements importants survenus entre la date de la clôture de l'exercice et la date à laquelle il est établi, ses activités en matière de recherche et de développement, un tableau récapitulatif des délégations en cours de validité accordées par l'assemblée générale des actionnaires au conseil d'administration ou au directoire dans le domaine des augmentations de capital. Il fait également mention de l'état de la participation des salariés au capital social ainsi que de la liste de l'ensemble des mandats et fonctions exercés dans toute société par chacun de ces mandataires durant l'exercice. Le législateur a intégré au rapport de gestion une information extra-financière. Sont ainsi jointes au rapport de gestion des informations liées à la détention du capital et aux éventuels conflits d'intérêts concernant les administrateurs et les dirigeants : informations relatives à la structure de l'actionnariat et aux prises de participation, aux franchissements de seuil, information sur le nombre total de droits de vote...

**822.** C'est dans les sociétés de grandes tailles que le législateur a le plus étendu le contenu du rapport. « *Depuis la loi NRE et les ordonnances de 2004 et 2005 portant réforme du régime des valeurs mobilières, de la comptabilité des entreprises, et du commissariat aux comptes, le législateur n'a eu de cesse de modifier le contenu du rapport de gestion* <sup>644</sup> ». Des informations relatives à la situation d'endettement de la société, au regard du volume et de la complexité des affaires. Le rapport doit comprendre une analyse objective et exhaustive de l'évolution des affaires, des résultats et de la situation financière de la société, une description des principaux risques et incertitudes auxquels la société est confrontée ainsi que les objectifs et la politique de la société quant à leur gestion. Doivent enfin être apportées des indications sur l'utilisation des instruments financiers et sur l'exposition de la société aux risques de prix, de crédit, de liquidité et de trésorerie. Cette énumération non exhaustive du contenu du rapport démontre que celui-ci est devenu une des « clefs de voûte » du contrôle. Par conséquent, la complexification du rapport de gestion s'inscrit dans la volonté du législateur de rendre le contrôle de la gestion, plus effective et par conséquent plus efficace.

**823. L'extension de l'information au groupe de sociétés** - Le groupe de sociétés est pris en compte lorsqu'il s'agit de transparence. C'est ainsi que la loi prévoit que la société tête de

---

<sup>644</sup> M. Teller, *L'information des sociétés cotées et non cotées : une évolution certaine, de nouveaux risques probables*, RTD com. 2007, p. 17.



groupe doit présenter ses propres procédures et doit également présenter les procédures prises au niveau du groupe pour garantir la fiabilité des comptes consolidés et pour maîtriser le contrôle interne des sociétés consolidées. L'ensemble de ces informations sont contenues dans un rapport qui est joint au rapport de gestion du groupe.

**824.** Ce dernier rapport expose « *la situation de l'ensemble constitué par les entreprises comprises dans la consolidation et son évolution prévisible. Il expose également les événements importants survenus entre la date de clôture de l'exercice de consolidation et la date à laquelle les comptes consolidés sont établis, ainsi que les activités du groupe en matière de recherche et développement*<sup>645</sup> ». Il permet d'avoir une vue de l'ensemble de la gestion du groupe. Par conséquent, le rapport de gestion du groupe est un élément central de l'effectivité du contrôle de la gestion.

**825.** Dans le même ordre d'idées, les comptes consolidés élaborés par la société tête de groupe remplissent la même fonction. Ils permettent aux actionnaires de la société mère ainsi que les associés de l'ensemble des sociétés du groupe d'avoir une lisibilité comptable de la gestion du groupe. Ils permettent d'avoir une information économique et financière à l'échelle du groupe. Au-delà de ce phénomène, on assiste au développement d'informations d'une nouvelle nature.

**826. La nature de l'information et l'exemple de la RSE** - La dernière nouveauté en matière de gouvernement d'entreprise, est « la responsabilité sociale des entreprises ». Elle se définit comme « la responsabilité des entreprises vis-à-vis des effets qu'elles exercent sur la société <sup>646</sup> ». Initialement, à partir d'un concept né de la *soft law*, le législateur a exercé un glissement progressif de ce concept dans le giron du droit dur. Il tend à légaliser certains axes de ce concept<sup>647</sup>.

**827.** Désormais<sup>648</sup> les sociétés cotées ou non cotées de taille importante doivent communiquer des informations d'une nature inhabituelle en droit des sociétés. Il s'agit d'informations sur la manière dont elles prennent en compte « *les conséquences sociales et environnementales de [leur] activité ainsi que sur [leurs] engagements sociétaux en faveur du développement durable et en faveur de la lutte contre les discriminations et de la promotion des diversités*

---

<sup>645</sup>Dir. J. Devèze, *Lamy droit du financement*, 2017, n°159.

<sup>646</sup> Responsabilité sociale des entreprises : une nouvelle stratégie de l'UE pour la période 2011-2014 COM (2011) 681 final.

<sup>647</sup> A titre d'exemple : l'Art. L. 225-102-1 du C.com. créé par Loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 sur les nouvelles régulations économiques, art. 116. Sur le sujet voir : V. Martineau-Bourginaud, *La légalisation de la responsabilité sociale des entreprises (RSE) au service du dialogue social : idéologie ou utopie ?* LPA 2016, n° 203, p. 6.

<sup>648</sup> Depuis l'entrée en vigueur du décret 24 avril 2012 relatif aux obligations de transparence des entreprises en matière sociale et environnementale.

<sup>649</sup>». Des informations sociales et environnementales pléthoriques viennent ainsi compléter l'information économique et financière<sup>650</sup>. «*La RSE passe aujourd'hui avant tout par la production d'informations, et que des questions sociales et environnementales tendent à être posées aux sociétés de façon de plus en plus précise, ceux qui détiennent le pouvoir opérationnel [les dirigeants sociaux] qui ne peuvent plus faire abstraction de cette nouvelle variable de l'activité commerciale dans leurs prises de décisions* <sup>651</sup>». Par conséquent, la nature de ces informations porte le contrôle de la gestion vers de nouveaux horizons. Ces informations, en constituant de nouvelles obligations de « reporting », ajoutent de nouveaux objets de contrôle au contrôle de la gestion.

**828.** Outre la RSE, l'analyse de l'information communiquée au sein du rapport de gestion des sociétés commerciales met en exergue une présence toujours plus importante de l'information prévisionnelle<sup>652</sup>. Embryonnaire dans la loi de 1966, l'information prévisionnelle s'est généralisée au fil des lois successives. C'est la loi du 1<sup>er</sup> mars 1984 qui a rompu avec la tradition de l'information qui se bornait à retracer le passé et a ouvert la voie à une information d'une nouvelle nature. Les grandes sociétés doivent de plus en plus s'astreindre à la communication de ce type d'informations et doivent en outre les commenter. Par conséquent, le contenu de l'information dont sont redevables les dirigeants de sociétés commerciales, ne cesse de s'étendre. Moyen juridique au service du contrôle de la gestion, l'extension de l'information engendre une extension du contrôle.

**829.** Ainsi, l'ensemble de ces paramètres attestent de l'intention du législateur d'assurer un contrôle plus effectif. Assurément, l'ouverture de nouveaux champs pour le contrôle permet la mise en œuvre de celui-ci dans des domaines autrefois délaissés. De plus, l'ouverture du domaine de l'information permet quant à elle un contrôle plus effectif mais aussi de meilleure qualité. Enfin, une dernière voie a été explorée par le législateur afin de parvenir à ce résultat. Il s'agit de la méthode consistant à multiplier les acteurs du contrôle.

---

<sup>649</sup> Art. L. 225-102-1, al. 5 du C.com.

<sup>650</sup> Pour une analyse détaillée voir : C. Malecki, *Le décret du 24 avril 2012 relatif « aux obligations de transparence des entreprises en matière sociale et environnementale »*, BJS 2012, n° 7, p. 590.

<sup>651</sup> A. Couret, *Corporate governance, RSE et communication financière*, in *La responsabilité sociale des entreprises : un nouvel enjeu fiscal*, Dr. fisc. 2012, n° 6, p. 131.

<sup>652</sup> Y. Guyon, *L'information prévisionnelle*, JCP E 1985, n° 27, act. 14608.

## **B-La multiplication des contrôleurs**

**830.** Les organes internes en première ligne du contrôle ont été énoncés plus en amont<sup>653</sup>, ainsi que leurs prérogatives en ce domaine. Classiquement, ce sont ces organes qui interviennent dans le contrôle de la gestion. Cependant, conscient de la nécessité de renforcer ce contrôle, le législateur a multiplié les organes qui gravitent autour de ce noyau dur de contrôleurs. De nombreuses autorités administratives interviennent dans le contrôle de la gestion des sociétés commerciales telles que le « Trésor public, la Sécurité sociale et diverses administrations qui accompagnent les activités économiques <sup>654</sup> ». Ces autorités ne relevant pas du droit commun des sociétés, le développement les concernant ne sera pas plus abordé.

**831.** Pour les sociétés cotées, une part importante du contrôle est réalisée par l’Autorité des marchés financiers à laquelle le législateur a largement conféré des pouvoirs de contrôle. Ce dernier préférant opter pour des institutions spécialisées au regard de la technicité du domaine de l’information financière. Grâce à ses pouvoirs, elle dispose de moyens solides pour identifier et analyser les manquements des dirigeants. L’Autorité des marchés financiers joue d’ailleurs un rôle actif puisque la Commission des sanctions prononce environ une quinzaine de décisions de sanction chaque année, relatives aux manquements concernant l’information financière.

**832.** S’agissant du contrôle des informations d’une autre nature, le contrôle du commissaire aux comptes est limité. Il doit seulement vérifier que le rapport de gestion comprend toutes les informations requises par les textes légaux et réglementaires et le cas échéant, par les statuts. La place grandissante des informations sociales et environnementales a conduit le législateur à créer un nouvel organisme spécialisé en charge de contrôler les informations de cette nature. En ce sens, la loi *Grenelle II* du 12 juillet 2010, a ajouté à l'article L. 225-102-1 du code de commerce un alinéa 7 aux termes duquel : « *Les informations sociales et environnementales figurant ou devant figurer au regard des obligations légales et réglementaires font l'objet d'une vérification par un organisme tiers indépendant, selon des modalités fixées par décret en Conseil d'État. Cette vérification donne lieu à un avis qui est transmis à l'assemblée des actionnaires ou des associés en même temps que le rapport du conseil d'administration ou du directoire* ». La création de cette institution spécialisée marque encore un peu plus la volonté

---

<sup>653</sup> V. supra p. 258 et s.

<sup>654</sup> P. Le Canu et B. Dondero, op. cit., p. 323.

d'assurer un contrôle effectif de l'information et d'améliorer la qualité de ce dernier en faisant appel à un organisme spécialisé en ce domaine<sup>655</sup>.

**833.** Le droit commun des sociétés multiplie aussi les organes de contrôle, à l'instar du comité d'audit qui s'ajoute aux commissaires aux comptes et au comité d'entreprise. Le Ministère public joue également un rôle qui ne cesse de grandir. Il est de plus en plus impliqué dans le contrôle des sociétés. S'il joue un rôle essentiel dans les actions à caractère pénal<sup>656</sup>, le parquet peut intervenir pour protéger les minoritaires et les salariés d'abus dont ils pourraient être victimes. En ce sens, la loi lui a attribué le pouvoir de demander le déclenchement d'une expertise de gestion. Il intervient également en tant que contrôleur des contrôleurs. Il peut demander la récusation d'un commissaire aux comptes ainsi que prendre des mesures disciplinaires à leur égard. D'ailleurs, une autre autorité publique a été érigée dans le même sens. Il s'agit du Haut Conseil du commissariat aux comptes (H3C), création de la loi du 1<sup>er</sup> août 2003 dont la mission est d'assurer la surveillance de la profession et de veiller au respect de la déontologie et de l'indépendance des commissaires aux comptes.

**834.** *In fine*, la première partie de la démarche adoptée par la loi a donc été de multiplier les acteurs de contrôle spécialisés et de valoriser les organes de contrôle existant que ce soit tant dans leurs prérogatives de contrôle que dans leurs mises en œuvre. Cependant pour optimiser pleinement son action visant à garantir l'effectivité du contrôle des dirigeants, le législateur a consécutivement entrepris des réformes visant à responsabiliser les contrôleurs.

## **Section II - La responsabilisation des organes de contrôle**

**835.** C'est la crainte de la sanction qui peut assurer une effectivité au droit. Si la sanction permet de garantir l'effectivité des mécanismes de contrôle à l'égard des dirigeants, la valeur normative de la sanction est la même à l'égard des contrôleurs. En d'autres termes, en faisant peser un risque de sanction plus élevé sur les organes de contrôle, cela incite corrélativement ces derniers à la mise en œuvre effective de leurs prérogatives. C'est donc la voie choisie par le législateur, appuyé dans son action par la jurisprudence, pour compléter la démarche globale de renforcement du contrôle de la gestion des sociétés commerciales. On applique dès lors le postulat selon lequel : l'accroissement de la responsabilité des conseils engendre consécutivement une responsabilisation de ces derniers.

---

<sup>655</sup> Sur le sujet V. : A. Robert, *Le rapport de gestion et l'environnement : obligations, contrôles et sanctions*, Environnement, 2012, n° 5, étud. 7.

<sup>656</sup> Le Parquet est le plus souvent informé par l'Autorité des marchés financiers qui lui fait part de plaintes d'actionnaires, de créanciers ou de résultats d'enquêtes. Les commissaires aux comptes doivent également relever au Procureur un certain nombre d'infractions qu'ils ont pu relever au cours de leur mission de contrôle.

**836.** Les associés et actionnaires ne peuvent se voir contraints d'exercer un contrôle de la gestion, néanmoins l'exercice de celui-ci est incité par la loi qui prévoit l'obligation pour les associées de contribuer aux pertes. Ces derniers supportent les conséquences d'une mauvaise gestion. Dès lors, ce devoir garantit indirectement l'effectivité de leur contrôle. En revanche, il en va différemment pour les autres organes de contrôle et notamment pour les conseils d'administration et de surveillance (§1), ainsi que pour les commissaires aux comptes (§2). Afin de s'assurer de l'exercice effectif de leur contrôle, le droit prévoit la mise en jeu de leurs responsabilités en cas de défaillances ou d'abstentions dans leurs contrôles. Cette responsabilisation des contrôleurs participe assurément à l'effectivité du contrôle de la gestion dans les sociétés où ils interviennent.

### **§1-La responsabilisation des conseils en matière de contrôle**

**837.** La responsabilisation<sup>657</sup> des organes de contrôle était essentielle à l'optimisation du contrôle de la gestion. C'est à ce titre que le droit des sociétés permet d'engager la responsabilité des membres des conseils de surveillance (A) ainsi que celle des membres des conseils d'administration (B).

#### **A-La responsabilité des membres du conseil de surveillance**

**838.** Qu'il s'agisse des membres du conseil de surveillance de sociétés anonymes ou de sociétés en commandite par actions, ces derniers encourent la même responsabilité. L'article L.225-257 et l'article L. 226-13 du code de commerce prévoient tous deux qu'ils peuvent être déclarés civilement responsables des délits commis par les gérants ou le directoire, si, en ayant eu connaissance, ils ne les ont pas révélés à l'assemblée générale. De plus, la loi prévoit qu'ils sont responsables des fautes personnelles commises dans l'exécution de leur mandat.

**839.** La loi fait donc peser un risque de responsabilité sur les membres du conseil dans le cadre de leur mission de surveillance. En outre, la responsabilité des membres peut être recherchée lorsque ces derniers outrepassent leur mission et exerce une direction de fait. Cependant, là n'est pas le propos. Il est opportun de limiter l'étude aux fautes commises dans leur fonction de surveillance en tant qu'organe de contrôle.

---

<sup>657</sup> Le terme de responsabilisation a été volontairement choisi afin de souligner le procédé didactique employé par le législateur et la jurisprudence. Il s'agit de renforcer la responsabilité des conseils pour faire prendre conscience à ces derniers du risque de responsabilité qui pèse sur eux et ainsi inciter à une mise en œuvre effective de leurs prérogatives de contrôle.

**840.** Ainsi, ces derniers peuvent voir leur responsabilité mise en jeu lorsque qu'ils n'exercent pas un contrôle assez strict et assez présent de la gestion du directoire ou des gérants. En effet, leur mission de contrôle doit les amener à connaître et à dénoncer les erreurs ou les fautes commises par le directoire. Dès lors, il paraît normal que leur responsabilité puisse être engagée, « *soit, lorsque du fait d'une mauvaise exécution de leur mission de contrôle, ils n'ont pas découvert de fautes du directoire, soit, lorsque les ayant connues, ils ne les ont pas dénoncées à l'assemblée générale* <sup>658</sup>».

**841.** Cette responsabilité participe à l'effectivité de leur mission, même si la jurisprudence n'apporte pas beaucoup d'exemples<sup>659</sup> de mise en jeu de la responsabilité des membres de conseil de surveillance. Il est vrai que la faute de surveillance est difficile à caractériser. Toutefois, cela peut aussi être interprété comme le signe suivant lequel la règle légale agit comme un élément de responsabilisation des conseils et remplit sa fonction normative. *En est-il de même des administrateurs de la société anonyme ?*

## **B-La responsabilité des administrateurs**

**842.** Deux orientations sont suivies par la loi afin de responsabiliser les conseils d'administration. Le formalisme matérialisé par des obligations de justification qui augmentent les hypothèses de mise en cause de la responsabilité des administrateurs et le renforcement par les juges de la responsabilité de ces derniers.

**843. L'obligation de justification : un facteur de responsabilisation-** L'accroissement du formalisme est une tendance concomitante au développement des obligations d'information. En effet, la transmission de l'information passe nécessairement par la technique des rapports. Ce formalisme participe aujourd'hui incontestablement à la responsabilisation des conseils. Ces dernières années, on a vu apparaître de nouvelles obligations à la charge des conseils d'administration. On peut citer notamment, l'obligation de motiver les conventions réglementées<sup>660</sup>. Le conseil doit au titre de l'article L. 225-38 du code de commerce justifier les autorisations accordées. Si cette obligation de motivation avait été préconisée pour les sociétés cotées par l'Autorité des marchés financiers dans son rapport de 2012<sup>661</sup>, le législateur a décidé de l'étendre à l'ensemble des sociétés anonymes. Depuis l'entrée en

---

<sup>658</sup> J-J. Cassain et H. Azarian, *Conseil de surveillance*, J.-Cl « sociétés traité », fasc. 133-60, 2014, n°172.

<sup>659</sup> Cass. com., 6 février 1979, n° 77-13.264, Rev. soc. 1979, p. 548, note Y. Guyénot ; BJS 1979, p. 225, § 109. La Cour reconnaît toute une série de fautes de surveillance à la charge de membres du conseil de surveillance et approuve l'engagement de leur responsabilité civile.

<sup>660</sup> L'obligation de motiver les autorisations accordées impose en amont d'exercer un contrôle des conventions afin de pouvoir les justifier. Ce formalisme permet de s'assurer de l'exercice effectif d'un pan du contrôle de la gestion.

<sup>661</sup> AMF, recomm. n° 2012-05, 2 juill. 2012 sur les assemblées d'actionnaires de sociétés cotées, proposition n° 24.

vigueur de l'ordonnance n° 2014-863 du 31 juillet 2014, la motivation de la décision est obligatoire dans toutes les sociétés anonymes<sup>662</sup>. Dès lors, les conseils d'administration ainsi que d'ailleurs les conseils de surveillance, doivent justifier de l'intérêt de la convention pour la société et préciser les conditions financières qui y sont attachées. Si initialement, cette mesure a été prise pour prévenir de susceptibles conflits d'intérêts, on peut considérer qu'elle est aussi un vecteur de responsabilisation des conseils.

**844.** En effet, elle vient compléter le mécanisme d'autorisation. Une étape supplémentaire est franchie, la loi exige un contrôle plus effectif des conseils qui doit être désormais « prouvé » par la motivation. Il s'agit de ne plus s'arrêter à l'affirmation selon laquelle la convention est conforme à l'intérêt social. Désormais, cette obligation nécessite de mettre en œuvre une véritable analyse des conventions réglementées et ainsi de s'assurer d'un véritable contrôle sur ces conventions par le conseil d'administration.

**845.** L'Autorité des marchés financiers recommande à ce titre de nommer un expert indépendant lorsque la conclusion d'une convention est susceptible d'avoir un impact significatif sur le bilan ou les résultats de la société et/ou du groupe. Pour reprendre l'exemple de L. Athlan, l'obligation de motivation est significative dans la mesure où la convention peut être lourde de conséquences en termes de responsabilités pour les administrateurs. C'est notamment le cas dans l'hypothèse d'une convention de trésorerie par une société holding avec les autres sociétés du groupe. Lorsqu'un prêt sans intérêts entre sociétés d'un même groupe intervient « *la motivation du conseil pour ce type de convention devra être rédigée de manière suffisamment précise, avec en toile de fond le risque de se voir reprocher par l'Administration fiscale un acte anormal de gestion, le holding n'ayant pas vocation à faire un acte gratuit, à moins de motiver l'autorisation de la convention et de faire valoir l'intérêt du groupe sur celui de l'intérêt social de la filiale, mais jamais à ses dépens*<sup>663</sup> ». La motivation est dès lors une source de responsabilité pour les administrateurs : une mauvaise motivation ou une motivation insuffisamment justifiée peut porter atteinte à l'autorisation qui pourra sous cet angle être jugée contraire à l'intérêt social.

**846.** Toujours dans ce domaine des conventions réglementées, à l'instar des actionnaires, le conseil doit procéder chaque année à un examen des conventions conclues et autorisées au

---

<sup>662</sup> Sur le sujet : L. Athlan, *L'obligation du conseil de motiver les décisions d'autorisation des conventions réglementées*, Cah. dr. entr. 2015, n° 2, doss. 10 ; G. Gaède, *L'ordonnance relative au droit des sociétés, choc de simplification ou esthétique du fragment ?* RDLA 2014, n° 98 ; D.Schmidt, *Dispositions relatives aux conventions réglementées dans les sociétés anonymes*, Rev. soc. 2014, p. 616.

<sup>663</sup> L. Athlan, art. cit., doss. 10.

cours d'exercices antérieurs dont l'exécution a été poursuivie au cours du dernier exercice. Cette obligation fera l'objet d'un rapport qui permettra à l'assemblée de se prononcer au sujet de ces conventions. Là encore, le conseil devra rédiger un rapport motivé pour qu'il soit mis fin ou non à ces conventions au vu de la situation de la société au moment du contrôle.

**847.** L'effet contraignant de ces nouvelles mesures incite à s'interroger sur les sanctions potentielles. Si jusqu'à présent la nullité des conventions réglementées et la responsabilité de l'intéressé ne sont traditionnellement encourues que si la convention a eu des conséquences préjudiciables ou dommageables pour la société<sup>664</sup>, aucune sanction n'est prévue pour le cas de l'absence ou l'insuffisance manifeste de motivation. Toutefois, on peut penser d'une part que dans cette dernière hypothèse, même en l'absence de sanction spécifique, l'attitude des administrateurs est un indice de négligence qui pourra être retenu par les juges au titre d'une faute de gestion. D'autre part, on pourrait penser que par ces nouvelles obligations, « *le régime ne tend plus seulement à éviter que de « mauvaises » conventions soient conclues avec le dirigeant ou les actionnaires principaux : il tend à assurer que la convention est « bonne » pour la société, qu'elle sert son intérêt* <sup>665</sup> », ce qui par conséquent, accroît la responsabilité des conseils et incite corrélativement à une responsabilisation de ces derniers.

**848.** Dans un autre domaine, le rapport sur la composition des conseils, des conditions de préparation et d'organisation des travaux du conseil d'administration ainsi que sur le contrôle interne dans les sociétés cotées, s'inscrit dans la même démarche : contraindre le conseil d'administration à exercer réellement un contrôle de la gestion. Sans s'étendre de nouveau sur cette procédure précédemment exposée, il faut relever que par le rapport sur le contrôle interne, le législateur oblige le conseil à s'interroger sur les dispositions mises en œuvre par la société relative au contrôle interne et à la gestion des risques et à faire part de ses constatations. Le conseil doit justifier des mesures prises et de celles qui ne le sont pas par la direction tandis, que le rapport sur le fonctionnement interne du conseil<sup>666</sup> vise à une auto-évaluation de cet organe ce qui participe en aval à l'effectivité de ses missions de contrôle. Si aucune sanction spécifique n'est prévue par le législateur à l'égard de ces rapports<sup>667</sup>, il n'en

---

<sup>664</sup> Art. L. 225-41, al. 2 et art. L. 225-42, al. 1 du C. com.

<sup>665</sup> M. Roussille, *Ordonnance du 31 juillet 2014 : dispositions relatives aux conventions réglementées*, Dr. sociétés 2014, n° 10, comm. 144.

<sup>666</sup>V. sur le sujet : E. Boullay et J-B. Colomb, *L'apport de l'évaluation des conseils d'administration au gouvernement d'entreprise*, Cah. dr. entr. 2016, n° 2, doss. 13.

<sup>667</sup> A l'instar du rapport de gestion, l'incomplétude du rapport interne ou l'omission d'information partielle n'encourt pas la nullité des délibérations de l'assemblée générale. En revanche toute personne qui s'estimerait lésée par des mentions inexacts contenues dans le rapport pourrait choisir d'engager la responsabilité civile des administrateurs s'il est avéré que ces derniers ont manqué à leurs devoirs.



demeure pas moins, qu'au titre du droit commun, ces nouvelles obligations peuvent être sanctionnées et par conséquent être un nouveau facteur de responsabilité des conseils.

**849.** Dès lors la multiplication des obligations légales de contrôle à la charge des conseils d'administration entraîne consécutivement une multiplication des hypothèses de responsabilité des administrateurs. Or plus le poids de la responsabilité est important, plus les administrateurs doivent faire preuve de rigueur dans l'exercice de leur contrôle. Cette inflation législative peut être considéré comme un facteur de responsabilisation des conseils. Un second facteur doit retenir l'attention. Il s'agit de conception extensive de la responsabilité des administrateurs par les juges qui participe à ce phénomène de prise de conscience. L'augmentation du risque pesant sur eux incite les administrateurs à une mise en œuvre effective du contrôle de la gestion sociale par les dirigeants.

**850. La responsabilité des administrateurs et la rigueur de la jurisprudence** - Le législateur organise la responsabilité des administrateurs aux articles L. 225-251 et suivants du code de commerce. Il prévoit une responsabilité individuelle ou solidaire selon les cas<sup>668</sup> et ce pour différentes causes : pour des infractions aux dispositions législatives ou réglementaires applicables aux sociétés anonymes, soit pour violations des statuts, soit pour des fautes commises dans leur gestion. Parmi ces causes, les juges retiennent largement la responsabilité des administrateurs pour les fautes commises dans l'exercice de leur mission de contrôle. Une jurisprudence foisonnante existe sur la responsabilité des administrateurs en ce domaine. A ce titre, les juges imposent la prudence à ces derniers. Ainsi, « *lorsque les renseignements nécessaires à un contrôle sérieux de l'administration de la société ne leur sont pas fournis, les administrateurs commettent une faute en ne demandant pas un complément d'information*<sup>669</sup> », ce qui traduit une obligation d'investigation renforcée. La jurisprudence requiert en outre la diligence des administrateurs dans leur mission de contrôle. En ce sens, la passivité<sup>670</sup> et l'insuffisance du contrôle des administrateurs sont rigoureusement sanctionnées.

---

<sup>668</sup> De façon individuelle : la jurisprudence énonce que « commet une faute individuelle, chacun des membres du conseil d'administration [...] d'une société anonyme qui, par son action ou son abstention, participe à la prise d'une décision fautive de cet organe, sauf à démontrer qu'il s'est comporté en administrateur prudent et diligent, notamment en s'opposant à cette décision » (Cass. com., 30 mars 2010, n° 08-17.841, D. 2010, p. 960, obs. A. Lienhard ; Dr. sociétés 2010, comm. 117, note M. Roussille ; D. 2010, p. 1678, note B. Dondero ; JCP E 2010, 1416, note A. Couret). De façon solidaire : il en est ainsi lorsque la faute est imputable à plusieurs d'entre eux ou à l'ensemble du conseil d'administration.

<sup>669</sup> CA Aix, 3 févr. 1966, Dame veuve Roger S. et Dame Louis A., Rev. soc. 1966, p. 437, note Plaisant.

<sup>670</sup> La responsabilité des administrateurs peut être mise en cause « lorsqu'ils n'ont exercé aucune surveillance sur la tenue par le P-DG des comptes sociaux. Ces comptes, irréguliers, avaient été présentés à un établissement financier pour l'amener à prendre une participation dans la société » (CA Paris, 24 janv. 1986, BRDA 1986, n° 9, p. 9) ; la passivité de l'administrateur est constitutive d'une faute (CA Versailles, 13e ch., 21 oct. 1993, BJS 1994, n° 1, p. 99, note P. Le Cannu ; Cass. com., 31

**851.** De plus, la jurisprudence renforce le phénomène recherché de responsabilisation des administrateurs en faisant courir sur eux une présomption de responsabilité<sup>671</sup>. En effet, un administrateur hostile à une décision prise par le conseil d'administration doit pour se désolidariser faire consigner son opposition au procès-verbal de la réunion car son abstention ou son vote en sens contraire ne peuvent suffire à l'en exonérer. Ainsi les décisions témoignent d'une sévérité croissante à l'égard des administrateurs.

**852.** Par conséquent, cette rigueur de la jurisprudence incite les administrateurs à faire preuve de diligence et de prudence dans l'exercice de leur mission de contrôle<sup>672</sup>. Ils sont exhortés à militer au sein du conseil contre les décisions fautives, exprimer leurs réticences et inciter les dirigeants à agir d'une certaine manière, compte tenu des informations qu'ils reçoivent et dans l'absolu, ils devraient même démissionner. Le contrôle de la gestion est ainsi galvanisé car plus concret et de meilleure qualité. Ainsi la loi dont l'effectivité est assurée par les tribunaux, engendre une responsabilisation des administrateurs.

**853.** La tendance lourde du législateur et des tribunaux à sanctionner les administrateurs produit des effets certains. D'une part la responsabilité supplémentaire retenue par les juges lorsque les administrateurs font partie d'un comité d'audit est une source supplémentaire de responsabilité. Les tribunaux peuvent apprécier l'existence d'une faute dans l'obligation de suivi inhérente à la fonction de membre du comité d'audit. A ce sujet, la jurisprudence se montre assez stricte. La responsabilité des administrateurs est appréciée sévèrement en raison notamment de la rémunération supplémentaire qui leurs est allouée pour l'exercice de la mission d'audit.

**854.** D'autre part, par une nouvelle disposition légale issue de la loi *Sapin II* n° 2016-1691 du 9 décembre 2016. Cette dernière impose aux sociétés qui établissent des comptes consolidés de mettre en place des actions de prévention et de détection portant sur la société consolidante ainsi que sur l'ensemble des filiales ou des sociétés qu'elle contrôle. Les organes directement visés par cette disposition sont les dirigeants pris au sens strict du terme. Néanmoins, comme

---

janv. 1995, n° 92-21.548, JCP E 1995, pan., n° 361 ; de même Cass. com., 30 oct. 2000, n° 98-12.431, BJS 2001, p. 27, note J.-J. Daigre ; Cass. com., 25 mars 1997, n° 95-10.995, JCP E 1997, I, n° 676, n° 1, obs. A. Viandier et J.-J. Caussain ; BJS 1997, p. 799). Plus récemment, l'inertie des administrateurs a été sanctionnée (Cass. com., 31 mai 2011, n° 09-13.975, BJS 2011, p. 817, n° 405, note B. Saintourens ; JCP E 2011, 1655, note A. Couret et B. Dondero).

<sup>671</sup> Participation de l'administrateur à une décision fautive : « les administrateurs, qui doivent débattre de toutes les difficultés portées à leur connaissance, ce qui était le cas des réserves des commissaires aux comptes, ne sauraient arguer de ce qu'ils n'avaient pas connaissance du caractère trompeur tant des comptes que de ces communiqués pour s'exonérer de leur responsabilité. Et la démission de l'un d'eux, jugée trop tardive, ne suffit pas non plus à l'exonérer ». (Cass. com., 9 mars 2010, n° 08-21.547, BJS 2010, n° 109, p. 537, note D. Schmidt ; JCP E 2010, 1483, note S. Schiller ; Rev. soc. 2010, p. 203, note H. Le Nabasque ; RTD com. 2010, p. 407, obs. N. Rontchevsky).

<sup>672</sup> Cf. V. Magnier, *Qu'est-ce qu'un administrateur « prudent et diligent » ?* BJS 2012, n° 1, p.75 ; A. Bebe Epale, *L'administrateur inerte*, BJS 2011, n° 196, p.6.

le souligne le Professeur Poracchia, « *cela ne signifie cependant pas que les autres organes de direction ou de surveillance de la société n'aient aucune obligation à cet égard. En effet, bien que la loi ne mette pas expressément à la charge des administrateurs ou des membres du conseil de surveillance la mise en place et le contrôle du respect des dispositions du II de l'article 17, cette obligation incombe à la société. Or, on peut imaginer que le directoire, le conseil d'administration, le conseil de surveillance, puissent, dans le cadre de leurs missions soit de direction, soit de contrôle, prendre des décisions pouvant conduire la société à ne pas respecter ses obligations. Dans ces situations, la responsabilité des membres des organes précités devrait pouvoir être engagée dans les conditions du droit commun*<sup>673</sup> ». A ce titre, une nouvelle obligation vient alourdir la responsabilité des administrateurs dans leur fonction de contrôleur.

**855.** Quant à la nature de la responsabilité engagée, outre leur responsabilité civile, les administrateurs encourent une responsabilité pénale voir même administrative. Cette dernière peut être engagée par l'Autorité des marchés financiers. Le règlement général de l'Autorité des marchés financiers à l'article L. 632-1 vise « toute personne » qui aurait commis un manquement. Au titre de cet article, la jurisprudence reconnaît la responsabilité individuelle des administrateurs : « *en principe il n'est pas possible d'engager la responsabilité individuelle d'un ou plusieurs membres d'un organe collégial, car on ne peut pas connaître l'identité de ceux qui ont opiné dans le sens de la décision prise par le collège (...) sauf à ce qu'il ait été investi de pouvoirs particuliers ou qu'il soit démontré qu'il a personnellement communiqué au public une information inexacte, imprécise ou trompeuse*<sup>674</sup> ». Dès lors une démarche personnelle ou une implication particulière dans la diffusion de fausses informations peut entraîner une sanction pécunière à l'égard de l'administrateur concerné.

**856.** Ce même risque pèse sur l'administrateur au plan pénal. En présence d'une participation personnelle et de mauvaise foi à la diffusion d'informations litigieuses, les juges peuvent retenir une sanction au titre de l'article L. 465-2 du code monétaire et financier. Si sur ces deux plans la mise en cause de la responsabilité n'est pas le principe, il n'en reste pas moins qu'un risque pèse malgré tout sur eux.

**857.** Quant au plan civil, ce risque est d'ailleurs substantiel lorsque la société est *in bonis*. Il l'est encore plus lorsque la société présente des difficultés économiques. C'est de

---

<sup>673</sup> D. Poracchia, *Aspects de droit des sociétés de la loi relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique du 9 décembre 2016*, BJS 2017, n° 1, p.65.

<sup>674</sup> Déc. Comm. sanctions AMF, 24 mai 2007, sté Rhodia.

jurisprudence constante<sup>675</sup> que les juges sanctionnent les administrateurs passifs à payer une partie de l'actif. En ce sens, la jurisprudence engage la responsabilité de l'administrateur pour défaut de déclaration de cessation de paiements. Il est exigé de l'administrateur l'accomplissement des formalités nécessaires à la déclaration de la cessation des paiements et qu'en omettant de le faire il était passible de l'interdiction de gérer, comme le prévoyait la loi de 1985. Un arrêt du 31 mai 2011<sup>676</sup> réaffirme d'ailleurs cette position.

**858.** Cette analyse du droit atteste du fait que les administrateurs ont un intérêt évident à exercer leur mission de surveillance et à l'exercer correctement, compte tenu du risque important de mise en cause de la responsabilité qui pèse sur eux. Dans le même sens, la *corporate governance* a également incité le législateur, à revoir la responsabilité qui pèse sur les commissaires aux comptes pour s'assurer de l'exercice de leur mission.

## **§2-La responsabilisation des commissaires aux comptes**

**857.** Le nombre d'actions en responsabilité à l'encontre des commissaires aux comptes ne cesse d'augmenter. Cette évolution traduit la volonté des autorités publiques d'assurer un contrôle effectif en vue d'une transparence dans la vie des affaires. En outre, « *elle participe de la mouvance plus générale, y compris aux États-Unis, d'une responsabilisation massive qui pèse sur tout professionnel, quel qu'il soit, surtout au demeurant lorsque, comme le commissaire aux comptes, il bénéficie d'un monopole dans l'exercice de sa profession* <sup>677</sup> ». La crise financière a été l'élément déclencheur d'une réforme qui a conduit le législateur à renforcer la responsabilité des commissaires aux comptes dans l'exercice de leurs fonctions. Le rôle de pivot du commissaire dans le contrôle et la transparence de la gestion des sociétés exigeait un renforcement en la matière. L'Autorité des marchés financiers affirmait en ce sens que le commissaire « *est une garantie essentielle de la fiabilité des données communiquées aux actionnaires et aux investisseurs* <sup>678</sup> » ce qui explique que, la jurisprudence soit venue au soutien de cette tendance, en se montrant plus sévère que par le passé à l'égard de ces professionnels et d'autant plus, que la responsabilité de ces derniers est maintenant recherchée tant au plan civil, que pénal, ainsi qu'au plan disciplinaire. Ainsi le droit tend à une intensification de la responsabilité qui pèse sur cet organe de contrôle. Pour illustrer cette

---

<sup>675</sup> Voir notamment : Cass. com., 7 juill. 1998, n° 96-13.117, BJS 1998, n° 12, p. 1297, note P. Le Cannu ; CA Versailles, 13e ch., 21 oct. 1993, n° 507, BJS 1994, n° 1, p. 99, note P. Le Cannu.

<sup>676</sup> Cass. com., 31 mai 2011, n° 09-13975, BJS 2011, n° 405, p. 817, note B. Saintourens ; JCP E 2011, 1655, note A. Couret et B. Dondero.

<sup>677</sup> D.Poracchia, L. Merland et M. Lamoureux, *Commissaire aux comptes*, Rép. sociétés Dalloz, 2016, n° 425.

<sup>678</sup> Déc. sanction AMF, 18 nov. 2004, BJS 2005, p. 768, note J.-J. Daigre.

tendance un exposé succinct des différentes responsabilités qui pèsent sur les commissaires aux comptes s'impose.

**858. Une responsabilité civile largement retenue** - La responsabilité civile du commissaire aux comptes est une responsabilité pour faute. Le principe en vigueur est le suivant : « *les commissaires aux comptes sont responsables, tant à l'égard de la personne ou de l'entité que des tiers, des conséquences dommageables des fautes et négligences par eux commises dans l'exercice de leurs fonctions* ». Sa responsabilité peut être engagée pour inexécution ou pour une mauvaise exécution des obligations légales et réglementaires qui lui sont imposées ainsi que pour des manquements à ses obligations professionnelles.

**859.** La faute du commissaire aux comptes réside, en principe, dans le fait de n'avoir pas mis en œuvre tous les moyens nécessaires pour remplir efficacement sa mission. Les commissaires sont redevables d'une obligation de moyens<sup>679</sup> envers la société, les diligences attendues étant celles d'un « bon père de famille ». Dès lors lorsque le commissaire aux comptes a exécuté sa mission dans des conditions normales, sa responsabilité ne peut être retenue comme le rappelle un arrêt récent du 23 juin 2015<sup>680</sup> : « *le mode opératoire particulier mis en œuvre par la salariée, comptable chevronnée, allié au faible volume des détournements au regard du chiffre d'affaires global de la société, explique que les irrégularités aient échappé au commissaire aux comptes lors des sondages qu'il était seulement tenu de réaliser dans le cadre de sa mission de certification, à l'exclusion de la vérification exhaustive de la comptabilité de la société ; qu'il en déduit que la faute reprochée n'est pas caractérisée* ». En revanche, un arrêt du 17 janvier 2012, affirme que lorsqu'un expert-comptable et un commissaire aux comptes exercent conjointement leur mission, le fait pour ce dernier de ne pas avoir pris contact avec l'expert-comptable pour s'informer du contenu de sa mission et se faire éventuellement communiquer ses travaux caractérise un comportement approximatif témoignant d'un manque de soin dans son contrôle constitutif d'une faute<sup>681</sup>. Les juges considèrent qu'une certification correcte passe par un ensemble de sondages, rapprochements bancaires et demandes de confirmation qui sont autant d'outils de contrôle à la disposition du commissaire. En l'espèce, la simple vérification auprès d'un des principaux partenaires aurait révélé la fraude.

---

<sup>679</sup> CA Rennes, 27 mai 1975 qui affirme la première fois ce principe. (Rev. soc. 1976, p. 120, note Y. Guyon ; Gaz. Pal. 1975, n° 2, p. 525, note A.P.S. ; RTD com. 1976, p. 561, n° 29, obs. R. Houin). Dans le même sens, un arrêt du 19 mai 1987, (Cass. civ. 1<sup>er</sup>, 85-16.753), puis un arrêt de la chambre commerciale du 9 février 1988 (Cass. com., 9 fév. 1988, n° 86-13.121, LPA 1988, p. 13, note P. Moretti ; BJS 1988, p. 275, note P.L.C. ; Rev. soc. 1988, p. 555, note J. Monége).

<sup>680</sup> Cass. com., 23 juin 2015, n° 14-14.242, Rev. soc. 2016, p. 51, note P. Merle.

<sup>681</sup> Cass. com., 17 janv. 2012, n° 10-28.668, Rev. soc. 2013, p. 43, note T. Granier.

**860.** A noter que la nature de l'obligation a une incidence sur la charge de la preuve. C'est au demandeur à prouver la négligence du commissaire aux comptes. Le juge apprécie la faute de celui-ci à l'aune du bon professionnel. A l'occasion de cette appréciation, l'analyse de la jurisprudence démontre une position assez sévère retenue à l'encontre de ces professionnels. Il semble que l'intensité de l'obligation de moyen exigée est tirée vers le haut. Les juges imposent une obligation de moyen que certains auteurs qualifient de « renforcée »<sup>682</sup>, d'autant plus que le législateur impose pour certaines obligations de contrôle, une obligation de résultat. Par exemple cela vaut pour l'établissement d'un rapport sur les conventions réglementées passées par les dirigeants avec la société, pour la convocation des organes de direction et de l'assemblée lorsque les dirigeants sont en état de carence, ainsi que pour l'information des organes de direction et de l'assemblée en cas de constatation d'irrégularités ou d'inexactitudes ou encore s'agissant de l'information des organes de direction et de l'assemblée en cas de constatation de faits délictueux.

**861.** Ainsi pour résumer : la responsabilité peut être retenue chaque fois que le commissaire aux comptes « *n'a pas exercé les pouvoirs que la loi lui donne pour faire cesser la gabegie qui régnait dans la société, le désordre de la comptabilité, l'absence de fiabilité des bilans présentés sur son rapport à l'approbation des actionnaires, qu'il a donné aux dirigeants la possibilité de poursuivre une gestion désastreuse, privant ainsi les créanciers d'une chance de réduction de la perte éprouvée* »<sup>683</sup> ou que le commissaire a fait preuve de négligence dans l'exercice de ces fonctions. Les juges sanctionnent par conséquent en matière de contrôle : l'absence de contrôle ou un contrôle sommaire, la négligence fautive engendrée par une insuffisance de vérifications ainsi que par la mauvaise qualité des contrôles exercés, la violation d'une disposition légale ou réglementaire. Ils sanctionnent de plus, les fautes relatives à la certification des comptes ainsi que des fautes concernant les informations, observations et commentaires relatifs aux comptes et à la situation de l'entreprise ou encore les fautes concernant l'obligation de signaler à la prochaine assemblée les inexactitudes et irrégularités des comptes et infractions, celles relatives à l'obligation de présenter un rapport spécial sur les conventions réglementées dont il a eu connaissance, celles concernant l'obligation de déclencher l'alerte et pour finir cette énumération, les fautes pour non convocation de l'assemblée en cas de carence des organes de direction.

---

<sup>682</sup> J. Mestre et D. Velardocchio et A-S. Mestre-Chami, op. cit., n°1282.

<sup>683</sup> CA Aix-en-Provence, 29 mai 1981, Bull. CNCC n° 45, 1982, p. 44, D. 1982, IR 66, obs. F. Derrida.

**862.** Deux remarques doivent être formulées relativement à cette liste. D'une part, les réformes successives ont considérablement augmenté les missions de contrôle des commissaires aux comptes ; par conséquent se sont multipliées les occasions où se trouvent réunies les conditions de leur responsabilité. D'autre part, elles témoignent de la sévérité des juges concernant la responsabilité des commissaires aux comptes. La profusion de fautes retenues contre ces professionnels dans la jurisprudence atteste de la rigueur attendue par les juges dans l'exercice de leurs missions de contrôle de la gestion. La mise en cause extensive de la responsabilité civile des commissaires aux comptes participe à une responsabilisation de ces derniers, ce qui améliore l'effectivité de son contrôle. La responsabilité civile n'est pas la seule retenue. Ils encourent une responsabilité pénale.

**863. Conception large de la responsabilité pénale**<sup>684</sup> – Il s'agit à présent de se référer aux textes légaux pour apprécier le positionnement du législateur vis à vis de la responsabilité pénale des commissaires aux comptes. Celle-ci a été consacrée par les articles L. 828-1 et suivants du code de commerce. Les infractions relatives à l'organisation du contrôle légal ou aux conditions d'exercice des fonctions de commissaires aux comptes ne seront pas développées. Ce qui nous intéresse en l'espèce, est la manière dont la responsabilité de cet organe est retenue dans l'exercice de sa mission de contrôle dans la mesure où cette responsabilité doit inciter le commissaire aux comptes à un contrôle effectif de la gestion de la société dans la limite des prérogatives pour lesquelles il est investi.

**864.** Le législateur a prévu un certain nombre d'infractions pénales qui pouvaient être commises par des commissaires aux comptes dans l'accomplissement de leurs fonctions : « *la violation du secret professionnel, la communication d'informations mensongères, la non-révélation de faits délictueux, et, en particulier, de blanchiment, le défaut d'information sur l'identité des détenteurs de participations significatives, le défaut d'information sur les prises de participation significatives dans les sociétés ayant leur siège social sur le territoire de la République française, la communication d'informations inexactes sur la suppression du droit préférentiel de souscription, et la représentation des obligataires* »<sup>685</sup>. Le nombre des infractions qui concernent le commissaire aux comptes est étendu et reflète les multiples facettes de sa mission complexe.

---

<sup>684</sup> F. Salomon, *Les commissaires aux comptes et le droit pénal - 1 partie*, Dr. sociétés 2004, n° 4, chron. 4.

<sup>685</sup> D. Poracchia, L. Merland et M. Lamoureux, op. cit., n° 748.

**865.** En pratique le commissaire aux comptes est fréquemment condamné en tant que complice des infractions commises par les dirigeants<sup>686</sup>. En effet, lorsque les infractions spécifiques à l'exercice des missions du commissaires aux comptes ne sont pas incriminables, la jurisprudence cherche alors à retenir la responsabilité du commissaire aux comptes, en qualité de complice des infractions commises par les dirigeants sociaux. C'est donc le droit commun de la complicité qui peut s'appliquer. La complicité est d'autant plus retenue que l'on constate, « *en droit pénal des affaires, une tendance de la jurisprudence à imputer au complice des abstentions, et ce malgré la lettre de l'article 121-7 du Code pénal, qui exige que la complicité se traduise par un acte positif, d'aide ou d'assistance*<sup>687</sup> ». C'est en ce sens, que les juges sanctionnent le comportement passif du commissaire aux comptes, qui par son abstention ou son inaction, laisse commettre l'infraction par le dirigeant. C'est le cas lorsque le commissaire certifie sans aucune réserve des comptes sociaux manipulés dans le but d'occulter un abus ou une fraude. Quant à l'élément moral de l'infraction, il est caractérisé par la simple connaissance, sans la relever, du caractère mensonger des informations communiquées par le dirigeant.

**866.** Un arrêt illustre cette tendance de la jurisprudence à la présomption de responsabilité pénale pour les infractions autonomes des commissaires aux comptes<sup>688</sup>. Il s'agissait d'une condamnation pour l'infraction de non-révélation de faits délictueux. Si l'élément intentionnel d'une infraction est aujourd'hui souvent présumé par les juges<sup>689</sup>, cet arrêt va encore plus loin ; les juges déduisent l'élément matériel de l'infraction de la commission d'une autre infraction, voire de l'étendue du préjudice subi par la victime. Il n'est donc pas nécessaire de démontrer que le commissaire aux comptes ait eu connaissance des faits délictueux, ni qu'il ait sciemment omis de les révéler car selon les juges « *il en avait nécessairement connaissance compte tenu de leur ampleur* ».

**867.** Dès lors, lorsqu'une infraction spécifique est incriminée, le législateur et la jurisprudence entendent de façon particulièrement extensive l'élément matériel et moral de certaines infractions. Un autre exemple atteste de cette tendance, relatif au délit de communication d'information mensongère. Sur l'élément matériel, le texte incrimine indifféremment le fait de

---

<sup>686</sup> Deux arrêts récents illustrent le délit de complicité : Cass. crim., 31 janv. 2007, n° 06-81.258 et Cass. crim., 31 janv. 2007, n° 05-85.886, RLDA 2007, n° 14, note S. P.

<sup>687</sup> R. Salomon, *Responsabilité pénale des commissaires aux comptes*, Dr. sociétés 2011, n° 10, comm.182.

<sup>688</sup> Cass. crim., 25 févr. 2009, nos 08-80.314 et 01-80.812, RLDA 2009, n° 39, note W. Feugère.

<sup>689</sup> Comme le démontre les formules maintenant consacrées, « ne pouvait ignorer que », « ne pouvait pas ne pas savoir que », ce que certains auteurs ont appelé théorie de la connaissance obligée (Chantal Cutajar) voire de l'ignorance interdite (Yvonne Muller-Lagarde).



« *donner ou de confirmer* » une information mensongère. Quant à la jurisprudence, si en principe ce délit est une infraction de commission, néanmoins elle sanctionne une simple abstention ou une réticence du commissaire aux comptes, dès lors que celle-ci est délibérée. Les juges ont ainsi considéré qu'est constitutif du délit d'information mensongère le fait pour un commissaire aux comptes de ne pas démentir une information mensongère, ce qui équivaut en fait à l'avaliser<sup>690</sup>. Au même titre, sera sanctionné un commissaire aux comptes qui omet d'évoquer dans son rapport certaines conventions conclues entre la société et les dirigeants sociaux<sup>691</sup>. Quant à l'élément moral, la jurisprudence n'exige aucun dol spécial. Les juges considèrent que la mauvaise foi consiste seulement en la connaissance du caractère mensonger des informations communiquées. Ainsi, la mauvaise foi a déjà été caractérisée lorsque le commissaire aux comptes a été informé d'irrégularités comptables par le comptable salarié ou les dirigeants sociaux de la société. La mauvaise foi peut aussi être implicite et résulter, soit de l'importance et de la grossièreté des irrégularités comptables qui auraient dû être révélées<sup>692</sup>. Enfin, de simples négligences du commissaire peuvent ici encore justifier la condamnation, à titre principal et non plus en tant que complice, du commissaire aux comptes et notamment lorsque « *la carence du commissaire aux comptes, lorsqu'elle est totale, est exclusive de la bonne foi* »<sup>693</sup>. Sachant que ce délit est puni d'un emprisonnement de cinq ans et d'une amende de 75 000 euros, la sanction recèle une importante vertu normative.

**868.** Ainsi, le législateur appuyé dans sa démarche par la jurisprudence, met en œuvre une conception extensive de la responsabilité pénale de ce contrôleur légal. Par conséquent, le poids de la responsabilité pénale qui pèse sur les commissaires aux comptes induit une responsabilisation de cet organe, et corrélativement devrait garantir l'exercice d'un contrôle effectif et de qualité de la gestion sociale. En sus de la responsabilité civile et pénale encourues par les commissaires aux comptes vient s'ajouter une responsabilité disciplinaire.

**869. Responsabilité disciplinaire** – Ici encore, le législateur appréhende largement la faute du commissaire aux comptes. L'ordonnance n° 2016-315 du 17 mars 2016 modifie en profondeur le système disciplinaire. Désormais la faute disciplinaire est définie à l'article L. 824-1 du code de commerce<sup>694</sup>. Sont passibles de sanctions, « *tout manquement aux conditions légales d'exercice de la profession, toute négligence grave et tout fait contraire à*

---

<sup>690</sup> Cass. crim., 27 févr. 1978, Bull. crim., n° 76, JCP G 1978, IV, 148 ; Rev. soc. 1978, p. 496. note Bouloc.

<sup>691</sup> CA Douai, 11 juin 1974, Bull. CNCC 1974, n° 15, p. 291.

<sup>692</sup> CA Paris, 30 juin 1983, RTD com. 1984, p. 373, note Bouzat ; Bull. CNCC 1983, p. 471, note du Pontavice.

<sup>693</sup> T. corr. Paris, 1er juill. 1977, Bull. CNCC 1978, p. 57, note du Pontavice ; T. corr. Versailles, 29 juin 1983, Bull. CNCC 1984, n° 55, p. 323.

<sup>694</sup> Jusque-là énoncée à l'art. R. 822-32 du C. com.

*la probité ou à l'honneur* ». Il s'agit en premier lieu notamment des fautes constituées par les infractions aux lois, aux règlements, aux normes d'exercice professionnel ainsi qu'au Code de déontologie. En second lieu, les fautes de négligence grave sont visées. Enfin, les comportements contraires à la probité, à l'honneur et à l'indépendance sont constitutifs d'une faute au titre de l'article précité.

**870.** Une première remarque s'impose. Le texte légal adopte une conception large de la faute disciplinaire. Cela s'inscrit dans la volonté du législateur qui « *permet d'appréhender un nombre important de comportements, qui ne pourraient être sanctionnés au titre de la faute pénale en application du principe nullum crimen, nullum pena, sine lege, ou même, au titre de la faute civile, qui ne permettrait pas, par exemple, la sanction de fautes morales* <sup>695</sup> ». Afin de veiller au mieux à l'exercice de la profession, le contentieux « *s'est affranchi du principe de légalité des incriminations et des peines, propre au contentieux pénal* <sup>696</sup> ». Par ailleurs, elle complète la responsabilité civile, dans la mesure où son objet est une sanction de nature professionnelle du commissaire aux comptes et non une réparation qui ne peut aboutir qu'avec la preuve d'un préjudice<sup>697</sup>. Dès lors, l'autonomie de la faute disciplinaire vis-à-vis des fautes pénales et civiles augmente encore les occasions de voir la responsabilité des commissaires aux comptes engagée.

**871.** Deuxièmement, concernant l'interprétation de la notion de négligence, la jurisprudence témoigne d'une interprétation extensive de la négligence. Ainsi sont constitutives de négligences graves, le fait de n'avoir pas fait usage de la technique du sondage pour vérifier les stocks, le fait de ne pas accomplir des vérifications suffisamment approfondies qui auraient pu révéler des anomalies, ou encore le fait de certifier des comptes annuels sans réserve, en dépit d'irrégularités flagrantes.

**872.** En outre, les commissaires aux comptes intervenant au sein de sociétés cotées, sont susceptibles d'encourir des sanctions disciplinaires de la part de l'Autorité des marchés financiers. Le pouvoir disciplinaire de la Commission des opérations de Bourse à l'égard des commissaires aux comptes a été consacré par l'arrêt de la cour d'appel de Paris du 7 mars

---

<sup>695</sup> A. Sayag (sous la direction de), *Le commissaire aux comptes. Renforcement ou dérive ?* Litec, 1990, p. 482.

<sup>696</sup> R. Salomon, *Les commissaires aux comptes- L'appréhension originale de la responsabilité des commissaires aux comptes (Partie I)*, Dr. sociétés 2002, n° 4, chron.5.

<sup>697</sup> C'est d'ailleurs ce qu'affirme également le Pr. Sayag. Selon lui « la responsabilité disciplinaire du commissaire aux comptes ne se cumule ni se substitue aux responsabilités civile et pénale applicables à ce professionnel, « mais les complète en empruntant la justification de l'une et de l'autre, d'où son caractère original » (A. Sayag, op. cit., n° 555).

2000<sup>698</sup>. Si une partie de la doctrine critiquait cette solution sur le fondement du principe *non bis in idem* dans la mesure où dans certaines espèces il pouvait y avoir un dédoublement de la sanction disciplinaire applicable aux commissaires aux comptes, la question du cumul n'a jamais été clairement tranchée. De plus, le cumul de sanctions de diverses natures n'apparaît pas attentatoire aux principes fondamentaux de la procédure. Enfin, ce cumul est un facteur supplémentaire de responsabilisation des commissaires aux comptes pour les inciter à mettre en œuvre un contrôle effectif.

**873.** Il y a donc une tendance globale du législateur et de la jurisprudence à faciliter la mise en cause de la responsabilité des commissaires aux comptes sur tous les plans. La finalité est de s'assurer que cette profession en charge de missions d'intérêt général, exerce un contrôle effectif et de qualité de la gestion sociale. Ce renforcement de la responsabilité des commissaires aux comptes était indispensable et s'inscrit dans la perspective d'une volonté plus large de renforcement du contrôle de la gestion des sociétés commerciales.

---

<sup>698</sup> CA Paris, 7 mars 2000, Juris-Data n° 2000-106246, JCP E 2000, p. 538 ; Dr. pénal 2000, p. 13, obs. J.-H. Robert. Suivi d'une décision de la Haute juridiction : Cass. com., 11 juill. 2006, nos 05-18.528 et 05-18.337, BJB 2006, p. 443, obs. B. Garrigues et S. Bonfils, Rev. AMF 2006, n° 28, p. 4 ; Dr. sociétés 2006, comm. 165, obs. Th. Bonneau ; RLDA 2006, n° 10, p. 532, obs. H. Matsopoulou.



## *Conclusion du Chapitre I*

**874.** Les pouvoirs et la responsabilité sont les deux faces d'une même pièce. L'exercice du pouvoir a pour contrepartie la mise en cause de la responsabilité. Dès lors dans une perspective d'amélioration de l'effectivité du contrôle de la gestion, le législateur a utilisé la technique des vases communicants. Ainsi ce dernier a élargi les missions de contrôle et les droits qui y sont attachés au bénéfice des contrôleurs, en renforçant, par voie de conséquence leur responsabilité. C'est en agissant sur ces deux plans de manière concomitante que le droit des sociétés a su se renouveler et améliorer l'effectivité du contrôle de la gestion au sein des sociétés commerciales.

**875.** Si le droit des sociétés met tout en œuvre par différentes techniques pour garantir l'exercice effectif d'un contrôle de la gestion, la problématique de l'efficacité du contrôle doit quant à elle être recherchée sur le plan des sanctions. Il s'agit de s'interroger non plus sur sa mise en œuvre concrète mais sur le fait de savoir si le contrôle remplit sa fonction. Or on se rend compte qu'un droit est efficace lorsqu'il est sanctionné. C'est donc la sanction qui conditionne l'efficacité d'un mécanisme. Dès lors, il est intéressant d'étudier les sanctions coercitives et correctrices<sup>699</sup> en vigueur en matière de contrôle de la gestion, pour se prononcer sur l'efficacité du système.

---

<sup>699</sup> Si la responsabilité est une forme de sanction, elle a été abordée dans le développement ci-dessus, comme un procédé incitatif à l'attention des contrôleurs. C'est pour cette raison que le terme de responsabilisation a été préféré à celui de responsabilité. Ce n'est pas tant la sanction inhérente à la mise en jeu de la responsabilité qui a été abordée mais plutôt la force normative de la responsabilité quant à l'effectivité du contrôle. C'est pour cela d'ailleurs, que seule la responsabilité des organes de contrôle a été étudiée et non celle du dirigeant qui fera l'objet du développement suivant concernant quant à lui l'efficacité du contrôle.



## Chapitre II - A l'efficacité du contrôle

**876.** Le postulat selon lequel un droit est efficace lorsqu'il est assorti de sanction vaut également pour le système de contrôle de la gestion des sociétés commerciales. Le système pour être efficace doit être porteur de conséquences. L'intérêt même du contrôle s'efface si les organes investis d'une telle mission ne disposent de moyens nécessaires pour tirer les conséquences de leurs constatations. C'est donc dans cette perspective que le législateur prévoit deux niveaux de sanctions.

**877.** La transparence est pour rappel un paramètre essentiel au contrôle de la gestion. L'objectif est de transformer la société en maison de verre afin que les organes de contrôle puissent juger de la qualité de la gestion. Or, il convient de garantir la circulation de l'information et à cette fin le législateur prévoit l'existence de sanctions qui garantissent une gestion pleinement éclairée (Section I).

**878.** Ainsi, sur la base des éléments d'informations collectés, les organes de surveillance pourront contrôler la régularité et l'opportunité de la gestion des dirigeants et selon le résultat du contrôle et la nature des dysfonctionnements, la loi prévoit des sanctions à l'égard du dirigeant fautif (Section II).

**879.** Ainsi, l'efficacité du contrôle est satisfaite puisque les acteurs du contrôle sont en mesure de repérer efficacement les dysfonctionnements, d'en corriger les effets et de sanctionner les dirigeants afin de dissuader ces derniers de commettre d'éventuelles fautes de gestion. Dans la perspective de renforcer cette efficacité, la sanction joue par conséquent un rôle majeur comme cela a été démontré précédemment pour garantir l'effectivité du contrôle des contrôleurs. Incontestablement « *La sanction constitue l'élément essentiel sans lequel la règle de droit n'a pas de prise sur le réel. Non sanctionné, le droit perd de sa substance et de son efficacité. Par conséquent, on comprend que la notion ait focalisé l'attention*<sup>700</sup> ».

**880.** Dès lors, l'un des enjeux du droit des sociétés est de s'attacher à optimiser les sanctions. Partant du constat que les sanctions en droit des affaires n'étaient pas toujours adaptées, on comprend la volonté du législateur d'apporter des améliorations en la matière. Puisque l'on mesure l'efficacité d'un système à sa capacité à se réformer et à se renouveler pour s'adapter au mieux aux évolutions de la pratique, il fallait pour le législateur entreprendre des modifications sur le plan des sanctions. C'est chose faite tant en matière de sanctions pour

---

<sup>700</sup> M. Azavant, *La sanction civile en droit des sociétés*, Rev. soc. 2003, p.441.

manquement aux obligations d'information que pour les sanctions pour erreurs ou fautes de gestion.

## **Section I - Une gestion éclairée grâce aux sanctions**

**881.** Une gestion convenablement éclairée constitue l'un des deux objectifs<sup>701</sup> du contrôle de la gestion. Pour y parvenir, le droit doit garantir la bonne circulation de l'information sociale et ce au moyen de sanctions. Il s'agit de conférer aux organes de contrôle la capacité de déclencher des mécanismes coercitifs afin de contraindre efficacement les dirigeants à délivrer l'information dont ils sont redevables. Sur ce plan, le législateur a su procéder à un renouvellement des sanctions pour s'assurer de l'efficacité du contrôle de la gestion (§1). Toutefois, la communication de l'information doit être mesurée au risque de porter atteinte à la performance de la société. Un certain secret des affaires doit être respecté. Cet équilibre est également un élément qui participe à l'efficacité globale du système (§2).

### **§1-Les mécanismes informationnels efficacement sanctionnés**

**882.** Pour atteindre une pleine efficacité des sanctions en matière de manquements aux obligations informationnelles, le législateur a prévu deux types de sanctions. Les sanctions que l'on qualifie de « correctrices » dans la mesure où elles visent à contraindre la communication des informations détenues par le dirigeant (A) et les sanctions « dissuasives » dont l'intérêt est de dissuader les dirigeants de la commission d'infractions en ce domaine (B). Cette complémentarité dans les sanctions est un facteur incontestable d'efficacité. Par ces mesures, le droit garantit la transmission d'informations et évite la distorsion de l'information, ce qui permet d'accéder à une gestion correctement éclairée.

#### **A-L'optimisation des sanctions correctrices**

**883.** Ayant amorcé un mouvement de dépenalisation du droit des affaires, le législateur a corrélativement revalorisé les sanctions civiles (a). Envisagées pour contraindre le dirigeant à faire circuler l'information, le législateur a complété le panel des sanctions, avec la possibilité de demander *a posteriori* l'annulation des décisions qui auraient été prises en violation du droit à l'information des organes de contrôle (b).

---

<sup>701</sup> L'autre étant la capacité des organes de contrôle à mettre fin au trouble. V. infra p. 346 et s.



## a-Le renouveau des sanctions civiles

**884.** Lorsque l'on étudie le phénomène de dépénalisation du droit des sociétés, on s'aperçoit que les sanctions pénales ont pour la plupart été remplacées par des injonctions de faire (1). Cependant, celles-ci paraissent à leur tour inefficaces lorsque l'on se trouve face à l'entrave délibérée du dirigeant. Pour parer à l'inertie, et satisfaire en toutes circonstances l'information des organes de contrôle, le législateur écarte alors ponctuellement le dirigeant. C'est au juge que revient le pouvoir de nommer un mandataire (2).

### 1-La revalorisation de l'injonction de faire et le recul corrélatif des sanctions pénales

**885.** La recherche d'efficacité qui est l'un des objectifs essentiels du droit des sociétés en matière de contrôle explique la volonté du législateur de revaloriser l'injonction de faire au détriment du droit pénal. Afin de permettre aux associés et aux organes de recevoir efficacement l'information nécessaire à l'exercice d'un contrôle de la gestion, il fallait procéder à un renouvellement des sanctions. En effet, les infractions pénales en ce domaine se sont révélées peu efficaces et n'incitaient pas les dirigeants au respect des textes en vigueur<sup>702</sup>. Le retour à un certain libéralisme économique ne favorisait pas leur mise en œuvre, ce qui entachait l'efficacité du système. A « *l'exubérance textuelle correspondait un désert jurisprudentiel* <sup>703</sup> ». Illustre parfaitement cette inefficacité de la sanction pénale : l'obligation de déposer les comptes sociaux au greffe du Tribunal de commerce. Malgré une sanction pécuniaire, en moyenne plus de 65 % des sociétés qui devraient déposer leurs comptes annuels ne le font pas<sup>704</sup>. D'après le rapport du Sénat<sup>705</sup>, pour l'exemple de l'année 2003, 87,7 % des sociétés en nom collectif, 62,2 % des sociétés à responsabilité limitée et 50,4 % des sociétés anonymes se trouvaient en infraction avec cette obligation de dépôt. Les informations recueillies auprès des greffes attestent du fait que sur le nombre important de sociétés qui méconnaissent cette obligation, rares sont celles qui font l'objet de poursuites pénales. En effet, « *le risque d'encombrement des parquets et des prétoires criminels qui ont bien d'autres chats à fouetter en ces temps d'insécurité ordinaire galopante, faisait de l'ex-article 445 un sabre de bois et l'on connaît des cas où des groupes préféreraient payer l'amende que livrer leurs « secrets d'affaire* <sup>706</sup> ». Un laxisme quasi général prédominait en ce domaine. Si, « *en accord avec un parquet actif, certains tribunaux de commerce, comme celui de*

<sup>702</sup> V. notamment : Y. Guyon, *De l'inefficacité du droit pénal des affaires*, Rev. Pouvoirs 1990, n° 55.

<sup>703</sup> C. Ginestet, *La dépénalisation du droit des sociétés ?* RLDA 2010, n°46.

<sup>704</sup> Statistiques tirées de : *De nouvelles injonctions de publier les comptes*, Rev. fid. sept. 2005, p. 35, FH 3114.

<sup>705</sup> Doc. Sénat, Rapp. n° 335, 2003.

<sup>706</sup> D. Danet et C. Champaud, *Information obligatoire des associés ou des actionnaires, des obligataires ou des tiers. Substitution d'une exécution forcée de l'obligation à la menace pénale*, RTD com. 2002, p. 95.

Rennes, poursuivaient systématiquement l'application des dispositions des articles 283 et 293 du décret de 1967, revues en 1985, de très nombreuses juridictions ne se souciaient guère de sévir dans ce domaine<sup>707</sup>». D'autres chiffres illustrent l'ineffectivité du droit pénal en la matière : en 2002, l'INSEE recensait 1 109 261 sociétés immatriculées dont près de 90 % de sociétés à responsabilité limitée et de sociétés anonymes, c'est-à-dire des deux formes sociales concentrant à elles seules la plus grande part des incriminations prévues par le droit des sociétés. Sachant que pour l'année 2000, seulement 529 condamnations ont été prononcées en relation avec la gestion et la comptabilité des sociétés en dépit du fait qu'autour de ce million de sociétés gravite une multitude de personnes, dont les dirigeants. Sur ce nombre, les trois quarts relèvent d'infractions pour abus de biens sociaux et d'infractions afférentes à la tenue des assemblées, aux titres émis par les sociétés, à la législation sur la constitution des sociétés et du chef des délits liés aux procédures de redressement et liquidation judiciaires des entreprises et de dissolution des sociétés. De ce fait, le nombre de condamnations paraît insignifiant. Sachant de plus, que les juges étaient sensibles aux objections des dirigeants pour justifier l'inaccomplissement de leurs obligations. Les arguments sociaux et économiques militaient enfin en faveur d'une absence de sanction pénale des sociétés contrevenantes ce qui limitait encore un peu plus l'effectivité de la répression. Ainsi « *la montagne pénale avait accouchée d'une souris répressive*<sup>708</sup> ».

**886.** Dès lors en réaction à cette inefficacité, la doctrine préconisait la substitution d'amendes pénales au profit de l'injonction de faire sous astreinte<sup>709</sup>. La loi NRE a suivi la tendance. La méthode pénale est alors délaissée au profit d'une méthode de nature procédurale<sup>710</sup>. Le législateur a pris le parti de replacer l'injonction de faire au centre du dispositif. Concomitamment, il fait disparaître un certain nombre de sanctions pénales<sup>711</sup> en raison de leur caractère obsolète, ou en raison de leur inadaptation et de ce fait, en pratique inappliquées. Par conséquent le droit pénal des sociétés devait être mis de côté. A l'instar notamment des articles L. 242-14 et L. 241-4-2A et 3 A du code de commerce qui prévoyaient une sanction pécuniaire des dirigeants ayant inexécuté leur obligation de dépôt des documents sociaux dans les sociétés à responsabilité limitée et les sociétés anonymes. Les sanctions pénales étaient

---

<sup>707</sup> C. Champaud et D. Danet, *En cas de carence de la société, le juge doit désigner un mandataire chargé de déposer les comptes annuels au greffe du tribunal de commerce*, RTD. com. 1999, p. 876.

<sup>708</sup> M. Haschke-Dournaux, *Les voies de la réforme du droit pénal des sociétés*, BJS 2003, n° 4, p. 377.

<sup>709</sup> L'origine du mouvement de dépenalisation du droit des sociétés se trouve dans le rapport Marini, qui stigmatisait l'inflation pénale et appelait à une réflexion d'ensemble pour favoriser cette dépenalisation.

<sup>710</sup> Cette tendance s'inscrit dans un mouvement plus général de dépenalisation du droit des affaires et plus particulièrement du droit des sociétés. Sur le sujet V. : B. Bouloc, *La dépenalisation dans le droit pénal des affaires*, D. 2003, p. 2492 ; *Sur la pénalisation et la dépenalisation dans le droit pénal des affaires*, RJ com. 2004, p.131 ; *Où en est la dépenalisation de la vie des affaires ?* RJ com. 2001, n° spé.

<sup>711</sup> Sur le sujet : M. Haschke-Dournaux, art. cit., p. 377.

particulièrement peu dissuasives car elles ne permettaient pas de mettre fin à l'inexécution des obligations à la charge des dirigeants. C'est ainsi que le législateur a supprimé en 2001 un certain nombre d'articles de la partie législative du code de commerce.

**887.** A la suite de quoi, le législateur s'est interrogé à l'occasion de la loi NRE sur la technique de substitution à la sanction pénale, la plus adéquate pour s'assurer de l'exécution des obligations concernées. C'est l'injonction de faire sous astreinte qui s'est affichée comme la solution la plus opportune. D'ailleurs, le législateur s'est inspiré des techniques du droit de la consommation<sup>712</sup>. L'innovation stratégique réside dans cet ensemble de situations au regard desquelles une procédure d'injonction est désormais prévue et susceptible d'être engagée. A cet égard, le législateur fait preuve d'un effort inédit d'homogénéisation puisque l'ensemble des obligations visées renvoie à la même procédure d'injonction de faire sous astreinte ou à l'éventuelle désignation d'un mandataire.

**888.** L'injonction de faire sous astreinte présente de nombreux avantages. Elle permet à toute personne intéressée de demander au juge d'ordonner, au besoin sous astreinte, l'exécution forcée en nature de l'obligation inexécutée relative soit à la production de documents, soit à l'exécution d'une obligation. Le législateur ouvre largement le bénéfice de l'injonction : elle permet ainsi à des personnes qui n'ont pas d'intérêt personnel et direct à agir. Cela permet de contrevenir à la carence des bénéficiaires directs des obligations en permettant d'« *ouvrir l'action en exécution forcée à tout intéressé et parfois même au ministère public, pour être certain que la disposition légale sera respectée*<sup>713</sup> ».

**889.** Par ailleurs, le dispositif de l'astreinte assure le succès de la procédure. Chaque jour de retard dans la production, le dépôt de documents, rendra le dirigeant débiteur d'une astreinte dont le montant sera déterminé par le président du tribunal et qui en général est suffisamment important pour dissuader le défendeur de ne pas exécuter son obligation de faire.

**890.** En outre, une solution novatrice a été édictée par le législateur à l'article L. 238-1 du code de commerce pour s'assurer de l'efficacité de cette disposition. Ce dernier met personnellement à la charge des dirigeants l'astreinte et les frais de procédure. La déconnexion de la demande et des frais de procédure participe indubitablement à la mise en œuvre concrète de la procédure par les associés, ce qui corrélativement garantit la transmission d'informations sur la gestion sociale à ces derniers. La résistance à l'injonction

---

<sup>712</sup>V. en ce sens : F.-X. Lucas, *Commentaire de la loi NRE*, Dr. sociétés 2001, n° spé., n° 112 ; C. Jarrosson, *Réflexions sur l'impérium* in *Mélanges P. Bellet*, Litec, 1991, n° 63.

<sup>713</sup> A. Mignon-Colombet, *L'exécution forcée en droit des sociétés*, th., Paris I, 2002, p. 19.

est de ce fait rapidement intenable pour le dirigeant. De plus, elle présente un intérêt substantiel par rapport au droit commun : elle permet une exécution forcée qui est efficace et moins coûteuse pour le demandeur que la mise en œuvre du droit commun.

**891.** Enfin, le rapport *Coulon* affirme que l'injonction de faire permet de garantir l'effectivité de la norme sans recourir au droit pénal, mais plutôt au mécanisme de l'astreinte qui est reconnue unanimement comme très efficace. Au lieu de réprimer les dirigeants dans l'hypothèse où un document n'est pas transmis aux associés, le législateur autorise ces derniers à mettre en œuvre une procédure rapide et en principe efficiente pour obtenir les informations souhaitées. Plus contraignante au demeurant qu'une sanction pénale dans la mesure où l'injonction contraint les dirigeants à exécuter en nature et de manière forcée leurs obligations de faire. Or le développement de cette sanction pourrait sembler-il poser certaines difficultés car elle est susceptible de porter atteinte à la liberté du dirigeant. Si cette position était classiquement retenue par le droit des sociétés, cette difficulté a été levée par la réforme du droit des contrats opérée par l'ordonnance du 10 février 2016. Faisant œuvre d'innovation et de codification, le principe de l'ancien article 1142 laisse désormais la place à la possible exécution forcée en nature des obligations de faire. Dès lors, l'injonction de faire en sort renforcée. L'atteinte à la liberté n'est plus un argument contre cette sanction d'autant plus que le législateur prévoit l'hypothèse de l'abus.

**892.** Ce qui est certain, c'est que « *l'exercice effectif de l'information gagne en vigueur pratique et en crédibilité intellectuelle par la substitution d'une inquisition judiciaire civile à la pression de problématiques sanctions pénales dont l'efficacité variait d'une juridiction à l'autre à raison des « humeurs magistrales »<sup>714</sup>* ». Compte tenu de ses bénéfices évidents, l'injonction de faire, succédané de la sanction pénale, très prisée du législateur devrait connaître une nouvelle vague avec la mise en œuvre du rapport *Coulon* sur la dépenalisation de la vie des affaires.

**893.** Initialement, il existe trois types de référé injonction de faire édictés par la loi NRE : une injonction de communiquer des documents, de déposer des pièces et actes au registre du commerce et des sociétés et d'appeler le capital souscrit et non libéré. Dans le cadre de cette étude, seules les deux premières injonctions présentent un intérêt notable. Elles seules permettent de sanctionner le dirigeant social qui ne satisfait pas à ses obligations d'information pourtant essentielles pour l'exercice d'un contrôle.

---

<sup>714</sup> D. Danet et C. Champaud art. cit., p. 876.

**894.** Tout d'abord, les associés de l'ensemble des sociétés commerciales disposent dans leur arsenal de sanctions, d'une injonction de faire visée à l'article L. 238-1 du code de commerce. Cet article permet aux associés de faire valoir leur droit d'accès aux documents sociaux devant le président du tribunal de commerce dans le ressort duquel la société a son siège social ou sa direction effective. Les dispositions visées se rapportent d'une façon générale à la communication interne et externe des comptes sociaux et de documents qui consignent les délibérations sociales. Cette disposition a valu de nombreuses interrogations quant à l'interprétation de ce nouveau texte<sup>715</sup>. La qualité de défendeur est expressément attribuée aux dirigeants de sociétés et non pas la société par l'intermédiaire de ses représentants. Par conséquent, ce sont les dirigeants pris personnellement sur qui pèse le risque de l'astreinte. Compte tenu des sommes engagées notamment dans les petites structures, l'injonction a une efficacité redoutable. De plus, il s'agit d'une action spéciale qui échappe aux conditions habituelles du référé des articles 872 et 873 du code de procédure civile. Néanmoins à l'instar de l'expertise de gestion et de l'expertise *in futurum*, l'article L. 238-1 du code de commerce ne semble pas évincer le droit commun. Dans ces conditions, il est intéressant d'opérer un détour par le droit commun pour mettre en avant une autre arme à la disposition des associés pour garantir les informations auxquelles ils ont droit. Les associés disposent toujours du référé de droit commun. Le référé *in futurum* comme les pouvoirs actuels du juge de la mise en état sont des armes procédurales très efficaces pour obtenir les pièces nécessaires à la réussite de l'action à l'encontre des dirigeants. Cette arme ne doit pas être négligée surtout lorsque la jurisprudence affirme le caractère limitatif de la liste des textes de l'article L. 238-1 du code de commerce<sup>716</sup>. Sur ce fondement, les actionnaires pourront notamment obtenir la communication des convocations aux réunions du conseil d'administration, le registre de présence à ces réunions, ainsi que les procès-verbaux. Cependant, « *le demandeur y prend davantage de risque, et les pièces sont soumises à discussion quant à l'utilité de leur communication*<sup>717</sup> ». Toutefois, la qualité de demandeur n'implique pas que soit recherchée avec précision la qualité pour agir. Par conséquent, il suffit d'être une personne intéressée pour avoir qualité pour agir.

**895.** Outre d'ailleurs les associés, les administrateurs d'une société anonyme peuvent en référé demander la communication de pièces nécessaires pour parfaire leur information. C'est

---

<sup>715</sup> V. en ce sens : E. Jeuland et F. Manin, *Les incertitudes du référé injonction de faire en droit des sociétés*, Rev. soc. 2004, p. 1.

<sup>716</sup> Cass. com., 23 juin 2009, n° 08-14.117, D. 2009. AJ. 1824, obs. A. Lienhard.

<sup>717</sup> P. Le Cannu, *Quand le beau-père veut faire enjoindre pour savoir comment se tient le conseil d'administration*, RTD com. 2009, p. 579.

notamment le cas dans un arrêt du 29 janvier 2008<sup>718</sup>, dans lequel la Cour de Cassation réaffirme avec force le droit à l'information des administrateurs et ce même dans le cadre d'une fusion, opération juridique exigeant une grande confidentialité. En confirmant la décision d'appel qui ouvre droit à l'injonction de faire, les juges renforcent corrélativement le droit à l'information des administrateurs, un droit indispensable à l'exécution d'un contrôle de la gestion.

**896.** Ensuite, l'article 123 de la loi du 15 mai 2001 insère un article L. 123-5-1 dans le code de commerce. Cette disposition crée une injonction de faire concernant les formalités de publicité : « *tout intéressé ou le ministère public peut demander au président du tribunal, statuant en référé, d'enjoindre au dirigeant de toute personne morale de procéder au dépôt, exigé par la loi, des pièces et actes au registre du commerce et des sociétés ; le président du tribunal peut désigner un mandataire qui y procédera* ». L'action tendant à assurer l'accomplissement des formalités de publicité est ouverte à toute personne, sans condition tenant à l'existence d'un intérêt particulier comme le précise la jurisprudence dans un arrêt du 3 avril 2012<sup>719</sup>. La portée pratique de l'arrêt est considérable. En ouvrant largement l'exercice de cette action, le législateur et la jurisprudence contraignent les dirigeants au respect de leurs obligations légales. La solution était prévisible au regard de la jurisprudence antérieure. Un arrêt du 15 juin 1999<sup>720</sup>, consacrait déjà une conception très souple à propos de l'action similaire en désignation d'un mandataire chargé de publier les comptes. Ouvertes dans les deux cas à « *tout intéressé* », il n'est dès lors pas étonnant que la Cour de cassation ait suivi la même voie pour l'action au terme de l'article L. 123-5-1 du code de commerce. Aujourd'hui confirmée, la solution jurisprudentielle consiste à ce que toute personne peut exercer l'action en référé sans condition particulière tenant à l'intérêt à agir. Le parallélisme des formes imposait cette solution dans la mesure où lorsque les informations concernées sont publiées au greffe, elles deviennent accessibles à toute personne qui en fait la demande sans restriction. Dès lors, l'action en référé tendant à assurer la publicité des telles informations, il est logique de l'ouvrir à n'importe quelle personne sans aucune condition<sup>721</sup>. Cela étant, si les juges se prononcent ainsi concernant les actions en référé ayant pour but la publicité des comptes sociaux, la question reste en suspens pour les actions en référé visant à assurer la publicité

---

<sup>718</sup> Cass. com., 29 janv. 2008, n° 06-20.311, D. 2008. AJ. 482 ; RDT 2008, p. 248, obs. H. Tissandier ; RLDA 2008, n° 25, p. 14.

<sup>719</sup> Cass. com., 3 avr. 2012, n° 11-17.130, D. 2012, p. 1006, obs. A. Lienhard.

<sup>720</sup> Cass. com., 15 juin 1999, n° 97-13.556, JCP E 2000, p. 30, obs. A. Viandier et J.-J. Caussain ; Rev. soc. 1999, p. 607, note P. Fortuit ; RTD com. 1999, p. 876, obs. C. Champaud et D. Danet ; D. 2000, somm. 235, obs. J.-C. Hallouin.

<sup>721</sup> V. en ce sens : D. Gallois-Cochet, *Exercice de l'action en injonction de publier les comptes sociaux*, Dr. sociétés 2012, n° 6, comm. 100.

d'informations autres que les comptes sociaux. Du point de vue du contrôle de la gestion, il paraît opportun de généraliser cette position à l'ensemble des informations visées par l'article compte tenu de sa finalité. En sus, il est intéressant de noter que cette injonction est également applicable dans l'hypothèse de la carence du président du conseil d'administration dans la production du rapport sur le contrôle interne qui doit être annexé au rapport de gestion et à ce titre, déposé avec lui au greffe du tribunal de commerce. Quant à l'interprétation de l'article par les juges, la jurisprudence fait preuve d'une appréciation stricte de l'article. Pour exemple, « *Les menaces invoquées par le représentant légal d'une société anonyme pour justifier son refus de dépôts des comptes sociaux selon lesquelles cette publication était susceptible de porter atteinte aux intérêts de l'entreprise compte tenu du marché où elle intervient (exploitation de ces informations par les concurrents pour mettre en œuvre des politiques agressives), seraient-elles établies, n'apparaissent pas suffisantes pour justifier une violation délibérée de l'art. L. 232-23 C. com., et justifier que le juge des référés face usage de la faculté dont il dispose de ne pas prononcer d'injonction*<sup>722</sup> ». N'admettant que peu de dérogations, la rigueur dont font preuve les juges renforce les obligations d'informations qui pèsent sur les dirigeants et conditionne par conséquent l'exercice d'un meilleur contrôle de la gestion.

**897.** Par ailleurs, les lois et ordonnances postérieures confirment cette évolution engagée par la loi NRE et instituent dans le droit fil, de nouvelles injonctions spéciales. On peut notamment citer la disposition de l'article L. 611-2 II du code de commerce édictée par la loi du 26 juillet 2005. « *Lorsque les dirigeants d'une société commerciale ne procèdent pas au dépôt des comptes annuels dans les délais prévus par les textes applicables, le président du tribunal peut, (...), leur adresser une injonction de le faire à bref délai sous astreinte* ».

**898.** La différence entre l'injonction de faire prévue à l'article L. 123-5-1 du code de commerce et celle instituée à l'article L. 611-2 II tient aux pouvoirs du président qui ne pourra agir d'office que dans la seconde hypothèse, en pratique grâce aux renseignements fournis par le greffe. L'autosaisine du président du tribunal de commerce a fait l'objet d'une question prioritaire de constitutionnalité devant le Conseil constitutionnel<sup>723</sup>. Les sociétés requérantes soulevaient l'ambivalence des pouvoirs du juge au titre du II de l'article précité. En effet, il autorise le même juge à se saisir d'office de la question du dépôt des comptes, à prononcer l'injonction sous astreinte et à liquider cette dernière. Dès lors, le juge pourrait être considéré

---

<sup>722</sup> TGI Avesnes-sur-Helpe, ord., 15 nov. 2007, JCP E 2008, n° 9, p. 36, note Delattre.

<sup>723</sup> Conseil constitutionnel, 1er juillet 2016, n° 2016-548-QPC, *Sté Famille Michaud Apicultures SA*.

comme juge et partie à l'instance, méconnaissant ainsi le principe d'impartialité des juridictions. A ce titre, « *une juridiction ne saurait, en principe, disposer de la faculté d'introduire spontanément une instance au terme de laquelle elle prononce une décision revêtue de l'autorité de chose jugée*<sup>724</sup> ». Néanmoins, la Constitution ne confère pas à ce principe un caractère général et absolu, sauf dans l'hypothèse où la procédure a pour objet le prononcé de sanctions ayant le caractère d'une punition. Or relativement à la procédure du II de l'article L. 611-2 du code de commerce, le Conseil constitutionnel affirme que cette injonction sous astreinte n'est pas une sanction ayant le caractère d'une punition, mais a pour seul objet d'assurer la bonne exécution des décisions des juridictions. De plus, « *le législateur n'a pas privé de garanties légales l'exigence d'impartialité des juridictions puisque le prononcé de l'astreinte et sa liquidation sont les deux phases d'une même procédure et que la constatation par le président du tribunal de commerce du non-dépôt des comptes, qui lui permet de se saisir d'office, présente un caractère objectif* » et par ailleurs, la procédure poursuit un objectif d'intérêt général. La décision du 1<sup>er</sup> juillet 2016 est particulièrement intéressante au vu du cheminement procédural mis en œuvre par les sociétés requérantes<sup>725</sup>. Le conflit a été porté devant la Cour de cassation sur plusieurs fondements ainsi que devant le Conseil d'Etat, ce qui prouve l'acharnement déployé par certains pour échapper à l'obligation de publier les comptes sociaux. Malgré toutes ces tentatives, l'injonction de faire ressort victorieuse et participe à l'objectif de transparence économique. Cette solution est particulièrement opportune dans la mesure où une fois que les informations sur la gestion de la société ont été publiées, le contrôle de la gestion peut alors efficacement s'opérer.

**899.** Enfin, le dispositif de police afférent à la publicité des comptes sociaux est renforcé par la loi *Warsmann II* puisque désormais le greffier peut informer le président du Tribunal de commerce lorsqu'il constate qu'une société commerciale n'a pas déposé ses comptes conformément à son obligation légale<sup>726</sup>.

---

<sup>724</sup> A. Reygrobelle, *L'autosaisine validée en matière d'injonction de publication des comptes*, Rev. soc. 2017, p. 15.

<sup>725</sup> Les plaideurs avaient reçu pas moins de dix ordonnances d'injonction pour défaut de publication des comptes annuels. Le conflit s'est porté devant la Cour de cassation qui rejette le pourvoi formé par le procureur général en raison d'une absence de motivation et d'un défaut d'impartialité du président du tribunal. La Cour fut également saisie d'une QPC arguant de la contrariété de l'article L. 611-2, II, précité « avec le principe constitutionnel du droit à un procès équitable et [...] les principes du respect des droits de la défense et des règles de l'encadrement de l'auto-saisine par une autorité juridictionnelle ». La tentative échoua, la Cour énonçant que la disposition critiquée répond à un double motif d'intérêt général de transparence économique et de détection des difficultés des entreprises », ne présentait pas un caractère sérieux au regard des exigences issues des droits et libertés fondamentaux. Il n'y avait donc pas lieu de la transmettre au Conseil constitutionnel. Suite à ce refus, pour contourner le verrou instauré par la Cour de cassation, les requérants, ont tenté d'obtenir l'abrogation des articles R. 611-13 et R. 611-16 du code de commerce. N'ayant aucune réponse, ils introduisent devant le Conseil d'Etat une requête tendant à l'annulation pour excès de pouvoir de la décision implicite du Premier ministre rejetant leur demande d'abrogation et sollicitent la transmission d'une QPC portant sur II de l'article L. 611-2 du code de commerce.

<sup>726</sup> Art. L. 232-24 du C.com.



Une dernière injonction a également un grand intérêt au regard du contrôle de la gestion. Il ne s'agit plus de contraindre directement la délivrance d'informations sur la gestion mais de réunir l'assemblée. Les dirigeants de société à responsabilité limitée désireux de ne pas se soumettre au contrôle des associés peuvent omettre d'exécuter leur obligation relative à la réunion de l'assemblée générale à la clôture de l'exercice qui doit statuer sur la gestion. Afin de limiter ces comportements, la loi *Warsmann II* du 22 mars 2012, prévoit à l'article L. 223-26 du code de commerce que « *Si l'assemblée des associés n'a pas été réunie dans ce délai, le ministère public ou toute personne intéressée peut saisir le président du tribunal compétent statuant en référé afin d'enjoindre, le cas échéant sous astreinte, aux gérants de convoquer cette assemblée ou de désigner un mandataire pour y procéder* ». Elle substitue ici encore une injonction de faire à une sanction pénale pour s'assurer de l'efficacité de la disposition légale.

**900.** Il est intéressant de noter pour conclure, que l'Autorité des marchés financiers dispose elle aussi d'un pouvoir d'injonction à l'égard des sociétés cotées. Ce pouvoir d'injonction administratif complète pour plus d'efficacité celui attribué au juge commercial au sein des sociétés cotées<sup>727</sup>. L'article L. 621-18 du code monétaire et financier, attribue à cette autorité le pouvoir d'exiger par injonction la communication de documents et d'informations utiles, mais également attribue à cette dernière le pouvoir d'ordonner aux dirigeants de sociétés cotées de procéder toujours par injonction à des publications rectificatives ou complémentaires dans le cas où des inexactitudes ou des omissions auraient été relevées dans les documents publiés. Ce pouvoir est vaste<sup>728</sup> participant ainsi pleinement à l'efficacité de la réglementation en matière d'information.

**901.** Ces diverses injonctions notamment celles permettant de garantir la publicité des comptes, peuvent sembler éloignées de l'objectif tendant à assurer l'efficacité du contrôle de la gestion. De manière stricte, on peut considérer que la publicité des comptes bénéficie uniquement aux tiers qui sont dénués de pouvoir de contrôle de la gestion. Cependant, ces publications contribuent également à l'information des associés. En effet, dans certaines formes sociales, à l'instar des sociétés en nom collectifs, la loi limite à deux fois par exercice la possibilité de consulter les documents sociaux au siège social. De même, pour rappel, les

---

<sup>727</sup> Cette complémentarité se constate nettement avec le pouvoir d'injonction indirecte de l'AMF. En application de l'article L. 621-14, II, « le président de l'AMF peut demander en justice qu'il soit ordonné à la personne qui est responsable de la pratique relevée de se conformer aux règlements européens (ajout de la loi n° 2013-672 du 26 juillet 2013), aux dispositions législatives ou réglementaires, de mettre fin à l'irrégularité ou d'en supprimer les effets ».

<sup>728</sup> Cf Art. L. 621-14 du C.mon. et fin., il consiste à « ordonner qu'il soit mis fin, en France et à l'étranger, aux manquements aux obligations résultant des règlements européens, des dispositions législatives ou réglementaires ou des règles professionnelles visant à protéger les investisseurs contre les opérations d'initiés, les manipulations de cours et la diffusion de fausses informations, ou à tout autre manquement de nature à porter atteinte à la protection des investisseurs ou au bon fonctionnement du marché ».

associés de sociétés par actions simplifiées sont privés du droit à l'information permanent qu'organise le législateur à l'article L. 225-117 du code de commerce. Dès lors, les associés pourront au même titre que les tiers, obtenir des informations importantes quant à la situation de la société en consultant les comptes sociaux publiés au greffe. C'est pourquoi, il est aussi important pour les associés de garantir cette publicité au moyen d'injonction.

**902.** Malgré ces réformes, il ne faut pas s'y méprendre le droit pénal ne disparaît pas pour cependant du droit des sociétés. Le législateur optimise simplement le droit en la matière en substituant des sanctions civiles aux sanctions pénales spéciales inefficaces. Il se limite au droit pénal général lorsque que ce dernier est suffisamment efficace pour appréhender à lui seul les situations prévues par les dispositions législatives abrogées. Dès lors c'est un dispositif à deux niveaux qui prévaut aujourd'hui pour lutter contre la rétention d'informations dont peuvent faire preuve les dirigeants. Sanctions civiles et pénales s'articulent pour conférer un plein effet au droit de contrôle au profit des organes concernés. Désormais, l'injonction de faire permet « *de rectifier rapidement un fonctionnement défectueux de la société alors qu'auparavant l'associé ne pouvait viser d'autres fins que la sanction du comportement passé du dirigeant* ». L'intérêt n'est pas tant ici de sanctionner le dirigeant, mais de le contraindre à exécuter ses obligations. Ces dispositifs garantissent en amont l'exercice d'un contrôle et sont préférables à une sanction *a posteriori* qui n'est pas en mesure de satisfaire cet objectif. Ainsi, « *la méthode s'inscrit dans un processus de rationalisation du droit des sociétés : davantage que de punir l'auteur de la violation ce qui prime désormais est de voir la norme violée exécutée*<sup>729</sup> ». A ce titre, « *Il ne s'agit plus simplement de sanctionner, puisqu'il s'agit de mieux faire fonctionner les sociétés avec le concours du juge*<sup>730</sup> » et c'est bien là la finalité du contrôle de la gestion. Par conséquent, dans la perspective du contrôle de la gestion, on doit saluer ce changement de paradigme. D'ailleurs, une dernière disposition vient asseoir encore un peu plus l'efficacité de l'injonction de faire : le recours à un mandataire.

## **2-La nomination d'un mandataire**

**903.** A l'alternative de l'injonction de faire, le législateur prévoit dans les textes susvisés, la possibilité aux organes concernés de demander la désignation d'un mandataire. C'est au juge que la loi laisse le soin d'apprécier la solution la plus adaptée au regard de

---

<sup>729</sup> M. Azavant, *La sanction civile en droit des sociétés, Ou l'apport du droit commun au droit spécial*, Rev. soc. 2003, p. 441.

<sup>730</sup> E. Jeuland et F. Manin, *Injonction de faire*, Rép. sociétés Dalloz, 2013, n° 17.

l'obligation inexécutée. La désignation d'un mandataire étant plus « traumatisante » pour le fonctionnement de la société, le Président du tribunal doit choisir la sanction la plus efficace mais aussi la plus proportionnée au litige qui lui est soumis. Ainsi suivant les raisons du manquement aux obligations informationnelles, le juge orientera sa décision vers l'une ou l'autre des deux sanctions. Par exemple, si la mauvaise volonté est à l'origine de la carence, l'injonction de faire sous astreinte suffira. En revanche, dans l'hypothèse de récidive ou de vacance du poste du responsable de l'obligation non accomplie, le juge s'orientera vers la désignation d'un mandataire.

**904.** Ce mandataire ne doit pas être confondu avec l'administrateur provisoire<sup>731</sup>. Il est chargé d'accomplir un acte déterminé au lieu et place d'un dirigeant. Le mandat *ad hoc* n'emporte pas dessaisissement général de l'organe légal de représentation contrairement à l'administration provisoire.

**905.** Son intervention est bien connue du droit des sociétés ; à ce titre de nombreux textes visent ce mandataire<sup>732</sup>. C'est notamment le cas de l'article L. 225-103 II du code de commerce qui prévoit la convocation de l'assemblée générale par un mandataire lorsque par exemple, ne souhaitant pas « *affronter la colère des associés*<sup>733</sup> », le dirigeant répugne à la convoquer. Ainsi en cas de carence des dirigeants, le législateur a prévu un instrument pour permettre l'exercice effectif du contrôle de la gestion. L'arrêt *Eurotunnel* du 3 décembre 2003 témoigne de l'intérêt de cette prérogative, puisque c'est à l'initiative d'une convocation de l'assemblée par les actionnaires minoritaires de la Société anonyme eurotunnel que le conseil d'administration a pu être désavoué<sup>734</sup>. Dans ce cas précis, le juge des référés doit s'assurer du bien-fondé de la demande. En ce sens, elle ne doit pas être contraire à l'intérêt social même si le texte de loi ne pose pas explicitement cette condition<sup>735</sup>. « *Tel est le cas notamment si l'assemblée ordinaire annuelle ne s'est pas tenue dans le délai légal ou si des événements graves ont affecté la vie sociale et que les dirigeants n'envisagent pas de réunir l'assemblée*

---

<sup>731</sup> *Administrateur provisoire - Distinctions entre l'administrateur provisoire et le mandataire ad hoc*, Cah. dr. entr. 2009, n° 6, prat. 26.

<sup>732</sup> Les articles déjà cités en matière d'injonctions de faire : L. 238-1, L. 123-5-1 du code de commerce. Cependant on peut également citer les articles : L. 235-7 ; L. 223-27 ; L. 225-27 et L. 225-100 dudit code.

<sup>733</sup> M. Cozian, A. Viandier et Fl. Deboissy, *Droit des Sociétés*, LexisNexis, 29ème éd., 2016, n° 835.

<sup>734</sup> T. com. Paris, 3 déc. 2003, Rev. soc. 2005, p. 847, note Monsallier-Saint Meulx ; JCP E 2004. 87, note Viandier ; Dr. sociétés 2004, n° 46, p. 28, note Monnet.

<sup>735</sup> Une jurisprudence abondante rendue sous l'ancien article 158 de la loi du 24 juillet 1966, imposait déjà de manière constante cette exigence. De plus, cette dernière a été rappelée par la réponse ministérielle du 10 février 2005. En ce sens, le garde des Sceaux a précisé « qu'il appartient, en toute hypothèse, à la juridiction saisie d'apprécier l'intérêt à agir des demandeurs et la conformité de la demande à l'intérêt social sans pour autant se prononcer sur l'opportunité de celle-ci ».

*pour en tirer les conséquences*<sup>736</sup>». Si le tribunal fait droit à la demande, il revient au mandataire la tâche de fixer l'ordre du jour.

**906.** L'article L. 225-100, alinéa 1 dudit code illustre également cette prérogative. Le texte prévoit la nomination d'un mandataire pour convoquer l'assemblée générale annuelle si dans les six mois suivant la clôture de l'exercice, le dirigeant n'y a toujours pas procédé. Hormis ces hypothèses, la jurisprudence admet également sous certaines conditions une telle nomination<sup>737</sup>. D'ailleurs, c'est la jurisprudence qui a consacré dès 1999<sup>738</sup> la possibilité visée aujourd'hui par les textes, que tout intéressé pouvait demander au président du tribunal de commerce de désigner un mandataire si, dans le mois qui suit l'approbation des comptes annuels, les comptes sociaux ne sont pas déposés au greffe.

**907.** En termes d'efficacité des obligations informationnelles ou de convocation de l'assemblée générale annuelle, le mandataire *ad hoc* représente une arme supplémentaire à la disposition des organes intervenant dans le contrôle de la gestion. En effet, malgré la multiplication d'ordonnances d'injonction à l'encontre du dirigeant, celui-ci peut continuer d'entraver le fonctionnement normal de la société. Dès lors, pour lever cet obstacle, l'intervention d'un mandataire est opportune. En exécutant les obligations d'information en lieu et place du dirigeant ou en convoquant une assemblée, le mandataire permet la mise en œuvre du contrôle de la gestion. Le régime juridique applicable à ce dernier peut aussi être appréhendé comme un facteur d'efficacité.

**908.** Lorsque la nomination du mandataire est prévue par les textes du droit des sociétés notamment ceux qui concernent les injonctions de faire, les conditions du référé ne sont pas requises. Par conséquent, tout intéressé peut formuler cette demande et n'a pas à démontrer un intérêt à agir. En revanche, en dehors de ces hypothèses légales, la jurisprudence exige que les conditions du référé soient remplies à savoir l'urgence, le caractère exceptionnel de la mesure ainsi qu'un fonctionnement anormal de la société. A l'origine ce droit a été consacré par la jurisprudence<sup>739</sup>, il est désormais consacré pour les sociétés anonymes par la loi à l'article L. 225-103, 2° du code de commerce. Lorsque l'urgence l'exige dans les sociétés anonymes la condition de détention du capital pour solliciter la convocation d'une assemblée n'est pas exigée. Dans les sociétés à responsabilité limitée, cette possibilité de passer outre l'inertie du

---

<sup>736</sup> Y. Guyon, *Assemblées d'actionnaires*, Rép. sociétés Dalloz, 2017, n° 29.

<sup>737</sup> V. sur le sujet : G. Leclair, *Impasses et crises au sein d'une société : quelques mesures pour en sortir*, JCP E 2009, n° 50, 2174.

<sup>738</sup> Cass. com., 15 juin 1999, n° 97-13.556.

<sup>739</sup> Cass. Com. 22 avr. 1966, Bull. civ. III, n° 191, Gaz. Pal. 1966, p. 269 ; RTD com. 1966, p.956, obs. R. Houin.

gérant ne requiert aucune condition ni d'urgence, ni de détention du capital. Une tendance générale au recours au mandataire *ad hoc* se dessine alors. A ce titre, l'évolution de la jurisprudence témoigne de l'atténuation du caractère exceptionnel du mandat *ad hoc*<sup>740</sup>. Le principe de non-immixtion du juge est atténué à l'occasion du nécessaire contrôle de la gestion. L'interventionnisme croissant est opportun puisqu'il « *est particulièrement adapté lorsqu'il faut résoudre de la manière la plus efficiente possible les litiges simples, c'est-à-dire ceux qui reposent sur l'inexécution d'une obligation matérielle dont la réalité est difficilement contestable*<sup>741</sup> ».

**909.** Quant à l'articulation entre les injonctions et la désignation d'un mandataire, l'appréciation de la sanction, on l'a déjà évoquée est laissée aux juges<sup>742</sup>. Le respect du principe de non-immixtion suggère une primauté de l'injonction de faire ; ce n'est que lorsque celle-ci se révélera inadaptée que le juge désignera un mandataire.

**910.** Pour conclure, le rapport *Besson* met pleinement en avant la potentialité des injonctions de faire et de la désignation d'un mandataire à l'égard du contrôle de la gestion. Ces sanctions, pour l'inexécution d'obligations simples mais pour le moins essentielles, confèrent une pleine efficacité au contrôle. Ainsi « *en permettant aux actionnaires d'exiger la production, la communication ou la transmission des documents sociaux, par injonction de faire ou par désignation d'un mandataire, le législateur donne une portée concrète au droit d'information de ces derniers, droit essentiel pour leur participation effective à la vie de la société et l'exercice d'un vote éclairé sur la gestion des dirigeants de cette société*<sup>743</sup> ». Si le rapport *Besson* faisait allusion aux sociétés par actions, le bénéfice de ces sanctions civiles s'étend au-delà des associés, et intéresse toute personne intéressée ce qui optimise encore un peu plus l'exercice du contrôle de la gestion. Enfin, le développement du référé en droit des affaires<sup>744</sup> et l'assouplissement des conditions de la procédure favorisent la surveillance des dirigeants et permettent de vaincre ponctuellement l'inertie du dirigeant récalcitrant.

**911.** Cependant, les injonctions de faire ou la nomination d'un mandataire *ad hoc* ne peuvent suffire dans tous les cas à assurer efficacement la protection de certains intérêts. Dans ce cas, la nullité prend le relais pour garantir l'efficacité de certains impératifs.

---

<sup>740</sup> V. notamment : J ; Cavallini, *Le juge des référés et les mandataires de justice dans les sociétés in bonis*, Rev. soc. 1998, p. 247.

<sup>741</sup> S. Zeidenberg, *Le renouveau des injonctions de faire*, Dr. et patr. 2001, n° 98.

<sup>742</sup> V. supra p. 308 et s.

<sup>743</sup> Rapp. Besson, Rapp. AN n° 2327, p. 281.

<sup>744</sup> La procédure de référé est la plus utilisée en droit des sociétés supplantant la procédure au fond du litige. C'est la célérité et l'efficacité de cette procédure qui séduisent les demandeurs.

## **b-L'annulation des décisions prises en violation des droits au contrôle**

**912.** La nullité est une sanction prononcée par le juge lorsqu'un acte est mal formé. Elle permet de protéger certains intérêts fondamentaux. Cette sanction est particulièrement intéressante du point de vue du contrôle de la gestion puisqu'elle permet d'annuler un acte ou une décision du dirigeant social lorsque ce dernier n'a pas respecté certaines dispositions. La nullité est donc la sanction la plus efficace à l'égard de la gestion du dirigeant.

**913.** D'ailleurs, lorsqu'on analyse les dispositions légales sanctionnées par la nullité, certaines d'entre elles visent à protéger les droits au contrôle des organes sociaux. Dans ces circonstances, on peut considérer que le législateur perçoit par certains aspects la nullité comme une des conséquences du contrôle. Cette dernière a donc un rôle dans ce système.

**914.** Cependant, le droit a une attitude précautionneuse vis-à-vis de cette sanction. Cela s'explique au regard des conséquences juridiques importantes que représente la nullité tant au plan de la société que du point de vue des tiers. Dès lors, la sécurité juridique impose d'utiliser la nullité de façon mesurée. Néanmoins, malgré la vision restrictive de celle-ci, la nullité permet dans certains cas d'anéantir un acte ou une délibération passé en violation des règles en matière de contrôle de la gestion ; ce qui confère un instrument important aux organes investis d'une mission de contrôle.

**915.** L'efficacité d'un droit suppose en amont d'en connaître le régime ; dès lors la nullité prise comme une sanction de la violation du mécanisme de contrôle de la gestion doit être maîtrisée dans son régime juridique pour être invoquée de manière opportune. L'enjeu n'est donc pas de passer au crible l'ensemble des causes de nullité mais de montrer l'intérêt de cette sanction quant à l'efficacité du contrôle de la gestion par les dirigeants. Par conséquent, l'exposé de l'intérêt de la nullité (2) suivra un rappel préalable du régime juridique de cette sanction (1).

### **1-Rappel du régime des nullités**

**916.** La sécurité juridique des actes passés par une société exige dès lors que la société est en relation avec des tiers de réduire au strict nécessaire le recours à la nullité. Les effets de la nullité expliquent les réticences du législateur à généraliser cette sanction civile. Néanmoins, dans les rapports internes cet argument s'estompe, ce qui laisse à la nullité un domaine plus large d'intervention. D'ailleurs, même dans les rapports avec les tiers la nullité subsiste dans certaines situations afin de contrôler pleinement la gestion du dirigeant.

**917. Réticence des nullités** - « *La sanction naturelle d'un acte juridique mal formé est la nullité. Seulement, on comprend aisément que cette sanction radicale n'est pas sans inconvénients dans le droit des sociétés commerciales*<sup>745</sup> ». Partant de ce postulat, la loi du 24 juillet 1966 avait œuvré pour limiter strictement les cas de nullité en droit des sociétés préférant sanctionner l'auteur de l'acte vicié plutôt que ce dernier. C'est ainsi que le législateur multipliait les infractions spéciales de droit pénal. L'impératif de sécurité juridique et l'influence de la première directive européenne militaient en ce sens<sup>746</sup>. D'ailleurs, les hypothèses de nullité des sociétés anonymes et des sociétés à responsabilité limitée ont été réduites par l'ordonnance du 20 décembre 1969 pour mettre en conformité le droit français avec les directives européennes. Le législateur de 1966 préférait alors procéder « *par fines touches de nullité en ne la prévoyant que pour les articles les plus essentiels*<sup>747</sup> ». Le législateur avait érigé le régime des nullités en pensant à la société elle-même et aux actes modifiant les statuts. Dès lors seuls les actes relatifs à la constitution de la société ou à la modification de ses statuts pouvaient être sanctionnés par la nullité. Un second alinéa a été consacré pour les actes et délibérations ne modifiant pas les statuts. Pourtant les cas de nullités restaient limités. La jurisprudence relative aux nullités de constitution de la société s'inscrit dans un mouvement de recul des nullités.

**918.** L'émergence des injonctions de faire, de même que l'action en régularisation témoignent de cette réticence du législateur. De plus, les juges cherchent à réduire autant que possible les effets de la nullité. Pour preuve ces derniers reconnaissent la nullité partielle. C'est notamment le cas dans l'espèce du 7 juillet 2004<sup>748</sup> dans laquelle les juges retiennent la nullité partielle d'une convention réglementée passée par le dirigeant en l'absence d'autorisation préalable du conseil d'administration. Le caractère divisible de la convention permet de prononcer la nullité seulement à l'égard des mandataires sociaux dans la mesure où la convention les concernant a des conséquences dommageables pour la société.

**919.** Néanmoins, le retrait de la nullité en certains domaines n'a pas empêché le législateur de multiplier les cas de nullité pour d'autres. La loi de sécurité financière du 1<sup>er</sup> août 2003 atteste

---

<sup>745</sup> J. Mestre, D. Velardocchio et A-S Mestre-Chami, op. cit., n° 2736.

<sup>746</sup> Outre les directives communautaires, la CJCE se prononce en faveur d'une position restrictive dans le domaine des nullités avec notamment le célèbre arrêt *Marleasing* du 13 novembre 1990, aff.C-106/89.

<sup>747</sup> M. Haschke-Dournaux, *Les sanctions dans la loi de sécurité financière*, LPA 2003, n° 228, p. 110.

<sup>748</sup> Cass. com., 7 juill. 2004, n° 01-15.677 et n° 01-15.763, BRDA 2004, n° 17, p. 2 ; RJDA 2004, n° 1229 ; BJS 2004, p. 1510, note J.-Ph. Dom ; RTD com. 2004, p. 765, obs. P. Le Cannu ; Dr. et patr. 2005, n° 135, p. 99, obs. D. Poracchia.

de ce phénomène<sup>749</sup>. Dès lors cette réticence doit être relativisée et restreinte aux relations entre la société et les tiers.

**920.** De manière générale, le législateur à la recherche d'une sanction efficace délaisse une fois de plus la sanction pénale au profit d'une autre sanction civile. Le mouvement de dépenalisation a fait réapparaître l'intérêt de la nullité au titre des sanctions civiles. Le mécanisme de la nullité de l'acte passé en fraude de l'obligation légale ou contractuelle apparaît plus approprié que des sanctions pénales. Puisqu'il consiste à annuler un acte à la demande de la personne qui est victime de la violation de la règle en cause. Il s'agit alors de corriger une situation et non pas simplement de sanctionner le dirigeant fautif. Dès lors malgré les réticences, le législateur multiplie les causes de nullité.

**921.** Le régime des nullités est axé autour de la dichotomie des pouvoirs internes et externes du dirigeant. Les dirigeants se chargent de prendre toutes les décisions utiles au fonctionnement de la société avec une certaine autonomie, tout en devant respecter la répartition légale des pouvoirs. À l'évidence, les décisions sociales internes gouvernant le fonctionnement de la société ou les rapports entre les associés relèvent du régime des nullités des sociétés, tandis que les décisions en rapport avec les tiers semblent en être exclues.

**922. La nullité dans les rapports internes-** C'est dans les rapports internes que la nullité trouve pleinement à s'exprimer. Malgré la réticence du droit des sociétés envers les nullités, le législateur met en œuvre un domaine d'application assez large de cette sanction à l'article L. 235-1 du code de commerce. Pourtant, la nullité n'est pas la sanction de droit commun en droit des sociétés et l'étude du régime juridique montre qu'elle demeure strictement encadrée.

**923.** L'article L. 235-1 prévoit dans son premier alinéa que « *La nullité d'une société ou d'un acte modifiant les statuts ne peut résulter que d'une disposition expresse du présent livre ou des lois qui régissent la nullité des contrats (...)* ». Puis il ajoute dans son second alinéa « *La nullité d'actes ou délibérations autres que ceux prévus à l'alinéa précédent ne peut résulter que de la violation d'une disposition impérative du présent livre ou des lois qui régissent les contrats* ».

**924.** En ce qui concerne la nullité de la société ou des actes modifiant les statuts, le législateur adopte une position très restrictive. La nullité ne peut résulter que d'une disposition expresse du Livre II du code de commerce, de la violation des dispositions qui régissent la nullité des

---

<sup>749</sup> 23 articles sont concernés par la nullité au sein de la loi de 2003.



contrats, d'une décision prise en violation des dispositions régissant les droits de vote attachés aux actions ou enfin de la présence d'une fraude en application de l'adage *fraus omnia corrumpit*. Cela étant, si les cas de nullité doivent être appréciés strictement, il semble que la disposition de l'ancien article L. 225-227 du code de commerce qui prévoyait la nullité des délibérations prises à défaut de désignation régulière du commissaire aux comptes, transférée dans le Livre VIII, au nouvel article L. 820-3-1 du même code, par l'ordonnance du 8 septembre 2005, doit continuer à être appréhendée comme un cas de nullité malgré son transfert hors du domaine du Livre II<sup>750</sup>.

**925.** Les cas de nullité de la société elle-même n'intéressent pas l'étude ici présente puisque celle-ci se focalise sur la gestion de la société par les dirigeants et non aux modalités de constitution de la société par les fondateurs. En revanche, un acte modifiant les statuts peut-il être de la compétence du dirigeant ? En principe, cette compétence revient à l'assemblée des associés extraordinaire ou ordinaire selon la forme sociale, cette compétence peut néanmoins dans certains cas être déléguée au dirigeant<sup>751</sup>. Dans ce cas, sa décision pourra être entachée de nullité notamment sur le fondement de la fraude. De plus, ce dernier peut être responsable de la tenue irrégulière de l'assemblée. Par conséquent, la décision prise à l'issue de cette délibération sera impactée par cette irrégularité et devra ou pourra être annulée. Ce dernier point relève que le juge peut dans certains cas être lié par des nullités absolues, alors que dans d'autres la nullité est relative, ce qui laisse au juge le pouvoir d'apprécier l'opportunité de prononcer la nullité de l'acte ou de la délibération. On partage la thèse de Japiot pour lequel « *la nullité est une sanction qui doit s'adapter au but de la règle dont elle tend à assurer l'observation et au milieu où pratiquement elle intervient*<sup>752</sup> ».

**926.** En revanche, la nullité d'un acte ou d'une délibération ne modifiant pas les statuts, la formulation est moins stricte et laisse place à des nullités virtuelles<sup>753</sup>. Ces dernières confèrent au juge le pouvoir d'apprécier le caractère impératif de telle ou telle disposition légale

---

<sup>750</sup> V. en ce sens, F. Barrière, *Nouvelles dispositions relatives au commissariat aux comptes et incohérences en matière de nullités*, BJS 2006, p. 989.

<sup>751</sup> Exemple : la délégation de compétence de l'AGE au profit du directoire ou du conseil d'administration pour l'émission d'actions de préférence (Art. L. 228-12 du C.com.). La délégation porte non seulement sur la réalisation de l'opération, mais encore sur la prise de décision, laquelle sera alors le fait du conseil d'administration ou du directoire. Cette disposition va encore plus loin, puisqu'elle ajoute que « le président du directoire ou le directeur général peut, sur délégation du directoire ou du conseil d'administration, procéder à ces opérations à tout moment de l'exercice et au plus tard dans le délai fixé par décret en Conseil d'État » ; de même que le gérant d'une SARL peut décider le déplacement du siège social en vertu de l'article L. 223-18 du Code de commerce.

<sup>752</sup> Japiot, *Des nullités en matière d'actes juridiques*, th., Dijon, 1909, p. 13.

<sup>753</sup> Le terme fait référence à des nullités non expressément édictées par les textes, mais qui ressortent implicitement de ces derniers. Dans ces circonstances, la jurisprudence détient un pouvoir de qualification lorsqu'il s'agit de protéger un droit fondamental. En conséquence, les juges peuvent conférer à une disposition légale un caractère d'impérativité et sanctionner ainsi sa violation par la nullité.

méconnue. Ce pouvoir de détermination judiciaire des nullités virtuelles est considérable car il permet de renforcer le contrôle de la gestion. Un exemple des plus significatifs nous a été offert en ce sens par la jurisprudence. Cette dernière, avant même le législateur a érigé au titre de disposition impérative le droit à l'information des administrateurs en annulant, dans la célèbre affaire *Cointreau*<sup>754</sup>, les délibérations prises par le conseil lorsque ses membres ont été insuffisamment informés de la gestion du dirigeant. Dès lors, au gré des espèces, la qualification de règles impératives de certaines dispositions par les juges étoffe corrélativement les droits au contrôle des contre-pouvoirs, d'où l'intérêt des nullités virtuelles. Les juges ne cherchent pas à verrouiller les cas de nullités mais à rationaliser ces derniers sur le fondement de jurisprudences parfois audacieuses, attitude que l'on ne peut que saluer sous l'angle du contrôle de la gestion<sup>755</sup>.

**927.** Le domaine de la nullité en cette hypothèse est par conséquent élargi. Le texte se réfère aussi bien aux actes qu'aux délibérations sociales. On comprend aisément l'intérêt de cette formulation. La gestion sociale est rythmée par des actes autonomes décidés par le dirigeant et par des décisions sociales résultant d'une délibération collective, dictés par la compétence octroyée par le législateur au gré des domaines concernés. Quant à la notion de disposition impérative, le législateur n'apporte volontairement aucune définition<sup>756</sup>. Dès lors la doctrine et la jurisprudence se sont employées à donner une qualification à cette notion. Pour synthétiser la position adoptée, les dispositions impératives ne sont pas seulement celles que la loi édicte sous la sanction expresse de la nullité. Deux indices sont retenus pour définir le critère d'impérativité. Il s'agit d'une part de la formulation de la loi : les règles prescriptives sont marquées par le mode indicatif. De même que la formulation de règles prohibitives que le législateur n'a pas toujours expressément assorties de nullité traduit le caractère impératif de la disposition, de même encore la condamnation expressément formulée de toute clause contraire produit le même effet. D'autre part, une disposition assortie d'une sanction pénale peut être retenue comme un indice de l'impérativité même si ce dernier n'est pas déterminant, dans la mesure où l'absence d'une sanction pénale ne fait nullement obstacle au prononcé de la nullité pour violation d'une règle impérative. Néanmoins, bien évidemment la reconnaissance de la qualité de disposition impérative d'une disposition légale pénalement

---

<sup>754</sup> Cass. com., 2 juil. 1985, n° 83-16.887, Rev. soc. 1986, p. 231, note P. Le Cannu ; BJS 1985.923 ; Y. Chartier et J. Mestre, *Les grandes décisions de la jurisprudence, Les sociétés*, PUF, 1988, p. 170 ; RTD com. 1989.80, obs. Y. Reinhard ; R. Baillod, *L'information des administrateurs des sociétés anonymes*, RTD com. 1990, p. 1

<sup>755</sup> V. infra, p. 360 et s.

<sup>756</sup> Sauf lorsqu'il indique expressément qu'une disposition est d'ordre public ou encore que toute stipulation contraire est réputée non écrite.

sanctionnée s'impose et les juges devront retenir cette qualification, lorsqu'il est souhaitable d'effacer l'acte dont résulte l'infraction<sup>757</sup>.

**928.** Une dernière remarque doit être formulée, dans les deux hypothèses de l'article L. 235-1 du code de commerce : deux sources de nullité se juxtaposent. La nature juridique de la société n'étant pas homogène car balançant entre contrat et institution conduit à ce que la matière des nullités ne le soit pas non plus. Dès lors la nature hybride de la société impose en ce domaine une juxtaposition de règles de droit spécial et de droit commun. D'ailleurs grâce à ces points de contact avec le droit civil, « *la jurisprudence a souvent trouvé dans le droit commun un renfort utile pour compléter le droit spécial*<sup>758</sup> ». Cet apport est d'autant plus bénéfique dans une matière qui a trait à la gestion sociale et dans laquelle le législateur confère une grande autonomie aux dirigeants. *Qu'en est-il de la nullité lorsque les actes ou décisions sociales n'intéressent plus le fonctionnement interne de la société mais ont pour objet de conclure des relations avec des tiers ?*

**929. La nullité dans les rapports avec les tiers** – Lorsque la société contracte une convention avec un tiers, elle doit en principe être considérée comme un cocontractant comme les autres et être soumise au droit commun<sup>759</sup>. A première vue, la nullité issue du droit des sociétés semble être par conséquent exclue de ce domaine. Or, afin de protéger la société des actes du dirigeant et conférer pleinement une force au contrôle de la gestion, le législateur réintroduit la nullité dans certains cas. Deux cas doivent être exposés lorsque la conclusion du contrat suppose un acte interne préalable. Il s'agit de l'hypothèse des conventions réglementées lorsque ces dernières exigent une autorisation préalable de certains organes sociaux ainsi que les cautions, avals et garanties visés par les articles L. 225-35 alinéa 4 et L. 225-68 du code de commerce. Cet acte ou délibération préalable est un « *acte interne qui conditionne cependant les relations de la société avec les tiers*<sup>760</sup> ». Dans ce cas, pour les sociétés anonymes et les sociétés en commandite par actions, l'absence ou l'irrégularité de l'acte préalable a une incidence sur la convention conclue avec les tiers. Afin de pouvoir encadrer efficacement les conventions passées par le dirigeant, même lorsque ces dernières engendrent des relations avec des tiers, le droit prévoit la possibilité d'annuler ces conventions. En effet, l'article L. 225-42 du code de commerce applicable aux conventions réglementées, énonce que « *sans préjudice de la responsabilité de l'intéressé, les conventions*

<sup>757</sup> V. en ce sens : Cass. com., 20 oct. 1976, n°75-40.690, Rev. soc. 1977, p. 277, note J. G.

<sup>758</sup> M. Azavant, art. cit., n°2.

<sup>759</sup> Dans lequel, la nullité réapparaît au travers la nullité des contrats.

<sup>760</sup> M. Germain, *De quelques limites à la nullité des décisions sociales prévue par l'article 360 de la loi de 1966*, BJS 1992, p. 491.

visées à l'article L. 225-38 et conclues sans autorisation préalable du conseil d'administration peuvent être annulées si elles ont eu des conséquences dommageables pour la société ». Pour les sociétés en commandite un renvoi est opéré à la disposition précitée par l'article L. 226-10 dudit code. En ce qui concerne les cautions, avals et garanties, en tant que dispositions impératives du Livre II du code de commerce, l'absence d'autorisation préalable devrait entraîner la nullité du cautionnement. Cependant malgré les critiques de la doctrine<sup>761</sup>, la jurisprudence retient depuis 1986, l'inopposabilité. A y regarder de plus près, cette dernière sanction est encore plus protectrice pour la société puisque seule la nullité est susceptible d'être couverte. Toute décision postérieure est inopérante pour régulariser le défaut d'autorisation préalable<sup>762</sup> et la théorie du mandat apparent est aussi exclu par les tribunaux<sup>763</sup>. Dès lors la garantie reste valable mais ne peut être opposée à la société. Si la sanction est opportune pour la société, elle l'est en revanche beaucoup moins pour le tiers créancier. Ce dernier ne peut ni rechercher la responsabilité de la société, ni d'ailleurs celle du dirigeant, en l'absence de faute séparable de ses fonctions. De plus, l'inopposabilité n'est pas la sanction naturelle du défaut d'autorisation. Comme le rappelle le Professeur B. Dondero<sup>764</sup>, l'acte conclu par un dirigeant non habilité est habituellement frappé de nullité, comme la loi le prévoit d'ailleurs en cas de défaut d'autorisation des conventions réglementées. La position de la jurisprudence obscurcit un peu plus le régime de la sanction applicable sachant que la nullité peut resurgir lorsque la décision d'autorisation préalable est entachée de nullité<sup>765</sup>. Dans ce cas-là, la nullité du cautionnement s'impose mais n'est pas opposable aux tiers de bonne foi. Cela étant, du point de vue de la société seulement, voisine de la nullité, l'inopposabilité encadre efficacement les pouvoirs des dirigeants sociaux en ce domaine.

**930.** Ces développements montrent bien l'intérêt de cette sanction dans un domaine où elle est en principe exclue. Ce qui incite à étendre la recherche de l'intérêt de la nullité quant au contrôle de la gestion de manière plus générale.

---

<sup>761</sup> P. Simler, *Histoire d'une impasse : la sanction du défaut d'autorisation des cautions, avals ou garanties consenties pour le compte des sociétés par action*, in *Mélanges D. Schmidt*, Joly, 2005, p. 449 ; G. Michat-Goudet, *Inopposabilité des cautions, avals et garanties irrégulièrement donnés par le président du conseil d'administration : une sanction critiquable*, JCP E 1998, 840.

<sup>762</sup> Cass. com., 11 juill. 1988, Bull. civ. IV, n° 246.

<sup>763</sup> Cass. com., 29 janv. 1980, Bull. civ. IV, n° 47 ; Cass. com., 24 févr. 1987, Bull. civ. IV, n° 56, Rev. soc. 1987, p. 407, note Y. Guyon ; BJS 1987, p. 211, note P. Le Cannu ; Cass. com., 8 nov. 1988, Bull. civ. IV, n° 302.

<sup>764</sup> B. Dondero, *Réflexions sur les mécanismes d'autorisation des sûretés et garanties consenties par les sociétés anonymes*, D. 2004, p. 405.

<sup>765</sup> V. Cass. com., 11 février 1986, Bull. civ. IV n° 14, Rev. soc. 1986 p. 243, note J.-J. Daigre ; Cass. com., 28 juin 2005, n° 03-19.714, BRDA 2005, n° 17, p. 3 ; RJDA 2005, n° 11, p. 1092. Dans ce cas, il faut faire application de l'article L. 235-12 du C.com. ou de la disposition plus générale de l'article 1844-16 du C.civ.

## **2-L'intérêt de la nullité dans le contrôle de la gestion**

**931.** L'intérêt de la nullité réside dans ses effets. En annulant un acte ou une délibération sociale cette sanction participe notamment à la protection de la société contre les actes inconsiderés des dirigeants<sup>766</sup>. La nullité protège ainsi efficacement les droits d'information et de communication des associés ainsi que ceux du conseil d'administration pour les sociétés anonymes et garantit la présence du commissaire aux comptes lorsque celle-ci est exigée par les textes. D'une manière générale, la nullité permet dans ces cas précis, d'assurer efficacement un contrôle de la gestion. L'ensemble des décisions ou actes pris en violation de ces dispositions pourront être annulés afin de protéger la société. L'effet correctif de cette sanction participe à l'efficacité du contrôle dans la mesure où les organes de contrôle ont la capacité de demander en justice l'annulation d'un acte fautif émanant du dirigeant et mettent fin au dysfonctionnement décelé.

**932.** Dans la perspective du contrôle de la gestion du dirigeant, l'intérêt est de pouvoir faire annuler tant des décisions sociales prises unilatéralement par le dirigeant que certaines délibérations sociales. Dans ce dernier cas, les nullités seront ici appréhendées sous un angle novateur. Seront seulement étudiées les nullités résultant d'une faute en amont du dirigeant. En d'autres termes, c'est en raison de la violation d'une disposition impérative du droit des sociétés dont le but est de permettre un contrôle efficace de la gestion en assemblée que le juge pourra prononcer la nullité corrélative de la délibération collective.

**933. L'annulation des actes du dirigeant-** Dans le domaine des pouvoirs des dirigeants en interne, la nullité a un rôle de sanction que l'on pourrait qualifier de régulatrice. Son intérêt est de fournir aux organes de contrôle une sanction leur permettant d'encadrer les pouvoirs des dirigeants en demandant au juge l'annulation des actes dommageables pour la société. Elle permet par conséquent de maîtriser les pouvoirs des dirigeants, ce qui constitue une forme incontestable de contrôle de la gestion et ses effets en renforcent l'efficacité.

**934.** S'agissant de la gestion courante, le législateur confère une grande autonomie aux dirigeants sous réserve de la répartition légale des pouvoirs, de l'objet social et de l'intérêt social. Peu de règles impératives de droit des sociétés limitent les pouvoirs des dirigeants

---

<sup>766</sup> Evidemment, l'objectif des nullités en droit des sociétés n'est pas exclusivement tourné vers la garantie d'un meilleur contrôle de la gestion. La nullité est la sanction naturelle d'un acte mal formé, elle fait disparaître l'acte vicié. Par ses effets elle contribue dans certaines circonstances à satisfaire un meilleur contrôle de la gestion puisqu'elle est une conséquence du contrôle.

sociaux<sup>767</sup> ; dès lors les causes de nullités doivent être plutôt recherchées dans les notions d'abus, d'excès de pouvoir ou de fraude.

**935.** Concernant l'excès de pouvoir, les organes sociaux disposent des pouvoirs légaux, pouvoirs qui fixent leurs attributions et leurs limites. Tant que ces organes restent dans le cadre attribué par la loi, les décisions prises relèvent de leur opportunité, sauf détournement de pouvoir. En revanche si ces organes dépassent le cadre légal, ils violent la loi : il ne s'agit plus d'opportunité mais de légalité. Dès lors lorsque le dirigeant prend une décision dans un domaine qui n'est pas de sa compétence ou qu'un de ses actes dépasse l'objet social, il commet un excès de pouvoir. L'excès de pouvoir est en principe sanctionné par la nullité<sup>768</sup> puisqu'il s'agit d'une violation d'une disposition impérative de la loi au sens de l'article L. 235-1 du code de commerce. En effet, les textes qui fixent les pouvoirs des représentants légaux sont d'ordre public.

**936.** Une précision doit être apportée malgré tout quant au dépassement de l'objet social. Si un dirigeant passe un acte qui se rapporte à une activité étrangère à l'objet social, le principe est la nullité de l'acte<sup>769</sup>. Cependant, la loi prévoit des dérogations à cette règle. Dans les sociétés anonymes et les sociétés à responsabilité limitée, dans les rapports avec les tiers, ces sociétés sont engagées même par les actes des dirigeants sociaux qui ne relèvent pas de l'objet social sauf si elles prouvent que le tiers savait que l'acte dépassait cet objet ou qu'il ne pouvait l'ignorer compte tenu des circonstances<sup>770</sup>.

**937.** D'ailleurs la loi prévoit expressément d'autres exceptions à la nullité pour lui préférer la responsabilité civile des dirigeants. Il s'agit notamment du cas des conventions réglementées non approuvées par les associés pour lesquelles le législateur prévoit qu'elles produisent leurs effets. De même, la simple contrariété à l'intérêt social n'entraîne pas non plus la nullité de l'acte ou bien encore la violation d'une clause limitative de compétence engage la responsabilité de son auteur. Les actes passés en violation d'une telle cause ne sont pas susceptibles d'être annulés sur le fondement du droit des sociétés. En dehors de ces exceptions, la nullité prévaut ce qui limite efficacement les excès de pouvoir du dirigeant au profit des associés. Cette cause de nullité complète alors les nullités textuelles et joue comme

---

<sup>767</sup> Avec une nuance pour les SA dans lesquelles la répartition des pouvoirs est assez détaillée. Dès lors, l'excès de pouvoir sera plus susceptible d'être invoqué dans cette forme sociale que dans les sociétés de personnes ou les SARL.

<sup>768</sup> La nullité retenue sera relative et donc ouverte à la seule société ainsi qu'à ses associés.

<sup>769</sup> V. sur le sujet : J. Picard, *L'acte conclu par un dirigeant avec dépassement de ses pouvoirs : nullité/inopposabilité*, Dr. sociétés 1998, chron. p. 6

<sup>770</sup> V. en ce sens : CA Paris, 30 nov. 1976, Rev. soc. 1977, p. 688, note Randoux ; Cass. com., 18 juin 1980, n° 78-16.419, Rev. soc. 1981, p. 83, note Guyon.

un correcteur aux omissions du législateur en ce domaine. Conjointement à l'excès de pouvoir, deux autres causes peuvent être invoquées par les associés tirées quant à elles du droit commun. Dans ces deux cas, même lorsque l'acte du dirigeant est régulier en la forme et entre dans le domaine de sa compétence légale, il arrive que ce dernier soit annulé pour fraude ou pour abus de droit.

**938.** En application du droit commun, et plus généralement par l'effet d'un principe général de droit, les associés, peuvent réclamer devant les juges, la nullité d'un acte du dirigeant pour fraude. La définition classique de la fraude doit être adaptée à la situation qui nous intéresse. Dès lors une convention pourra être annulée pour fraude lorsque le dirigeant aura écarté l'application d'une règle impérative par l'emploi, à dessein, d'un moyen juridique efficace et en lui-même tout à fait licite. C'est notamment le cas lorsque le dirigeant d'une société effectue de mauvaise foi des actes afin de favoriser une autre société dans laquelle il est directement intéressé<sup>771</sup>. De même, une convention intervenue entre une société et son dirigeant peut être annulée si elle est entachée de fraude pour avoir été conclue dans le dessein de l'exclure du champ d'application des conventions réglementées par les articles L. 225-38 et suivants du code de commerce<sup>772</sup>. Dans cette espèce du 5 janvier 2016, l'avenant à un contrat de travail conclu entre la société et son directeur général est annulé pour fraude. L'avenant au contrat de travail avait été antidaté. Ces exemples, sans prétention à l'exhaustivité, montrent bien l'importance de la nullité pour fraude ou pour l'abus, en ce qu'elle permet de réguler les actes du dirigeant teintés de conflits d'intérêt. Lorsqu'il existe une réglementation relative aux conventions réglementées applicable, les dirigeants peuvent être tentés de dissimuler sous le manteau des conventions courantes des conventions qui sont en réalité porteuses de conflits d'intérêts. Dès lors ces causes de nullités, rectifient la situation en annulant ces conventions lorsqu'elles ont des conséquences dommageables pour la société.

**939.** Concernant l'abus, le pouvoir de gestion courante du dirigeant est un « droit-fonction » qui ne doit pas être abandonné à sa libre volonté mais qui doit être en permanence guidé par la satisfaction de l'intérêt social. L'abus qui est un détournement de pouvoirs réside dans le fait d'user de ses pouvoirs en vue d'un autre but que celui pour lequel ils lui ont été conférés. Applicable au dirigeant, l'abus consiste à prendre une décision contraire à l'intérêt social,

---

<sup>771</sup> Cass. 3e civ., 19 févr. 1986, n° 84-12.467, RTD civ. 1987, p. 761, obs. Mestre.

<sup>772</sup> Cass. com., 5 janv. 2016, n° 14-18.688, Rev. soc. 2016, p. 293, obs. D. Schmidt. Cet arrêt n'est pas pleinement satisfaisant, puisqu'il conditionne la nullité pour fraude à la présence de conséquences dommageables pour la société. Dès lors on comprend que la fraude ne peut servir à elle seule à faire annuler les conventions réglementées frauduleusement soustraire à ce régime sous le couvert de la qualification de convention courante. « Finalement, le recours à la notion de fraude a ici pour seule justification l'appréhension d'une convention conclue avant la nomination du dirigeant social. Voici encore une occasion manquée de redonner au régime des conventions réglementées un peu d'efficacité » (D. Schmidt).

dans le seul but de favoriser les intérêts personnels de ce dernier. L'abus sanctionne par conséquent les conflits d'intérêts. Que ce soit sur le fondement du droit commun ou du droit des sociétés, la solution est bien assise. D'ailleurs, malgré l'absence de reconnaissance expresse de l'abus par le droit des sociétés, cette cause vaut également pour les actes qui modifient les statuts lorsque la compétence est expressément donnée au dirigeant. En tout état de cause, en ce qui concerne la gestion du dirigeant l'abus au plan civil sera le plus souvent invoqué par suite d'un abus de biens sociaux ou pour abus de pouvoir au plan pénal. La nullité corrigera les effets de l'infraction pénale. Ainsi par exemple, dans la célèbre affaire *Vinci*<sup>773</sup>, le dirigeant a été condamné pour abus de pouvoir. Le fait que ce dernier recompose le comité des rémunérations pour parvenir à obtenir le mode de rémunération le plus avantageux constitue un abus de pouvoir. Par suite la rémunération abusivement attribuée est annulée selon une jurisprudence bien établie<sup>774</sup>.

**940.** Une autre conception de l'abus mérite d'être relevée. Une convention prise par le dirigeant peut être annulée sur le fondement de l'abus de majorité<sup>775</sup>. Jusqu'à présent la doctrine semble-t-il unanime considérait que les décisions qui peuvent être constitutives d'un abus de majorité étaient celles qui émanaient de la collectivité des associés. Désormais, une société peut agir en nullité pour abus de majorité contre un acte accompli par un dirigeant. Dans l'espèce considérée, l'abus n'était pas invoqué contre la décision d'approbation ou de refus de la convention, mais bien au regard de la conclusion de la convention elle-même. La haute juridiction « réalise une combinaison subtile et, nous semble-t-il, inédite, entre le régime des conventions réglementées et l'action en annulation fondée sur l'abus de majorité<sup>776</sup> ». Dans ce cas précis, après la prescription de l'action en responsabilité, une chance d'annulation existe désormais sur le terrain de la nullité. Cette extension de l'abus intensifie l'efficacité du contrôle de la gestion et améliore la protection de la société. L'abus permet de contourner le régime des conventions réglementées et d'annuler celles contraires à l'intérêt social. Cette jurisprudence ouvre « une action en annulation à l'encontre de la convention là où la loi ne prévoyait qu'une action en responsabilité<sup>777</sup> ». La volonté de sanctionner l'acte du dirigeant incite d'ailleurs la Cour de cassation à modifier quelque peu la conception de l'abus de majorité. Elle ne retient comme acte constitutif de l'abus que

---

<sup>773</sup> CA Versailles, 19 mai 2011, n° 10.01.523, BJS 2011, n° 320, p. 597, note B. Dondero ; Rev. soc. 2012, p. 99, note P. Le Cannu ; RTD com. 2011, p. 368, obs. P. Le Cannu et B. Dondero ; Cass. crim., 16 mai 2012, n° 11-85.150, BJS 2012, n° 7, p. 579, note, X. Salvat.

<sup>774</sup> CA Versailles, 7 janv. 1980, Rev. soc. 1980, p. 737, note C. Mouly.

<sup>775</sup> Cass. com., 21 janvier 1997 n° 94-18.883, BJS 1997, p. 312, note P. Le Cannu ; JCP E 1997, II, 965, note J.-J. Daigre ; D. 1998, p. 181, note J.-C. Hallouin.

<sup>776</sup> B. Saintourens, *Conventions réglementées et abus de majorité*, Rev. soc. 1997, p. 527.

<sup>777</sup> B. Saintourens, *ibid.*



l'atteinte à l'intérêt social causé par les agissements de l'ancien gérant. En effet dans les sociétés où les décisions prises au profit des seuls majoritaires au détriment de l'intérêt social et même si la société n'a qu'un seul associé, on ne peut exclure que des décisions soient prises dans l'intérêt social<sup>778</sup>.

**941.** Une délibération collective aussi peut être annulée lorsqu'une irrégularité du dirigeant entache la validité de celle-ci. La nullité ne sera pas alors invoquée pour le rôle direct joué par le dirigeant contrairement à ce qui vient d'être évoqué, mais parce que celui-ci ne satisfait pas à ses obligations préalables aux assemblées qui permettent d'exercer un contrôle de la gestion. Il s'agit en la matière de sanctionner tous les actes qui nuisent à la transparence de la société, condition sans laquelle le contrôle de la gestion ne peut s'opérer effectivement.

**942. L'annulation des délibérations pour un acte fautif du dirigeant** – Une délibération sociale de l'assemblée ou d'ailleurs du conseil d'administration peut être annulée lorsque le dirigeant ne satisfait pas ses obligations préalables imposées par la loi pour garantir l'effectivité et l'efficacité du contrôle de la gestion. Par conséquent, la finalité de la nullité est ici de donner pleine vigueur aux mécanismes et droits au contrôle de la gestion. Elle protège les organes de contrôle de la violation de leurs droits en la matière.

**943.** Le non-respect des formalités attachées aux assemblées d'associés est une cause fréquente de nullité des délibérations collectives dans l'ensemble des sociétés commerciales. Ce formalisme est une garantie de l'exercice du contrôle des associés et du conseil d'administration. On comprend dès lors l'intention du législateur d'en sanctionner strictement les éventuels écarts commis par les dirigeants. A ce titre, la loi multiplie les cas de nullités de manière expresse ou en ayant recours aux dispositions à caractère impératif<sup>779</sup>.

**944.** Relativement à la première hypothèse, le législateur prévoit notamment, à l'article L. 223-26 alinéa 2, la nullité expresse de la délibération pour les sociétés à responsabilité limitée<sup>780</sup>, de même qu'à l'article L. 221-7 du code de commerce pour les sociétés en nom collectif.

**945.** Concernant la seconde hypothèse, l'exemple le plus topique reste la sanction du non-respect de l'information des associés, de même d'ailleurs que la violation du droit à

---

<sup>778</sup> Cette affirmation démontre que le contrôle de la gestion d'une société à associé unique doit malgré tout être exercé. L'intérêt de la société primant sur celui de l'associé unique, un contrôle s'impose.

<sup>779</sup> Sans prévoir expressément la nullité, le caractère d'impératif de la disposition confère implicitement aux juges le pouvoir d'annuler la délibération sociale.

<sup>780</sup> « Toute délibération, prise en violation des dispositions du présent alinéa et du décret pris pour son application, peut être annulée ».

l'information préalable des conseils d'administrations. Dans ce dernier cas, le législateur précise que « *le président ou le directeur général de la société est tenu de communiquer à chaque administrateur tous les documents et informations nécessaires à l'accomplissement de sa mission*<sup>781</sup> ». En l'absence d'une nullité expresse, la jurisprudence a toutefois retenu que « *la méconnaissance des droits de tout administrateur à une information préalable entraîne la nullité de la délibération du conseil d'administration* »<sup>782</sup>. La nullité est virtuelle, procédant ainsi d'une disposition impérative.

**946.** Dès lors, quel que soit la technique utilisée par le législateur, la méconnaissance du droit de communication des associés comme celui des administrateurs est une nullité facultative de l'assemblée lorsqu'il s'agit de délibérations ne modifiant pas les statuts de la société. De même, le défaut de réponse aux questions écrites des associés préalablement aux assemblées peut être aussi une cause de nullité. Les juges devant apprécier dans ce cas, dans quelle mesure les questions abordées pouvaient exercer une influence sur les votes et décisions prises au cours de l'assemblée et limiter la nullité à certaines délibérations.

**947.** Dans tous les cas, la jurisprudence prononce de manière constante la nullité d'une délibération sociale prise en violation des droits à l'information des associés, ainsi que les délibérations du conseil d'administration<sup>783</sup>. En ce sens, si le législateur ne prévoit pas expressément la nullité des délibérations pour le défaut d'information ou son incomplétude, elle n'est pas pour autant exclue bien au contraire. Le caractère impératif des dispositions relatives à l'information autorise les juges à prononcer cette sanction sur le fondement de l'article L. 235-1, alinéa 2 du code de commerce.

**948.** Le législateur sanctionne également par la nullité à l'article L. 235-14 du code de commerce, les délibérations des organes de direction et d'administration lorsqu'elles ne sont pas retranscrites par un procès-verbal, pour les délibérations qui modifient les statuts. Ou encore, un texte<sup>784</sup> sanctionne de nullité les délibérations prises en l'absence de commissaires aux comptes. De même, le droit fondamental pour tout associé de participer aux assemblées est sanctionné par la nullité lorsque ce droit est bafoué. La jurisprudence reconnaît la faculté

---

<sup>781</sup> Art. L. 225-35 du C. com.

<sup>782</sup> Cass. com., 24 avr. 1990, n° 88-17.218, Rev. soc. 1991, p. 347, note P. Didier.

<sup>783</sup> La méconnaissance des droits à l'information préalable des administrateurs affecte la régularité de la réunion et constitue un motif de nullité des délibérations du conseil. En ce sens : Cass. com., 24 avr. 1990, n° 88-17.218, BJS 1990, p. 532 ; CA Paris, 16 nov. 1995, JCP E 1996, I, 541. Allant encore un peu plus loin, les juges admettent qu'en conséquence de la nullité des délibérations d'un conseil d'administration prises dans des conditions d'informations insuffisantes pour un administrateur, les délibérations d'une assemblée peuvent être annulées dès lors que cette assemblée a été convoquée et son ordre du jour fixé par le conseil litigieux (Cass. com., 13 déc. 2005, n° 04-12.135, BJS 2006, p. 641, note L. Grosclaude).

<sup>784</sup> Art. L. 820-3-1 du C. com.

pour l'associé irrégulièrement évincé ainsi que tous les autres<sup>785</sup>, d'invoquer la nullité. La même solution s'applique aux administrateurs. A ce titre, par exemple, une convocation tardive qui ne pouvait atteindre son destinataire avant les date et heure fixées pour la réunion du conseil d'administration conduit à la nullité de la décision prise à la suite de cette manœuvre visant à empêcher un administrateur d'assister à la réunion<sup>786</sup>.

**949.** L'abondance de la jurisprudence en ces différents domaines, montre l'intérêt de cette sanction pour conférer une pleine efficacité au contrôle de la gestion. Ces obligations formelles, d'une importance cruciale au regard du contrôle de la gestion doivent, en cas d'inexécution, être sanctionnées d'une manière à priver de tout effet la délibération intervenue en violation de celles-ci. En ce sens, la constance dont font preuve les juges pour protéger les droits substantiels de contrôle, doit être soulignée. Il a d'ailleurs été jugé que les délibérations d'un conseil d'administration sont nulles lorsque le conseil s'est tenu après que certains administrateurs aient quitté la salle du conseil ; cette nullité entraîne aussi celle de l'assemblée générale et des résolutions par elle adoptées si ladite assemblée a été convoquée avec un ordre du jour arrêté par le conseil d'administration lors de sa tenue irrégulière et déclarée nulle<sup>787</sup>. Fluctuant entre nullités de plein droit et nullités virtuelles, les décisions des juges rationalisent au mieux le recours à la nullité afin de conférer une pleine efficacité au contrôle de la gestion.

**950.** Par ailleurs, les décisions sociales peuvent être annulées non plus en raison de la forme mais du fond. C'est le cas notamment de décisions abusives ou irrégulières. A première vue cette hypothèse n'intéresse pas le contrôle de la gestion. Or cette position exclut un pan important de l'étude. L'hypothèse dans laquelle, le représentant social détient la majorité du capital ou lorsqu'il exerce une influence prépondérante sur la majorité doit être appréhendée car elle joue un rôle important notamment au sein des petites structures. Dans ces conditions, la décision sociale sous l'égide du dirigeant doit pouvoir être annulée lorsqu'elle contrevient aux dispositions législatives ou lorsqu'elle compromet un intérêt important. En tant qu'associé majoritaire, le dirigeant peut participer à une prise de décision fautive qui pourra être annulée au titre de l'abus de majorité. La nullité doit par conséquent être étudiée en considération de ce double statut possible du dirigeant.

---

<sup>785</sup> Cass. 3e civ., 21 oct. 1998, n° 96-16.537, D. aff. 1999, chr., p. 40, obs. M. B. ; Dr. sociétés 1999, n° 2, obs. Bonneau ; D. 2000, som., p. 232, obs. Hallouin.

<sup>786</sup> Cass. com., 7 mai 1973, n° 72-10.587, Rev. soc. 1974, p. 534 ; CA Versailles, 12e ch., sect. 2, 29 juin 2000, JCP E 2001, p. 181, note A. Couret

<sup>787</sup> Cass. com., 22 déc. 1969, n° 67-13.386, BJS 1970, p. 472.

**951.** Cette solution est intéressante notamment dans la situation suivante. Dans les sociétés à responsabilité limitée, la jurisprudence reconnaît au gérant associé le droit de participer au vote relatif à sa rémunération<sup>788</sup>. Dans cette position de conflit d'intérêt évident, le dirigeant peut être tenté de s'octroyer une rémunération excessive. Dès lors, pour réguler cette situation, les juges reconnaissent, suivant les espèces l'existence, d'un abus de majorité. Cette hypothèse permet d'encadrer les pouvoirs du dirigeant même lorsque l'abus procède d'une décision collective car elle intéresse directement le statut du dirigeant. Sa qualité de majoritaire ne peut pas être utilisée par le dirigeant pour commettre des abus de pouvoir. La jurisprudence prévoit cette hypothèse d'abus indirect : « *un associé majoritaire-gérant ne peut voter au profit du gérant-associé majoritaire une rémunération par laquelle le premier accorde au second la moitié du résultat annuel du processus d'exploitation*<sup>789</sup> ».

**952.** Ces derniers développements permettent de mettre à jour les deux finalités de la nullité quant au contrôle de la gestion. Sanction régulatrice ou protectrice, suivant les cas, la nullité participe indéniablement à l'efficacité du contrôle des dirigeants. Si elle sanctionne l'acte et non la personne du dirigeant, elle est indispensable pour donner un plein effet au contrôle. Les effets radicaux de cette sanction, permettent d'annuler une décision de gestion ou une délibération collective, ce qui par conséquent confère une force indéniable au contrôle de la gestion. Lorsque le contrôle de la gestion fait apparaître une irrégularité sur le fond ou sur la forme, la décision de gestion fautive pourra être privée de tout effet, grâce à la nullité. Ainsi, le système de contrôle est efficace car il permet de corriger les effets des actes de gestion irréguliers. De plus, dans un domaine attaché aux nullités virtuelles, la latitude octroyée aux juges optimise encore davantage l'efficacité de la sanction et corrélativement du contrôle. A ce titre, on doit d'ailleurs saluer le travail législatif de l'article L. 235-1 du code de commerce et notamment son alinéa 2 qui laisse au juge, pour ce qui relève du pouvoir de gestion, le pouvoir d'apprécier au fil des espèces l'opportunité de prononcer la nullité des actes de gestion du dirigeant sans enserrer le régime de manière trop rigide<sup>790</sup>. Cela s'adapte aux besoins spécifiques du droit des affaires qui exige une certaine souplesse. Enfin, elle complète parfaitement le panel des sanctions dirigées cette fois-ci contre le dirigeant.

**953.** Pour conclure, les sanctions civiles susvisées ne remplacent pas le droit pénal mais s'articulent avec lui. Les injonctions de faire peuvent intervenir « *en amont pour permettre*

---

<sup>788</sup> Cass. com., 4 mai 2010, n° 09-13.205, BJS 2010, n° 134, p. 647, note B. Dondero ; D. 2010, p. 1206, obs. A. Lienhard ; Rev. soc. 2010, p. 222, note A. Couret ; Dr. sociétés 2010, comm. n° 139, note M. Roussille.

<sup>789</sup> D. Schmidt, *Le gérant détermine sa rémunération*, Rev. soc. 2012, p.38.

<sup>790</sup> Encore faut-il toutefois que la disposition violée soit qualifiée d'impérative par le juge. Cf. l'art. L. 235 al. 2 du C.com.

ensuite une action pénale ; soit le résultat de l'injonction révèle les éléments constitutifs de l'infraction, soit l'inertie du dirigeant ne laisse d'autre alternative à l'associé que d'engager une action pénale<sup>791</sup> ». Quant à la nullité, elle peut être utilisée pour corriger les effets d'une décision constitutive d'une infraction pénale. Dès lors un dispositif à deux niveaux se dessine pour satisfaire au mieux l'efficacité du contrôle de la gestion.

## **B-Le maintien de sanctions dissuasives**

**954.** Si les sanctions civiles corrigent *a posteriori* les effets de décisions fautives et remplace certaines dispositions pénales, un noyau dur doit néanmoins être maintenu pour dissuader les dirigeants de commettre certains actes constitutifs d'infractions pénales et à défaut, de les sanctionner sévèrement lorsqu'ils s'en rendent coupables (a). Dans le même sens, si les règles de la *corporate governance* sont un instrument efficace d'évitement du droit pénal, néanmoins, ce dernier reste indispensable lorsque des infractions sont commises<sup>792</sup>. De même, une responsabilité administrative s'est imposée au fil des années comme une sanction largement dissuasive à l'égard des dirigeants de sociétés cotées (b). Pour tous les autres, la responsabilité civile joue ce rôle (c).

**955.** L'opportunité de ces sanctions doit être soulignée dans la mesure où elles assurent une meilleure transparence de la société pour permettre à tous les organes investis d'une mission de contrôle de mieux exercer cette mission.

### **a-Les incriminations relatives à l'information : source de responsabilité pénale du dirigeant**

**956.** L'hypertrophie de l'exécutif au détriment des associés est régulée grâce à un arsenal d'incriminations dont l'un des buts essentiels est d'assurer l'information de ces derniers. La transparence de la gestion nécessaire à l'exercice du contrôle de la gestion, impose la persistance d'infractions pénales. Venant renforcer l'efficacité des sanctions civiles, le droit pénal garantit par diverses incriminations le droit des associés à l'information. Dès lors, il est opportun de relever que la dépenalisation abordée plus en amont, ne signifie pas pour autant la disparition du droit pénal mais une meilleure utilisation de ce dernier. L'information étant un enjeu crucial pour le contrôle de la gestion, le législateur a pensé opportun de maintenir une répression importante dans ce domaine précis. Les sanctions pénales qui menacent les dirigeants en matière de communication financière relèvent

---

<sup>791</sup> F. Manin et E. Jeuland, *Les incertitudes du référé injonction de faire en droit des sociétés*, Rev. soc. 2004, p.1.

<sup>792</sup> J. Gallois, *Quand la gouvernance d'entreprise redistribue les cartes du jeu pénal*, RLDA 2015, n° 103.

essentiellement de deux infractions : la publication de comptes annuels non fidèles et la diffusion d'informations fausses ou trompeuses, auxquelles s'ajoutent d'autres infractions essentielles du point de vue de la réalisation du contrôle de la gestion.

**957. L'obligation de dresser les documents sociaux-** Les gérants de sociétés à responsabilité limitée et de société en commandite par actions, le président, les administrateurs ou les directeurs généraux et membres du directoire d'une société anonyme, ainsi que le président et les dirigeants de sociétés par actions simplifiées, qui ne dressent pas pour chaque exercice, l'ensemble des documents sociaux, s'exposent à une amende de 9000 euros. De plus, l'article L. 247-1, I 3° condamne jusqu'à 9000 euros d'amende et deux ans d'emprisonnement, pour les présidents, les administrateurs, les directeurs généraux ou les gérants de toute société « *de ne pas inclure dans l'annexe de la société le tableau prévu à l'article L. 233-15 et comportant les renseignements en vue de faire apparaître la situation desdites filiales et participations* ».

**958. L'obligation de dépôt des documents** - Pour les sociétés de personnes, l'envoi et la consultation ne sont plus assurés par des incriminations pénales mais par des injonctions sous astreinte. En revanche, concernant le dépôt de documents au greffe des comptes annuels et le cas échéant des comptes consolidés, et les documents attachés, l'article R. 247-3 du code de commerce prévoit une amende de police de cinquième classe. Il faut néanmoins regretter l'imperfection de l'article qui nuit quelque peu à l'efficacité de l'obligation de dépôt dans la mesure où il exige une absence totale de dépôt, le dépôt partiel semble en ce cas échapper à la sanction. Cette infraction peut être imputée à une personne morale et elle existe également en matière de société à responsabilité limitée et de sociétés par actions. Le domaine assez vaste<sup>793</sup> de celle-ci assure malgré tout une certaine efficacité à l'obligation de déposer les documents sociaux, surtout que la récidive et une peine de sanction-réparation viennent la renforcer. Les statistiques en annexe du rapport *Coulon* montrent l'utilisation de cette contravention. Au cours des années 1995 à 2006, un nombre total de 5679 condamnations ont été prononcées soit une moyenne de 473 condamnations par an.

**959. Présentation des documents sociaux à l'assemblée** – Pour les sociétés à responsabilité limitée ainsi que pour les sociétés anonymes, des incriminations pénales garantissent la présentation des documents sociaux aux associés au cours de l'assemblée générale ordinaire. Ce sont respectivement les articles L. 241-5 et L. 242-10 du code de commerce qui prévoient les sanctions. 9000 euros d'amende et six mois d'emprisonnement sanctionnent le fait, pour le

---

<sup>793</sup> En revanche l'absence de texte spécifique concernant la publicité des comptes pour les sociétés en commandite simple, la contravention de l'article R. 247-3 du C.com. ne trouve pas à s'appliquer.

président ou les administrateurs d'une société anonyme, de ne pas soumettre à l'approbation de l'assemblée générale ordinaire les comptes annuels et le rapport de gestion tandis que pour la société à responsabilité limitée, seule l'amende à l'encontre du gérant demeure depuis la loi du 22 mars 2012. A cela s'ajoute les peines complémentaires de la double interdiction d'exercice et de la sanction-réparation ainsi que des peines accessoires à l'emprisonnement prévues par les articles L. 500-1 du code monétaire et financier. Ce délit existe aussi pour les sociétés en commandite par actions et pour les sociétés européennes.

**960. Obstacle à la participation d'un actionnaire-** L'article L. 242-9, 1° du code de commerce punit d'un emprisonnement de deux ans et d'une amende de 9 000 euros le fait d'empêcher un actionnaire de participer à une assemblée d'actionnaires. Les personnes physiques encourent en outre les peines complémentaires de la double interdiction d'exercice de l'article L. 249-1 du code de commerce et de la sanction-réparation ainsi que les peines accessoires portées par les articles L. 500-1 du code monétaire et financier, L. 322-2 du code des assurances et 9 de la loi n° 70-9 du 2 janvier 1970. Quant aux personnes morales, elles sont exposées à une amende de 45 000 euros, à la peine complémentaire de la sanction-réparation et à la peine complémentaire de la confiscation spéciale.

**961.** Nombreuses sont les incriminations pénales qui ont été relayées par des injonctions de faire au cours de ces dernières années en matière de droit à l'information. La répression pénale est désormais légitimement<sup>794</sup> resserrée aux incriminations essentielles que sont notamment le dépôt des comptes et la présentation en assemblée. De plus, le législateur a alourdi le poids de la sanction pour certaines d'entre elles<sup>795</sup>. Par conséquent, en contrepoint de la dépénalisation, la moralisation du droit des affaires est toujours prégnante. En ces domaines le droit pénal par son caractère dissuasif permet une meilleure transparence et contribue ainsi à créer les conditions d'un exercice plus efficace du contrôle. Dans le même sens, pour les infractions relatives à la comptabilité, le droit pénal conserve toute sa légitimité.

**962. Le délit de présentation ou de publication de comptes annuels ne donnant pas une image fidèle** – Miroir de la gestion, la comptabilité est le reflet de la gestion sociale effectuée par le dirigeant. En conséquence, pour qu'un contrôle efficace de la gestion puisse être exercé par les associés, encore faut-il que ces derniers puissent se fier à l'information délivrée par le

---

<sup>794</sup> La faiblesse des condamnations retenues en matière d'information a légitimement conduit le législateur à relayer ces incriminations par des injonctions de faire notamment pour l'envoi et la consultation des documents sociaux. Cette démarche atteste d'une optimisation du droit des sociétés pour garantir une efficacité manifeste au contrôle de la gestion.

<sup>795</sup> A titre d'exemple, il est possible de citer : le fait d'empêcher un actionnaire d'assister à une assemblée générale ou d'influencer son vote, le fait pour un dirigeant de ne pas tenir l'assemblée d'approbation des comptes annuels dans le délai de six mois après la clôture de l'exercice social.

dirigeant. En considération de cet enjeu, le législateur maintient la répression pénale en raison de son effet dissuasif. « *Malgré le mouvement de libéralisation du droit des sociétés, les délits d'ordre comptable sont maintenus, voire développés, tant la comptabilité rend de services à la collectivité, comme aux associés*<sup>796</sup> ».

**963.** Concernant précisément le délit de présentation ou de publication des comptes annuels ne donnant pas une image fidèle, si ce délit constitue une des infractions les plus graves du droit des sociétés, elle n'est pas pour autant une des plus anciennes. La loi de 1867 l'ignorait et il a fallu attendre le décret-loi du 30 octobre 1935 pour qu'il fasse son apparition. Repris par la loi de 1966, puis réformé par l'intégration d'une directive européenne, le délit figure aujourd'hui à l'article L. 241-3, 3° du code de commerce. Celui-ci énonce qu'« *est puni d'un emprisonnement de cinq ans et d'une amende de 375 000 euros (...) le fait, pour les gérants, même en l'absence de toute distribution de dividendes, de présenter aux associés des comptes annuels ne donnant pas, pour chaque exercice, une image fidèle du résultat des opérations de l'exercice, de la situation financière et du patrimoine à l'expiration de cette période en vue de dissimuler la véritable situation de la société* ». L'article L. 242-6, 2° du code de commerce incrimine le fait pour « *le président, les administrateurs ou les directeurs généraux d'une société anonyme de publier ou présenter aux actionnaires, même en l'absence de toute distribution de dividendes, des comptes annuels ne donnant pas, pour chaque exercice, une image fidèle du résultat des opérations de l'exercice, de la situation financière et du patrimoine, à l'expiration de cette période, en vue de dissimuler la véritable situation de la société* ». L'incrimination est étendue aux sociétés en commandite par actions, aux sociétés à directoire, aux sociétés par actions simplifiées, suivant dans toutes ces formes sociales, la même sanction. Les dirigeants sociaux qui établissent des comptes ne donnant pas une image fidèle s'exposent donc à de lourdes sanctions pénales. D'ailleurs, pour les renforcer, la loi n° 2013-907 du 11 octobre 2013 autorise le juge à prononcer, à titre de peine complémentaire, l'interdiction des droits civiques et de famille à l'encontre des dirigeants de sociétés à responsabilité limitée et de sociétés anonymes reconnus coupables de présentation de comptes sociaux infidèles.

**964.** En revanche, l'incrimination pénale ne vise que les comptes sociaux. Dès lors, si un rapport est établi et présenté à l'assemblée générale annuelle mais qu'il contient des mentions erronées, l'article L. 242-6, 2° du code de commerce définissant le délit de présentation et de

---

<sup>796</sup> H. Matsopoulou, *Infractions comptables*, Rép. sociétés Dalloz, 2014, n°7.



publication de comptes non fidèles n'est pas applicable car il ne vise que les comptes annuels (bilan, compte de résultat et annexe) et non pas le rapport de gestion.

**965.** La jurisprudence est de plus en plus rigoureuse envers les dirigeants. Le renforcement incessant des exigences de qualité et de fiabilité de l'information comptable paraît logique puisqu'elle constitue le socle de la transparence due aux associés. Les décisions de jurisprudence sont en cette matière très répressives, car « *au-delà de l'inexactitude ou, aujourd'hui, de l'infidélité de l'image comptable, c'est la volonté de tromper les associés et les tiers intéressés, ou même seulement de leur cacher une information « significative », qui est surtout sanctionnée*<sup>797</sup> ». Un arrêt<sup>798</sup> illustre cette rigueur, en considérant que les dirigeants ne pouvaient s'abstenir de faire état de façon transparente en comptabilité d'une dette sociale et de révéler l'existence d'une contestation de celle-ci aux actionnaires. Quels qu'en soient les motifs, le dirigeant qui refuse de faire état dans les comptes sociaux d'événements susceptibles d'affecter la situation de la société, ses résultats ou son patrimoine encourt la mise en jeu de sa responsabilité pénale. Par conséquent, il est interdit pour les dirigeants d'opérer un filtrage de l'information comptable. Tandis que la jurisprudence est plutôt réceptive à la « voix plaintive » des associés concernant des infractions commises par les dirigeants sociaux, la Cour de cassation de manière assez clémente reconnaît aux associés la possibilité de se constituer partie civile pour le délit de présentation de comptes infidèles<sup>799</sup>.

**966. Infractions complémentaires pour les sociétés cotées-** Afin d'informer convenablement non plus seulement les actionnaires mais l'ensemble du public auquel ces sociétés s'adressent, le législateur prévoit des délits financiers et boursiers. Le développement considérable du droit pénal boursier illustre une diversification du droit pénal des affaires ces dernières années. Pour que le marché joue son rôle de contrôleur, l'information diffusée doit être exempte d'irrégularités. Le droit pénal prévoit en ce sens sous l'influence du droit communautaire, des délits spécifiques aux sociétés dont les actions sont admises sur un marché réglementé au côté des délits du droit des sociétés et du droit commun. Ainsi, il est possible de citer le délit de fausse information de l'article L. 465-3-2<sup>800</sup> du code monétaire et financier. Il s'intègre dans un ensemble plus vaste d'infractions pénales visant à sanctionner

---

<sup>797</sup> J-F. Barbièri, *Contestation d'une dette sociale et présentation de comptes infidèles*, BJS 2009, n° 11, p. 1010.

<sup>798</sup> Cass. crim., 25 févr. 2009, n° 08-85.596.

<sup>799</sup> Cass. crim., 16 avr. 2008, n° 07-84.713, BJS 2009, n° 2, p. 145, note D. Chilstein.

<sup>800</sup> La Loi n° 2016-819 du 21 juin 2016 prévoit désormais ce délit à l'article L. 465-3-2 du C. mon. et financier. Le contenu de cette disposition figurait à l'article L. 465-2, alinéa 2, de ce code qui, dans sa rédaction issue de la loi n° 2013-672 du 26 juillet 2013 de régulation bancaire et financière.

les manipulations de cours et la diffusion d'informations fausses ou trompeuses. D'ailleurs, la pénalisation a été étendue à l'incitation et à la complicité, ainsi qu'à la tentative<sup>801</sup>.

**967.** Dans le but de renforcer la répression pour gagner en efficacité, le droit pénal financier a fait l'objet de multiples réformes<sup>802</sup> : la dernière en date étant celle de 2016<sup>803</sup>. Figure parmi ces réformes, le délit de diffusion d'information fausse ou trompeuse. Certes la loi du 26 juillet 2013 avait été à l'origine d'évolutions<sup>804</sup> qui n'étaient toutefois pas assez significatives. Désormais, à l'occasion de la transposition de la directive du 16 avril 2014, 2014/57/UE, le législateur a procédé à une aggravation très significative des sanctions pénales en s'alignant sur les sanctions administratives. Le montant significatif des sanctions administratives revu à la hausse après la crise financière générait une anomalie entre les deux voies de répression. Ainsi le montant maximum de l'amende pénale est élevé à 100 millions d'euros<sup>805</sup> et jusqu'au décuple du montant de l'avantage retiré du délit, sans que l'amende puisse être inférieure à cet avantage. Les peines d'emprisonnement suivent la même logique, ce qui envoie un message fort aux juges, qui sont invités à renforcer les sanctions pénales. D'ailleurs, les peines d'emprisonnement sont aussi essentielles que les sanctions pécuniaires.

**968.** A ce titre, quelle que soit la technicité de la matière, le droit pénal doit conserver toute sa place et les comportements incriminés doivent être sanctionnés autrement que par la seule voie administrative. C'est dans le même sens que le droit français a opéré un alignement de la répression pénale sur les sanctions administratives relatives à l'information pour permettre de s'assurer plus efficacement contre les « *intoxications informationnelles*<sup>806</sup> » dont sont à l'origine les dirigeants de sociétés cotées. Revu à la hausse, le système est aujourd'hui singulièrement plus coercitif, ce qui améliore l'effet incitatif de la sanction.

**969.** Pour conclure, si les effets vertueux du mouvement de la *corporate governance* permettent de réduire la commission de délits, incitant corrélativement le législateur à opter

---

<sup>801</sup> La loi du 26 juillet 2013 élargit la répression pénale des abus de marché et supprime certaines incohérences qui existaient entre la répression pénale et la répression administrative. L'article L. 465-1 du C. mon. et financier incrimine au plan pénal après cette réforme la tentative de diffusion de fausse information. De plus, cette réforme élargit le champ de la fausse information. Désormais il intègre les titres négociés sur un système multilatéral de négociation organisé et aux titres pour lesquels une demande d'admission sur un marché réglementé ou un système multilatéral de négociation a été présentée.

<sup>802</sup> La loi LSF du 1er août 2003 a pour relancer les poursuites pénales imposé à l'AMF de transmettre immédiatement au Procureur de la République le rapport d'enquête ou de contrôle établi par ses services. De plus, le parquet dispose de ses propres ressources d'information. Un tiers environ des dossiers au parquet a pour origine une transmission de l'AMF, les autres proviennent d'autres sources d'information (Tracfin, plaintes d'actionnaires...).

<sup>803</sup> Voir notamment : P-H. Conac, *La loi du 21 juin 2016 réformant le système de répression des abus de marché*, BJB 2016, n° 7-8, p. 323.

<sup>804</sup> Voir : N. Rontchevsky, *Renforcement de la répression des abus de marché*, BJB 2013, n° 12.

<sup>805</sup> A noter que le montant de l'amende pénale n'a eu de cesse d'augmenter au fil des réformes caractérisant un renforcement de la responsabilité pénale des dirigeants en matière d'information.

<sup>806</sup> L. de Leyssac M.-P. et Mihman A., *Droit pénal des affaires*, Economica, 2009, n° 731.

pour la dépénalisation du droit des sociétés, cette tendance n'est pas globale et certaines incriminations pénales persistent aux assauts répétés<sup>807</sup> de la dépénalisation. « *Nonobstant les règles de soft law, certains délits sociétaires demeurent inlassablement commis par les mandataires, de sorte que par l'inefficience de la gouvernance d'entreprise, la pertinence de la sanction pénale à l'encontre de ces comportements s'en trouve renforcée*<sup>808</sup> ». Dès lors, restreinte<sup>809</sup> à son minimum mais rationalisée, le poids de la sanction pénale conserve un effet dissuasif notoire d'autant plus avec la réforme de 2016 relative à l'abus de marché qui revalorise le droit pénal pour les sociétés cotées. Craignant de tomber sous le coup d'un délit concernant l'information ou les comptes sociaux, les dirigeants devraient être plus rigoureux en ces matières.

**970.** Améliorant ainsi la transparence, le contrôle de la gestion est plus efficace puisque les organes investi d'une mission de contrôle peuvent détecter les dysfonctionnements et y mettre fin au plus vite. C'est pourquoi, la pénalisation persistante et renforcée de ces différentes infractions par son effet dissuasif permet indéniablement de limiter les comportements incriminés. Le délit de fausse information par exemple souligne que « *les marchés financiers se nourrissent d'informations dont la fiabilité est essentielle pour le bon fonctionnement et la vitalité desdits marchés*<sup>810</sup> » et à tout le moins pour exercer un contrôle de la gestion. De plus, les juges cherchent à donner plein effet au caractère coercitif du droit pénal. C'est notamment le cas lorsqu'ils décident de manière constante que les obligations d'informations sont à la charge des hauts dirigeants et que ces derniers ne peuvent s'en décharger en consentant des délégations de pouvoirs<sup>811</sup>. C'est aussi le cas lorsqu'ils décident que le délit de fausse information peut être retenu dès lors que la personne a agi sciemment, en pleine connaissance du caractère faux ou trompeur des informations communiquées sans qu'il soit nécessaire d'établir qu'elle avait l'intention d'agir sur le cours des titres et qu'il suffit que les informations soient de nature à avoir un impact sur le cours d'un instrument financier pour que le délit soit caractérisé.

**971.** En outre, les juges sont appelés à renforcer le poids des sanctions selon les vœux du législateur. Des peines d'emprisonnement fermes pourraient être privilégiées dans certains cas

---

<sup>807</sup> V. sur le sujet : J-H. Robert., *Dépénalisation saupoudrée*, Dr. pén. 2003, comm. 114 ; J-H. Robert, *Tableau récapitulatif des dépénalisations opérées depuis 2003 dans le droit des sociétés par action*, Dr. pén. 2005, étude 3.

<sup>808</sup> J. Gallois, art. cit., n° 103.

<sup>809</sup> Le gouvernement d'entreprise a permis de filtrer les infractions pénales, ne laissant subsister que celles au plus près des pratiques commises, en écartant au passage celles qui incriminaient des comportements théoriquement inadmissibles. L'idée est de revenir à un droit pénal *ultima ratio*.

<sup>810</sup> N. Rontchvsky, *La responsabilité pénale*, BJB 2007, n° 3, p. 335.

<sup>811</sup> Décision COB du 30 juin 1992, Bull. COB n° 262, octobre 1992 ; Trib. Corr. Paris, 30 juin 1992 ; CA Paris 15 mars 1993, RJDA 1993, n° 5, § 407.

plutôt que du sursis<sup>812</sup> pour renforcer l'effet dissuasif des sanctions pénales et accroître l'efficacité du contrôle de la gestion. En ce sens, les juges tendent de plus en plus à mettre en œuvre une politique pénale volontariste et active, qui devrait porter ses fruits dans un avenir proche.

**972.** D'ailleurs, dans les sociétés cotées, la répression pénale n'est pas la seule sanction envisageable. Elle est à conjuguer avec une répression administrative en suivant de nouvelles règles. La répression se répartit désormais entre le juge pénal et l'Autorité des marchés financiers. Pour être encore plus efficace, le législateur prévoit une nouvelle procédure de conciliation afin de choisir, entre la voie pénale ou de la voie administrative, quelle est celle qui est la mieux à même de réprimer les faits reprochés au dirigeant.

### **b-La répression administrative des dirigeants de sociétés cotées en matière d'information financière**

**973.** Si les dirigeants doivent craindre une responsabilité pénale coercitive, « *les risques les plus importants pour les dirigeants sont probablement à attendre du côté des sanctions administratives*<sup>813</sup> ». Depuis la réforme, cette affirmation devrait être nuancée<sup>814</sup>. Néanmoins, pour l'heure les sanctions pénales restent encore moins lourdes que les sanctions administratives prononcées par la commission des sanctions de l'Autorité des marchés financiers et surtout moins récurrentes<sup>815</sup>. « *L'examen des décisions rendues ces 10 dernières années révèle que, dans la majorité des cas, les montants des sanctions pécuniaires prononcées par l'AMF ont été plus sévères que celles prononcées par les juridictions pénales. Très précisément, d'après les études, le montant des sanctions financières pénales a été en moyenne six fois moins élevé que le montant des sanctions administratives (166 388 € pour 1 million d'euros)*<sup>816</sup> ».

**974.** L'information financière reste encore le domaine de prédilection de l'Autorité des marchés financiers et son pouvoir de sanction est d'une efficacité redoutable du point de vue du contrôle de la gestion à tel point que les dirigeants ont le sentiment de se trouver sous « *la lampe torche de l'autorité de régulation* ». Cet organe spécialisé permet de détecter

---

<sup>812</sup> L'examen des décisions des dix dernières années montre que seules des peines d'emprisonnement avec sursis ont été prononcées en France.

<sup>813</sup> J-P. Mattout, art. cit., étu. 19.

<sup>814</sup> Le niveau des sanctions pénales étant à présent aligné sur celui des sanctions administratives, le législateur attend du juge pénal, un renforcement du poids des sanctions à l'encontre des dirigeants pour que la répression pénale soit aussi crainte de la répression administrative.

<sup>815</sup> Cela étant, la fin de la concurrence entre le juge pénal et administratif devrait donner une nouvelle impulsion au droit pénal boursier. Il existe une véritable complémentarité entre les deux procédures.

<sup>816</sup> E. Houlette, *L'action du parquet national financier*, BJB 2017, n° 2, p. 154.

aisément<sup>817</sup> les irrégularités de l'information délivrée par les dirigeants. Récurrentes sont les décisions de sanction prononcées par l'Autorité des marchés financiers sanctionnant la communication de fausses informations ou la rétention d'une information importante par le dirigeant. Pour exemple, dans l'affaire *Sidel*, la commission des opérations boursières a rendu en 2002<sup>818</sup> une décision prononçant une sanction pécuniaire d'un montant d'un million d'euros à l'encontre du président du conseil d'administration de *Sidel* pour avoir donné au marché des informations inexactes, imprécises et trompeuses.

**975.** Les lourdes sanctions pécuniaires pouvant être prononcées à l'encontre des dirigeants sociaux incitent largement ces derniers à être rigoureux sur la qualité de l'information qu'ils délivrent. Cette « garantie » d'une meilleure transparence contribue à une meilleure efficacité du contrôle de la gestion. En ce sens, les irrégularités comptables exposent les dirigeants de sociétés dont les titres sont admis aux négociations sur un marché réglementé à des sanctions pécuniaires lorsque ces irrégularités sont de nature à fausser de manière significative l'information donnée au public sur la situation financière de la société. Plus généralement, la responsabilité administrative des dirigeants peut résulter d'une violation des obligations d'information contenues dans le Règlement général de l'Autorité des marchés financiers ou du manquement de diffusion de fausse information. Si les sanctions administratives ont pour but de protéger les épargnants, afin qu'ils aient la meilleure information financière pour décider de leur choix d'investissement, a n'en pas douter cette meilleure transparence bénéficie aussi aux actionnaires qui eux disposent de prérogatives de contrôle de la gestion. La transparence étant de meilleure qualité, le contrôle peut alors s'exercer de manière plus efficace. De ce fait, l'effet dissuasif de la répression administrative est un vecteur incontestable d'efficacité du contrôle même si celui-ci est indirecte. Dans ces circonstances, l'impact de celle-ci sur le contrôle de la gestion ne pouvait être éludé.

**976.** Contrairement à la responsabilité civile des dirigeants, la Cour de cassation estime que le dirigeant ne peut se retrancher derrière le fait que la faute n'est pas détachable de ses fonctions puisque « *le prononcé de sanctions pécuniaires à l'égard du dirigeant d'une personne morale n'est pas subordonné à la démonstration d'une faute séparable de ses fonctions, dès lors que la Commission n'est pas saisie d'une action en responsabilité civile mais décide du bien-fondé d'une action en matière pénale au sens de la convention*

---

<sup>817</sup> Encore plus depuis la loi du 26 juillet 2013 qui renforce les pouvoirs de l'AMF et en particulier, grâce aux dispositions favorisant la recherche des infractions.

<sup>818</sup> Déc. COB, 12 sept. 2002, Bull. COB 2003, n° 377, p. 3.

européenne de sauvegarde des droits de l'Homme...<sup>819</sup> ». A l'occasion de cette décision, une condamnation de 200000 euros a été prononcée à l'encontre du dirigeant de la société *Kalisto*. Le montant des sanctions pécuniaires a un effet largement dissuasif sur les dirigeants, ce qui améliore la qualité de l'information communiquée et par conséquent améliore à tout le moins la qualité du contrôle de la gestion. L'Autorité des marchés financiers est amenée à sanctionner la diffusion d'informations inexacts, imprécises trompeuses mais aussi tardives comme l'illustre l'affaire *Welcom*, avec une sanction de 500 000 francs à l'encontre de son dirigeant<sup>820</sup>.

**977.** De plus, contrairement au droit pénal, l'obstacle de l'élément intentionnel est levé. La procédure administrative est plus aisée que la procédure pénale ce qui renforce un peu plus son effet dissuasif. Les manquements administratifs contrairement aux infractions pénales sont objectifs et ne nécessitent pas, pour être constitués d'élément moral. Dès lors, le caractère intentionnel ne doit pas être prouvé, ce qui facilite la tâche de l'autorité administrative. Facilitée, la procédure de sanction est aisément déclenchée ce qui incite les dirigeants sociaux à la prudence d'autant plus, que lorsque l'incrimination pénale ne peut être caractérisée, faute de preuve de l'élément intentionnel, la répression administrative prend le relais, ce qui améliore l'efficacité de la sanction.

**978.** En matière d'abus de marché jusqu'à la réforme de 2016, le droit français était particulièrement sévère envers les dirigeants. Lorsque ces derniers se rendaient coupables d'une infraction relative à l'information, le spectre d'une double sanction planait au-dessus de leurs têtes. Une sanction administrative et pénale pouvait dans certains cas se cumuler pour de mêmes faits. A ce titre, le droit français était singulièrement efficace quant à la sanction du système de contrôle de la gestion. L'emprisonnement cumulé à de lourdes sanctions pécuniaires étaient particulièrement dissuasif. Cependant, cette efficacité s'opérait au détriment du principe *non bis in idem*. Ce principe fondamental garantit à tout justiciable qu'un même fait, autrement qualifié, ne saurait donner lieu à une double déclaration de culpabilité. Avant, la réforme, le code monétaire et financier prévoyait expressément que des sanctions pouvaient être prononcées concurremment par l'autorité de tutelle des marchés financiers et par les juridictions pénales correctionnelles. L'article L. 621-16 du code monétaire et financier donnait en effet la faculté au juge pénal statuant sur les mêmes faits que la commission des sanctions de l'Autorité des marchés financiers d'ordonner que la sanction

---

<sup>819</sup> Cass. com., 31 mars 2004, n° 03-14.991, Gaz. Pal. 2004, n° 134, p. 20 ; BJB 2003, p. 427, note C. Ducouloux-Favard.

<sup>820</sup> Décision COB du 1er juin 1995, Bull. COB n° 292, juin 1995 ; CA Paris, 23 janvier 1996.

financière s'impute sur l'amende pénale qu'il prononçait. La solution s'inscrivait dans la continuité de la jurisprudence de la Cour de cassation<sup>821</sup> qui considérait que la règle *non bis in idem* ne s'appliquait qu'aux seules infractions relevant des tribunaux répressifs. Si ce cumul était critiqué par certains auteurs<sup>822</sup>, il nous semble qu'il était opportun du point de vue du contrôle de la gestion. La sanction pénale cumulée à la sanction administrative en matière notamment d'information au marché et de présentation des comptes accroît l'effet normatif des règles qui s'imposent aux dirigeants.

**979.** Cependant, cette position ne pouvait perdurer car elle s'inscrivait en faux à l'échelle de l'Union européenne. L'arrêt *Grande Stevens* de la Cour européenne des droits de l'Homme d'octobre 2014<sup>823</sup> a sonné le glas du cumul et considère que celui-ci est contraire à la Convention. De plus, la décision du Conseil constitutionnel de mars 2015<sup>824</sup> affirme le caractère inconstitutionnel du cumul ce qui renforce un peu plus l'irrégularité de la position du droit français sur ce sujet. Ainsi, cette dernière décision a précipité la réforme de 2016. Désormais l'article L. 465-3-6 du code monétaire et financier relatif à l'articulation des poursuites pénales et administratives en matière d'abus de marché, prohibe le cumul des poursuites et prévoit une concertation<sup>825</sup> préalable entre le procureur de la République financier et l'Autorité des marchés financiers, ainsi que la désignation, en cas de désaccord de l'autorité qui pourra exercer les poursuites par le procureur général près la cour d'appel de Paris.

**980.** Dès lors la jurisprudence exclut à présent le cumul de poursuites et de sanctions pénales et administratives en matière de fausse information financière, comme l'a retenu un jugement du tribunal correctionnel de Paris du 18 juin 2015<sup>826</sup>.

**981.** La mise en œuvre de sanctions par l'Autorité des marchés financiers, débarrassée des incertitudes de la théorie de la faute détachable, du cumul des sanctions avec le principe *non bis in idem*, s'avère être un outil des plus efficace pour atteindre les dirigeants sociaux. La crainte d'être observé dissuade les mauvaises actions et lorsque les dirigeants enfreignent leurs devoirs, le « couperet » tombe sur la tête de ces derniers. Les répressions administrative et pénale sont aujourd'hui pleinement complémentaires. Malgré la fin du cumul, le système de

---

<sup>821</sup> Cass. crim., 19 janv. 2000, n° 98-87.886 ; Cass. crim., 1er mars 2000, n° 99-86.299. Dans le même sens, CA Paris, 26 oct. 1999, n° 1999-10.70.64.

<sup>822</sup> J.-J. Daigre, JCP E 2001, n° 1, p. 28 ; N. Rontchevsky, BJB 2000, p. 443 ; F. Stasiak, *Les cumuls de sanctions en droit boursier*, BJB 1997, p. 181.

<sup>823</sup> CEDH, 4 mars 2014, aff. 18640/18.

<sup>824</sup> Cons. const., 18 mars 2015, n° 2014-453/454 et n° 2015-462 QPC.

<sup>825</sup> La procédure de concertation est prévue aux articles R. 465-2 à R. 465-4 du C. mon. fin.

<sup>826</sup> T. corr. Paris, 18 juin 2015, n° 07115096011.

sanctions a su être rationalisé pour s'assurer au mieux du contrôle de la gestion des dirigeants sociaux. La ligne de partage entre ces deux autorités<sup>827</sup> est pleinement optimisée afin de garantir une meilleure transparence de la gestion sociale. Un autre facteur y participe. La responsabilité civile des dirigeants n'est pas en reste en matière d'information, même si l'effet dissuasif est moins marqué.

### **c-La responsabilité civile des dirigeants en matière d'informations comptables et financières**

**982.** La responsabilité des dirigeants peut aussi être invoquée au plan civil, par les associés ou actionnaires ayant subi un préjudice lié à la méconnaissance d'une obligation d'information par le dirigeant. Ces victimes d'informations mensongères privilégieront assurément l'action individuelle au détriment de l'action sociale<sup>828</sup>. La difficulté de mettre en œuvre la responsabilité personnelle du dirigeant limite l'efficacité de cette voie de recours comme on le verra plus loin. Cependant, la jurisprudence semble s'orienter de plus en plus en faveur des associés pour ce qui relève de l'information, comme l'illustre un arrêt du 10 mars 2010<sup>829</sup>, qui retient le caractère personnel du préjudice subi par les actionnaires et rejette en bloc les arguments des dirigeants visant à exclure leur responsabilité. La rétention d'informations ainsi que la présentation de comptes inexacts avaient incité les actionnaires à investir dans les titres de la société et à les conserver en raison des fausses informations diffusées par le dirigeant. Lorsque le préjudice trouve sa source dans une irrégularité relative à l'information, les juges adoptent dans les sociétés *in bonis* une position plus favorable aux associés en facilitant l'indemnisation de leur préjudice. Cette position se justifie par l'importance de l'enjeu en cause. La diffusion de fausses informations est susceptible de tromper un grand nombre d'actionnaires. On comprend dès lors que cette hypothèse « *canalise aujourd'hui un nombre croissant de revendications des actionnaires à l'encontre des dirigeants, et présente des enjeux considérables, en France comme à l'étranger*<sup>830</sup> ». Et pour cause, « *bien que la France ne connaisse pas les class actions, plusieurs affaires*

---

<sup>827</sup> Cf. E. Houlette, art.cit., p. 154. Le juge pénal limite son intervention aux cas les plus graves. Le parquet n'a pas vocation à se saisir de nombreux dossiers. Sur la période 2004-2014, seulement 13% des poursuites pénales en matière boursière ont abouti.

<sup>828</sup> V. supra p. 386 et s. L'action individuelle permet de recevoir personnellement les éventuelles réparations accordées par les juges.

<sup>829</sup> Cass. com., 9 mars 2010, n° 08-21.547, RLDA 2010, n° 49, note A. Ceruti-Gauthier. Cependant, de manière encore non unitaire, les juges du fond exigent parfois, une faute détachable : exemple Affaire *Flammarion*, CA Paris, 25e ch., sect. B., 26 sept. 2003 ou encore, la même solution retenue par le TGI Guéret, statuant en matière commerciale, 20 févr. 2007 (Banque et droit 2007, p. 45). Cela étant, ces solutions n'affectent pas l'efficacité de la responsabilité du dirigeant car la diffusion d'informations erronées constitue le plus souvent une faute lourde d'une particulière gravité ainsi détachable des fonctions.

<sup>830</sup> A. Constantin, *L'utilité de l'assurance des dirigeants sociaux au regard de la jurisprudence de la Cour de cassation*, BJS 2010, n° 9, p. 762.



*récentes ont montré que des dizaines ou mêmes des centaines de demandeurs ont pu obtenir satisfaction en agissant chacun en leur nom et pour leur part de préjudice, en choisissant de ne pas avoir recours à des associations d'actionnaires ou d'investisseurs*<sup>831</sup> ». Par conséquent, lorsqu'il n'y a aucun appauvrissement du patrimoine social, les juges reconnaissent facilement le caractère personnel du préjudice des associés subi en raison de la diffusion d'informations comptables et financières erronées.

**983.** De plus, une exception doit être relevée. A l'occasion du changement de dirigeant social pour cause par exemple de changement de contrôle dans la société ou en raison d'une révocation, l'ancien dirigeant encourt un risque important de voir sa responsabilité civile personnelle engagée. L'action sociale exercée par les nouveaux dirigeants permet de sanctionner efficacement les irrégularités des anciens dirigeants en matière notamment d'informations comptables et financières.

**984.** Le poids de la répression n'est pas seulement notable dans le domaine de l'information<sup>832</sup> ; cela étant, il constitue un aspect central du contrôle de la gestion. Condition préalable au contrôle, un niveau de transparence doit être garanti pour que le contrôle de la gestion puisse produire efficacement ses effets. Les sanctions qu'elles soient correctives ou coercitives, que l'effet recherché soit direct ou indirect, elles s'attachent à maintenir un niveau satisfaisant de transparence.

**985.** Dès lors, il était important pour le législateur de rationaliser la sanction en ce domaine. Recentrer le droit pénal sur les infractions essentielles en matière d'information, le revaloriser et articuler la répression pénale et administrative pour les sociétés cotées, voilà les défis relevés par le législateur. Ainsi mieux sanctionnés, les manquements à l'information sont restreints, ce qui augmente l'efficacité du contrôle de la gestion. Toutefois, si les préceptes de la transparence sont devenus la norme à suivre pour la doctrine et le législateur, l'ensemble de la réglementation du droit des sociétés doit respecter un certain équilibre.

## **§2- Un équilibre respecté**

**986.** Le gouvernement d'entreprise a contribué à apporter de la transparence dans le fonctionnement des sociétés commerciales. Cet apport est louable du point de vue du contrôle. Les contrôleurs sont en position d'exercer un contrôle efficace de la gestion sociale.

---

<sup>831</sup> S. Schiller, *L'indemnisation du préjudice de l'actionnaire en cas de diffusion d'une information erronée*, Dr. sociétés 2009, p. 6.

<sup>832</sup> V. supra p. 298 et s.

Cependant, en tant qu'acteurs du commerce, les sociétés ne doivent pas devenir totalement transparentes au risque d'entacher leurs compétitivités et leurs performances. Dès lors, l'impératif de la transparence dicté par le contrôle de la gestion ne doit pas prédominer au détriment des autres impératifs du droit des sociétés. Tous doivent s'articuler pour trouver le meilleur équilibre possible. C'est en ce sens, que le législateur opère un compromis entre information et secret des affaires (A). Cette réflexion appelle une autre observation : la nécessité de parvenir à un juste équilibre entre autonomie de gestion et contrôle des dirigeants (B).

### **A- Un compromis salvateur : entre transparence et secret des affaires**

**987.** « *Qu'on prenne garde toutefois, tout en étant sensible aux charmes de la transparence, à ne pas se laisser hypnotiser et à faire d'elle une vertu tyrannique. Faut-il toujours, en effet, que le voile soit levé sur tout ?*<sup>833</sup> ».

**988.** Le droit des affaires défend depuis plusieurs années une certaine transparence<sup>834</sup> et ce jusqu'au fonctionnement des sociétés commerciales. A ce titre, le droit favorise, on l'a vu plus en amont<sup>835</sup>, le droit à l'information. La transparence de la gestion de la société engendre une plus grande confiance des autres organes sociaux à l'égard du dirigeant et elle est l'une des conditions de la surveillance de la gestion. Du point de vue du contrôle de la gestion, l'intention première serait de privilégier une circulation maximale des informations entre les dirigeants et les contrôleurs.

**989.** Or, une information trop large pourrait avoir des répercussions néfastes pour la société<sup>836</sup>. La transparence absolue peut s'avérer aussi nocive que l'opacité totale. Evoluant dans un environnement concurrentiel, la transparence sociale ne peut être absolue, sous peine de porter atteinte à la compétitivité des entreprises. Le maintien d'un secret des affaires<sup>837</sup> est aussi important. Concept flou et évanescent, le secret des affaires mérite d'être protégé. La

---

<sup>833</sup> Rapport annuel de la Cour de Cassation, *Le droit de savoir*, 2010, p. 78.

<sup>834</sup> V. notamment A. Reygrobellet, *Les vertus de la transparence, L'information légale dans le droit des affaires*, Presses de Sciences Po-Creda, 2011.

<sup>835</sup> V. supra p. 125 et s.

<sup>836</sup> V. notamment J. Carbonnier, *Propos introductifs*, in Colloque Deauville *La transparence*, RJC 1993, n° spécial, p. 9, spéc. p. 13, qui mettait en garde contre les inconvénients d'une transparence trop largement conçue « la transparence cristal peut dégénérer en transparence chicane ».

<sup>837</sup> Le concept permet de protéger les informations confidentielles des entreprises. Il s'agit des informations qui touchent au cœur de l'activité économique de l'entreprise à l'instar des actifs stratégiques immatériels. La compétitivité des entreprises exige une protection de ces informations. Sur le sujet v. notamment F. G'Sell et P. Durand-Barthez, *La protection du secret des affaires, État des lieux en droit civil français et projet européen*, Lextenso-Fondation pour le droit continental, 2015 ; E. Py et J-M. Garinot, *La protection des secrets d'affaires, Enjeux et perspectives*, LexisNexis, 2015.

jurisprudence et le législateur<sup>838</sup> semblent désireux de maintenir un certain secret des affaires. D'ailleurs, le secret des affaires revient sur le devant de la scène avec la directive européenne adoptée le 13 avril 2016.

**990.** Le secret est *a priori* antinomique du contrôle de la gestion qui exige au préalable la transparence de celle-ci. Le secret établit une inégalité entre ceux qui connaissent l'information et ceux qui l'ignorent. C'est d'ailleurs cette asymétrie d'information qui a incité le législateur à revoir les obligations d'informations à la charge des dirigeants. Pourtant, la transparence ne doit pas être absolue. Une part de secret doit subsister malgré la nécessité d'exercer un contrôle de la gestion.

**991.** Cependant, cette part de secret ne doit pas être invoquée abusivement par les dirigeants pour se soustraire à leur obligation d'information et entraver le contrôle de leur gestion. D'ailleurs en sens contraire, le droit à l'information ne doit pas être instrumentalisé à une autre fin que le contrôle des affaires sociales. Le droit doit alors trouver un juste équilibre. A ce titre, il devrait reposer sur la mesure et la conciliation des intérêts contraires. Une transparence saine « *ne doit pas avoir pour projet d'anéantir la discrétion, la réserve, la rétention, le secret, mais de se concilier aussi harmonieusement que possible avec eux* ».

**992.** Les informations les plus sensibles sont relatives aux comptes sociaux et en ce domaine, les dirigeants opposent régulièrement le secret des affaires et le risque inhérent à la publication des comptes pour s'exonérer de leurs obligations. Dans certains cas, ce refus matérialise une volonté de dissimuler des infractions et une mauvaise gestion, toutefois il faut admettre que pour d'autres, c'est le maintien de la performance de la société qui justifie cette réticence des dirigeants. Cependant, un tel argument n'est retenu ni par les juges ni par la loi. Les tentatives des dirigeants pour convaincre d'une exception à l'obligation de publier les comptes sociaux ont échoué, comme le montre un arrêt du 28 janvier 2009<sup>839</sup> dans lequel le dirigeant arguait du bénéfice du secret des affaires.

---

<sup>838</sup> L'Assemblée nationale a adopté le 23 janvier 2012, en première lecture, une proposition de loi visant à sanctionner la violation du secret des affaires et crée à cet effet un délit. « Fort de ce constat et des affaires d'espionnage récentes (Valéo, Michelin, etc.), le député a donc proposé un nouveau droit du secret des affaires, inspiré du Cohen Act américain et du Traité relatif aux aspects des droits de propriété intellectuelle liés au commerce (ou « traité ADPIC ») annexé à la convention de Marrakech du 14 avril 1994 instituant l'organisation mondiale du commerce (OMC), qui permet à l'entreprise, à condition qu'elle ait respecté un référentiel de protection de l'information, de poursuivre quiconque aurait été appréhendé en train de chercher à reprendre, piller ou divulguer frauduleusement ses informations sensibles, et ceci afin de se substituer aux habituels délits d'abus de confiance, de vol ou de recel utilisés jusqu'à présent » (A. Astaix, *Violation du secret des affaires : création d'un délit*, D. Actu. 26 janv. 2012). Votée en première lecture, cette loi n'a jamais été inscrite à l'ordre du jour du Sénat. En 2015, à l'occasion de la loi Macron, le secret des affaires a tenté un retour via un amendement parlementaire. Toutefois, aucune de ces tentatives n'ont abouti.

<sup>839</sup> Cass. crim., 28 janv. 2009, n° 08-80.884.

**993.** Malgré ces refus systématiques, il faudrait admettre quelques infléchissements à l'obligation de publier les comptes sociaux. En effet, dans la mesure où « *il n'est plus à démontrer que la transparence imposée à toutes les sociétés commerciales, et en particulier l'obligation d'avoir à publier leurs comptes, peut mettre en danger certaines d'entre elles dont les comptes risquent d'être exploités à des fins stratégiques par des clients (qui y trouveront des arguments pour renégocier des conditions contractuelles) ou des concurrents (qui tireront le meilleur profit des renseignements ainsi obtenus sur les marges procurées par l'activité sociale), sans que l'on perçoive bien quel avantage est tiré par les tiers d'une telle publicité de données confidentielles, lorsque la société tenue de les révéler est en parfaite santé financière et qu'il n'y a pas de motifs de douter de sa solvabilité*<sup>840</sup> ». ».

**994.** Dès lors, l'impératif du contrôle de la gestion devrait céder dans certaines hypothèses. Le droit devrait admettre certaines dérogations à l'obligation de publier les comptes sociaux. Le problème étant la diffusion de l'information en externe. Si l'information comptable exhaustive avait vocation à rester en interne au seul bénéfice des associés, il ne serait exigé aucune dérogation à la transparence et l'impératif du contrôle de la gestion primerait. Or l'information financière a une diffusion qui dépasse le cercle de la société. Dans ces circonstances, les enjeux défendus par le secret des affaires devraient être pris en considération.

**995.** Le rapport *Mathon*<sup>841</sup> suggérait une distinction entre la publication d'une version courte des comptes et une version intégrale, mais accessible aux seuls tiers justifiant d'un intérêt légitime. Cette proposition serait un moyen permettant de mieux concilier le secret des affaires et l'impératif du contrôle des dirigeants. D'ailleurs certaines législations vont en ce sens, à l'instar du droit allemand qui limite dans certaines sociétés l'obligation de publication au bilan et à l'annexe. Les dirigeants concernés se sont pas obligés de publier le compte de résultat, ni le rapport de gestion ni même le rapport du commissaire aux comptes.

**996.** Certaines informations lorsqu'il s'agit de petites et moyennes sociétés non cotées ont vocation à rester dans le giron de la société. On peut penser que le droit français se dirige dans cette voie avec les aménagements législatifs de simplification pour les petites entreprises visant à exempter certaines des obligations d'informations financières et comptables qui leur incombent. Ce mouvement de simplification du droit français que l'on ne peut qu'encourager permet un meilleur équilibre des intérêts en cause.

---

<sup>840</sup> F-X. Lucas, note sous Cass. com., 3 avr. 2012, n° 11-17.130, BJB 2012, n° 7, p. 545.

<sup>841</sup> Rapp. Mathon, *La protection du secret des affaires : Enjeux et propositions*, 17 avr. 2009.

**997.** Toutefois, dans la perspective d'un contrôle de la gestion le plus efficace possible, l'acceptation par le droit de l'argument relatif au secret doit rester strictement limité et ne doit en aucun cas servir aux dirigeants pour se départir du contrôle de la gestion. A ce titre, notamment, la protection des secrets d'affaires ne devrait pas s'étendre aux cas où la divulgation d'un secret d'affaires sert l'intérêt public dans la mesure où elle permet de révéler une faute, un acte répréhensible ou une activité illégale directement pertinents.

**998.** Dans la quête d'efficacité du système de contrôle de la gestion ; qui assure la performance ou à tout le moins la pérennité de la société, le secret des affaires et la transparence ne sont pas les seuls paramètres à concilier. Il convient aussi de s'attarder sur l'équilibre trouvé par le législateur entre l'autonomie de gestion octroyée aux dirigeants et le contrôle de la gestion.

### **B-Le contrôle de la gestion : limite de l'autonomie de gestion et des performances**

**999.** Afin de rationaliser au mieux le contrôle de la gestion et les objectifs suivis par cet impératif, le législateur devait intégrer un autre facteur : l'autonomie de gestion des dirigeants. La finalité profonde assignée au contrôle de la gestion est de parvenir à un pouvoir exécutif parfaitement encadré pour que ce dernier puisse exercer une gestion plus performante tant d'un point de vue juridique qu'économique<sup>842</sup>. La plus grande implication des associés et autres contrôleurs est un levier pouvant contribuer à améliorer les performances tant financières que non financières des sociétés commerciales. Allégée des dérives et erreurs éventuelles, la gestion peut se concentrer sur la performance économique de l'entreprise. Or *a contrario*, cette performance exige aussi une certaine autonomie des dirigeants. Cette ambivalence oblige le droit à se saisir de cette situation. Ces impératifs *a priori* contradictoires doivent s'articuler pour tendre vers un but commun. Dès lors, c'est une question de dosage et d'équilibre.

**1000. Contrôle de la gestion : une limite à l'autonomie de gestion-** L'autonomie de gestion attribuée aux dirigeants est cruciale du point de vue de la performance économique des sociétés. Ce n'est que lorsque les dirigeants se sentent libres de gérer la société qu'ils représentent, que l'innovation se manifeste. La prise de risque est inhérente à une gestion dynamique, à tel point que le droit a intégré le risque à la règle de droit<sup>843</sup>. L'autonomie

---

<sup>842</sup> A travers la notion de gestion performante, on se place tant d'un point de vue économique que juridique. Une gestion est juridiquement performante lorsqu'elle permet une gestion du dirigeant plus régulière au regard des impératifs légaux.

<sup>843</sup> Sur le sujet voir not., H. Barbier, *La liberté de prendre des risques*, th., Aix-Marseille, PUAM, 2011.

accordée aux dirigeants leur permettant de prendre des risques est en conformité avec l'ordre social.

**1001.** Si l'autonomie de gestion est nécessaire, certaines limites doivent néanmoins être posées. A ce titre, le contrôle de la gestion intervient comme une limite à l'autonomie. Cependant, le contrôle ne doit pas trop brider l'initiative des dirigeants au risque de mettre en péril la pérennité de cette dernière. Dans ces circonstances, la tâche du législateur est délicate puisqu'il doit parvenir à un équilibre ; le régime du contrôle de la gestion doit être suffisamment développé pour jouer pleinement son rôle de garde-fou contre les dérives des dirigeants mais sans risquer d'entacher de manière trop importante l'autonomie de gestion, garante de la performance des sociétés.

**1002.** Sachant que dans cette équation déjà délicate, il est important de relever que le contrôle de gestion peut au-delà de son rôle de limite à l'autonomie, être aussi considéré comme un facteur de performance à part entière.

**1003. Contrôle de la gestion : un facteur de performance** - Aucune étude à notre connaissance n'a prouvé à ce jour que le contrôle de la gestion a une influence positive sur la performance économique de la société. Cependant, il paraît logique de penser que l'effet disciplinaire de la réglementation qui incite les dirigeants à plus de rigueur a une influence plus ou moins forte sur la performance économique de la société. Sans parler de performance, on peut affirmer à tout le moins que la réglementation peut améliorer la pérennité économique et juridique des entreprises. La prévention, la détection des difficultés et leur prise en charge rapide a un impact positif sur la performance des entreprises. D'ailleurs, c'est pour ces mêmes raisons que la loi relative aux entreprises en difficulté attache une importance particulière à la prévention des difficultés économiques par des procédés juridiques. Le parallèle semble donc possible avec le régime juridique du contrôle de la gestion qui se trouve à la lisière de ces deux disciplines juridiques. Le contrôle de la gestion et le droit des entreprises en difficulté entretiennent une relation étroite. En effet, il semble possible d'affirmer que le contrôle de la gestion constitue un verrou permettant aux sociétés de rester *in bonis* et ainsi de prévenir les difficultés économiques. Quant à la performance en tant que telle, la réglementation et l'autorégulation des dirigeants jouent un rôle déterminant. Les mécanismes légaux incitatifs corrélés avec ceux de la *soft law* conduisent les représentants légaux à améliorer la gestion juridique des sociétés. En ce sens, on peut affirmer que le contrôle de la gestion participe à l'amélioration de la performance de la gestion des sociétés commerciales.

**1004.** Ainsi peuvent être résumées les données du problème : il s'agit de trouver un équilibre juridique entre ces différents impératifs pour optimiser au mieux le contrôle de la gestion. La théorie du juste milieu s'impose en cette matière<sup>844</sup> pour solutionner l'équation. L'autonomie de gestion doit être garantie tout en étant enserrée dans certaines limites ; c'est le rôle du contrôle de la gestion. La portée de l'autonomie octroyée aux dirigeants va déterminer le champ des comportements répréhensibles. Par conséquent, tout est une question de positionnement du curseur, sachant : que le régime du contrôle doit être suffisamment pointilleux pour participer à la performance de l'entreprise et que le niveau du curseur est fonction de la situation politique et financière du pays et varie au gré des événements.

**1005.** Ces dernières années avec les crises économiques qui ont affecté la France, il semble que le curseur tende plutôt à favoriser le contrôle au détriment de l'autonomie de gestion, ce qui met en avant le contrôle comme source de performance. Cette mutation reste néanmoins strictement proportionnée aux besoins à assouvir. Dès lors, le droit relatif au contrôle de la gestion semble être façonné au service de l'efficacité économique, ce qui vient à contrepied de l'hypothèse selon laquelle, les carcans réglementaires freinent la performance économique.

**1006.** *In fine*, afin d'optimiser tous les aspects du contrôle de la gestion et réfléchir à l'équilibre voulu, la transparence tient une place essentielle. Pour que la gestion soit suffisamment éclairée, les obligations d'information qui concourent à discipliner la conduite des dirigeants doivent être sanctionnées. En effet, la sanction constitue une condition essentielle de la régulation des dirigeants par l'information. Est en jeu la qualité de l'information, elle-même condition indispensable au contrôle. On voit bien que la recherche de l'équilibre est latente à tous les niveaux du régime du contrôle. Ainsi, la synthèse générale de l'équation est la suivante : l'une des conditions d'un contrôle de la gestion efficace est un régime de sanctions en matière de violation des obligations d'informations suffisamment coercitif. En effet, lorsque les dirigeants sont à l'origine de dysfonctionnements, les associés pleinement informés grâce notamment à l'injonction de faire sont ainsi en position pour tirer en toute connaissance de cause, les conséquences des agissements fautifs des dirigeants. A ce titre, les associés peuvent notamment se constituer partie civile lorsqu'une infraction pénale a été commise ou demander la nullité des décisions prises en violation de leurs droits.

---

<sup>844</sup> Ainsi que dans d'autres domaines du droit. En effet, pour continuer avec le parallèle sur le droit de la prévention des difficultés des entreprises, il est difficile pour le législateur de trouver un juste milieu en matière notamment de transparence lorsque les entreprises connaissent des difficultés économiques. Trop de transparence engendrerait des effets négatifs, les tiers préoccupés par la situation financière ne voudront plus contracter avec la société. (Cf. sur le sujet : G.Blanc, *La prévention des difficultés des entreprises*, PUAM, 2004).

**1007.** Il est nécessaire de garder à l'esprit que l'atout premier de la *corporate governance*, retranscrit dans la législation ou laissée à l'état de *soft law* se mesure par l'information et l'assurance des droits qu'elles offrent aux actionnaires. Les sanctions précitées remplissent parfaitement cette fonction, ce qui atteste de l'efficacité du système de contrôle de la gestion. Si l'enjeu premier du contrôle est d'éclairer de manière adaptée la gestion mise en œuvre par les dirigeants, c'est pour permettre ensuite à celle-ci d'être appréciée par les organes de contrôle en toute connaissance de cause.

## **Section II - Des dysfonctionnements réprimés**

**1008.** L'efficacité du contrôle de la gestion tient d'une part à ce que quelles que soient les circonstances, le droit permet d'apporter la lumière sur la gestion ; d'une part, elle tient à ce que les contrôleurs soient investis de la capacité à tirer les conséquences de leurs observations. En effet, c'est parce qu'ils savent qu'ils ont le pouvoir de corriger les dysfonctionnements, d'engager la responsabilité des dirigeants ou de prendre d'autres sanctions à leurs égards, que les organes de contrôle mettent en œuvre le contrôle et que celui-ci devient efficace. Sans cette capacité, le contrôle de la gestion est dénué de tout intérêt. Quel est l'intérêt de détecter un dysfonctionnement si on ne détient aucun pouvoir pour le faire cesser ou bien s'il n'est pas possible de prendre des mesures lorsque l'on juge que quelque chose n'est pas opportun ? C'est dans cette logique, qu'il est apparu essentiel dans le cadre de cette étude d'aborder les sanctions prises à l'encontre du dirigeant qui matérialisent la capacité d'action des organes de contrôle et qui constituent la conséquence du contrôle de la gestion.

**1009.** Conscient de l'importance des sanctions dans le système du contrôle de la gestion, le législateur a attribué aux organes de contrôle les moyens d'exprimer leur opinion quant à la gestion : un « droit à agir ». Cette capacité d'expression se traduit par la possibilité de rechercher la responsabilité des dirigeants sociaux (§1), d'autant que la jurisprudence met tout en œuvre pour faciliter ce droit d'action (§2).

**1010.** Ce pouvoir intéresse particulièrement les associés puisque selon la taille de la structure sociale, ce sont les seuls organes de contrôle à intervenir, sans oublier le conseil d'administration ou de surveillance pour les sociétés anonymes. Pour les autres organes de contrôle, à l'instar du commissaire aux comptes, il nous semble que cela relève plus d'une obligation que d'une prérogative. C'est en ce sens, qu'ils ne seront pas concernés par les lignes à suivre.



## **§1-Le pouvoir d'engager la responsabilité des dirigeants**

**1011.** La responsabilité des dirigeants sociaux est particulièrement intéressante dans le cadre de cette étude puisqu'elle constitue la sanction du contrôle de la gestion. A cette fin, elle permet de corriger le dysfonctionnement détecté par sa fonction compensatrice, de le faire cesser par sa fonction coercitive et de dissuader le dirigeant d'une mauvaise gestion par sa fonction dissuasive. Dans ces conditions, la responsabilité des dirigeants sociaux constitue un paramètre essentiel du système de contrôle de la gestion et lui confère une part importante de son efficacité. Telle qu'elle est conçue, la responsabilité des dirigeants confère aux organes de contrôle un pouvoir de sanction assez large. Cette capacité à rechercher la responsabilité des dirigeants sociaux se porte à deux niveaux, au plan civil et pénal. Cette dualité offre ainsi aux organes de contrôle concernés un spectre assez large d'hypothèses légales suivant lesquelles la responsabilité des dirigeants peut être retenue en raison de l'irrégularité de leur gestion (A). De plus, ce pouvoir est renforcé par la capacité propre aux associés d'engager la responsabilité professionnelle des dirigeants lorsque la gestion est considérée comme inopportune (B).

### **A-Un large spectre d'hypothèses légales de responsabilité**

**1012.** L'efficacité du contrôle de la gestion est étayée d'une part, par la pluralité des responsabilités pouvant être mises en jeu par les associés et autres organes de contrôle. Que ces responsabilités soient de nature civile, pénale ou administrative, toutes sont susceptibles d'être recherchées. Cependant seules les deux premières le sont par les associés et les conseils d'administration ou de surveillance. D'autres part, en sus de ces différentes natures de responsabilités, l'efficacité du contrôle est accrue par la multiplicité des cas de responsabilité. La diversité des fondements juridiques de mise en cause de la responsabilité renforce le pouvoir de sanction des contrôleurs. A ce titre, il est important de relever que ce soit pour les associés ou les organes de contrôle des sociétés anonymes, l'identité des fondements légaux qui permettent d'engager la responsabilité des dirigeants tant au plan pénal (a) que civil (b), quelle que soit la forme sociale envisagée.

#### **a-La responsabilité pénale des dirigeants en matière de gestion**

**1013.** La responsabilité pénale des dirigeants encourue à l'occasion de la gestion des sociétés commerciales est la conséquence la plus redoutée du contrôle. La place de choix occupée par la responsabilité pénale des dirigeants exécutifs au sein du système de contrôle

s'explique à travers deux paramètres : la multiplicité des infractions pénales relatives à la gestion (1) ainsi qu'à la sévérité de la répression (2).

### **1-La multiplicité des infractions pénales**

**1014.** Lorsqu'il s'agit de contrôler la gestion d'une société, le droit pénal spécial et général sont mobilisés. Les infractions pénales dites économiques en lien avec la gestion permettent d'encadrer efficacement la liberté des dirigeants, auxquelles s'ajoutent les infractions de droit pénal général<sup>845</sup>. Dans ces circonstances, la multiplicité des sanctions pénales est un gage d'efficacité du contrôle dans la mesure où ces sanctions sont dissuasives. Elles permettent de dissuader le dirigeant de commettre une série d'infractions qui seraient préjudiciables à la société.

**1015.** De plus, la diversité des infractions confère aux contrôleurs un large pouvoir pour sanctionner les anomalies de gestion dont sont à l'origine les dirigeants. En effet, plus les infractions sont nombreuses, plus les agissements fautifs des dirigeants sont susceptibles de tomber sous la qualification pénale, plus ils sont susceptibles d'être sévèrement sanctionnés. Ainsi, la multiplicité des infractions intensifie le contrôle exercé sur la gestion et accroît le pouvoir de sanction des contrôleurs. La diversité des hypothèses de responsabilité pénale confère donc une meilleure efficacité au système. Parmi les infractions pénales relatives à la gestion sociale, quelques-unes sortent du lot en raison de la fréquence de leur application : c'est le cas des abus de biens, du crédit de la société, ainsi que des de pouvoirs et de voix.

**1016.** Resté longtemps discret, le délit d'abus de biens sociaux<sup>846</sup> constitue en raison de sa médiatisation, le délit phare du droit des sociétés. L'idée générale est de sanctionner l'appropriation illégitime des biens de la société par le dirigeant. L'intérêt étant de protéger le patrimoine social en sanctionnant les dirigeants sociaux qui confondent le patrimoine de la société avec leur patrimoine personnel. Il fût créé par le décret-loi de 1935 pour pallier les insuffisances répressives de l'abus de confiance<sup>847</sup>, puis remanié par la loi de 1966. Il y a quelques années, le délit a occupé l'actualité législative et judiciaire, notamment en ce qui concerne le point de départ de la prescription, cependant aucun correctif majeur n'a été apporté à ce délit et il a de plus échappé à la dépenalisation du droit des affaires. La volonté

---

<sup>845</sup> On peut citer pour exemples : le détournement d'actif, la poursuite d'un intérêt personnel et le faux.

<sup>846</sup> Sur le sujet voir notamment : F. Stasiak, Dr. et patr. 2006, n° 149.

<sup>847</sup> En tant que mandataires des associés ayant manqué à leurs missions, les excès commis par les dirigeants relevaient de l'abus de confiance. Cependant, ce délit ne permettait pas d'appréhender assez largement les situations dangereuses pour la société.

de la commission présidée par J-M. Coulon de ne pas réviser la définition de l'infraction atteste de son intérêt en droit des sociétés.

**1017.** Ce sont les comportements frauduleux qui sont épinglés par les contrôleurs. En effet, la mise en cause de la responsabilité pénale des dirigeants sur le fondement par exemple de l'abus de biens sociaux est nécessairement la conséquence d'un contrôle qui a révélé l'infraction.

**1018.** Les abus ne prennent pas la même forme selon la taille de la société. En général dans les petites structures, l'abus de biens consiste pour le dirigeant à s'attribuer une somme d'argent ou un bien appartenant à la société, sans y avoir été autorisé, tandis que dans les grandes structures, l'abus peut servir à corrompre un élu ou un décideur ou bien à déguiser une opération personnelle du dirigeant.

**1019.** Un même comportement pourra d'ailleurs recevoir des juges plusieurs qualifications qui se cumuleront. Dans ces circonstances, les juges pourront recourir simultanément au droit pénal spécial ainsi qu'au droit pénal général. Les dirigeants seront alors déclarés coupables de plusieurs infractions. Par exemples, peuvent se cumuler l'abus de biens et la fraude fiscale<sup>848</sup>, l'abus de biens avec faux et corruption<sup>849</sup> ou encore l'abus de biens et le blanchiment<sup>850</sup>.

**1020.** Il est important de relever dès à présent que ce délit ne trouve pas à s'appliquer dans les sociétés de personnes<sup>851</sup>. Dans les sociétés concernées par l'abus de biens sociaux, les éléments constitutifs de l'infraction sont doubles et doivent être cumulativement réunis. La fraude est caractérisée lorsque le dirigeant use des biens de la société à des fins personnelles et contrairement à l'intérêt de la société<sup>852</sup>. La loi fait de l'abus de biens, un délit d'usage. Il

---

<sup>848</sup> Cass. crim., 20 juin 1991, n° 90-85.993.

<sup>849</sup> Cass. crim., 25 oct. 2006, n° 04-81.502.

<sup>850</sup> Cass. crim., 23 mars 2016, n° 15-81.448.

<sup>851</sup> Toutes les sociétés commerciales ne sont pas visées. L'abus concerne seulement les sociétés à responsabilité limitée à l'art. L. 241-3 C.com., les sociétés anonymes aux art. L. 242-6 et L. 242-30 C.com., les sociétés en commandite par action par renvoi à l'art. L. 243-1 C.com ainsi que les sociétés par action simplifiée à l'art. L. 244-1 C.com.

<sup>852</sup> En matière d'abus de biens sociaux, les éléments constitutifs du délit ont posé certaines difficultés. En ce sens, la condition d'intérêt personnel, la jurisprudence a estimé à multiples occasions que l'intérêt personnel pouvait consister dans un avantage d'ordre moral. Dès lors, la doctrine a pu considérer que l'intérêt personnel était toujours caractérisé. Cependant dans un arrêt du 1<sup>er</sup> mars 2000, la Cour de cassation a censuré un arrêt de condamnation qui n'avait pas recherché si le dirigeant avait un intérêt personnel direct ou indirect dans le règlement de fausses factures. La même solution a été retenue dans un arrêt ultérieur (Cass. crim. 4 nov. 2004, n° 03-84.986, Dr. sociétés 2005, n° 3, comm. 57, note Salomon). Dès lors, même si cet élément peut aisément se présumer, les juges doivent néanmoins formellement recourir à cette notion. Quant à la contrariété à l'égard de l'intérêt social, le recours à des moyens illicites a engendré des fluctuations de jurisprudence. La question qui se posait était de savoir si l'utilisation de fonds sociaux en vue de développer l'activité sociale pouvait constituer un abus de biens, alors qu'une infraction devrait être commise. En 1992, la Cour affirmait que l'usage des biens d'une société est nécessairement abusif lorsqu'il est fait dans un but illicite (Cass. crim. 22 avr. 1992, n° 90-85.125). Puis revenant quelque peu sur sa position la Cour a considéré plus tard que l'usage des fonds sociaux à des fins de corruption ou de trafic d'influence ne constituait pas un abus de biens sociaux (Cass. crim. 6 févr. 1997, n° 96-80.615). Mais dans une composition différente, la chambre criminelle de la Cour de cassation revenait, le 27 octobre 1997 à la solution adoptée le 22 avril 1992, en la motivant

est nécessaire pour qu'il soit caractérisé, que le dirigeant ait employé les biens qui lui ont été confiés. Un acte positif s'impose alors : la simple abstention contrairement à la responsabilité civile, ne peut tomber en théorie<sup>853</sup> sous le coup de la répression pénale. Pour autant aucun préjudice n'est exigé pour caractériser l'infraction. Ce dernier point, permet d'appréhender des hypothèses où l'acte du dirigeant fait courir un risque important à la société sans pour autant que la réalisation du risque ne soit exigée. L'abus de biens sociaux concerne la gestion car il se manifeste par des actes de disposition ou d'appropriation, ainsi que des actes d'administration ou d'utilisation. C'est donc dans l'exercice de ses fonctions que le dirigeant est tenté de commettre certains abus. Des décisions de pure gestion peuvent aussi être teintées d'abus. Ce délit intéresse donc pleinement la gestion de la société et permet d'en sanctionner les abus.

**1021.** Les articles relatifs à l'abus de biens sociaux comprennent aussi l'abus du crédit, l'abus des pouvoirs et des voix, ce qui multiplie les comportements sanctionnables en matière d'administration de la société. Ces autres abus présentent les mêmes éléments constitutifs, hormis l'objet de l'abus punissable.

**1022.** L'abus du crédit consiste à faire courir des risques à la société qui ne lui incombent pas. Le dirigeant se rend coupable de ce délit lorsqu'il engage la signature sociale, lorsqu'il expose la société à des paiements ou des décaissements, ou lorsqu'il fait cautionner par la société une de ses dettes personnelles. Dans tous les cas, c'est le simple risque de l'opération qui est sanctionné à savoir l'aléa. Le législateur est allé loin dans la répression puisqu'il sanctionne un préjudice éventuel.

**1023.** L'abus de pouvoirs, est également une infraction clé au service des contre-pouvoirs. Dans la mesure où les pouvoirs des dirigeants correspondent à l'ensemble des prérogatives dont ils sont investis tant par la loi que par les statuts, le domaine de l'infraction est corrélativement étendu. Dès lors les hypothèses d'abus permettant de sanctionner le dirigeant sont multiples. Par exemple, l'abus est constitué lorsque le dirigeant passe des marchés au nom de la société, sans profit pour elle, dans le seul but d'obtenir une commission. C'est aussi le dirigeant social qui s'abstient de réclamer le paiement de livraisons à une société dans

---

différemment. Elle justifie l'infraction par le fait que l'utilisation des fonds quel que soit l'avantage à court terme, « expose la personne morale au risque anormal de sanctions pénales ou fiscales contre elle-même et ses dirigeants et porte atteinte à son crédit et à sa réputation ».

<sup>853</sup> Certaines décisions largement critiquées par la doctrine ont pu retenir comme un usage une abstention du dirigeant (Cass. crim., 24 avr. 1984, n° 83-92.675, D. 1984, p. 508 ; Cass. crim., 28 janv. 2004, n° 02-88.094, BJS 2004, p. 862, obs. Barbiéri J.-F.). Les juges semblent effectuer une distinction entre l'abstention de négligence et l'abstention volontaire. À défaut d'une volonté de s'abstenir, le dirigeant n'est pas punissable (Cass. crim., 7 sept. 2005, n° 05-80.163, Rev. soc. 2006, p. 149, obs. Boulloc B. ; Rev. sc. crim 2006, p. 331, obs. Rebut D.).

laquelle il est intéressé ou le dirigeant qui fait pression sur le comptable de la société afin qu'il falsifie certaines délibérations du conseil<sup>854</sup>. C'est également le cas du gérant d'une société à responsabilité limitée qui cède des titres d'une autre société sans l'accord des autres associés, à un prix fixé unilatéralement et qui devient l'acquéreur de ces titres<sup>855</sup>. La rémunération des dirigeants est aussi un domaine intéressant particulièrement l'abus de pouvoirs. Sur ce fondement les associés et autres contre-pouvoirs pourront notamment engager la responsabilité pénale du dirigeant qui pour obtenir la rémunération voulue procède au remplacement des membres du comité des rémunérations, par des administrateurs plus favorables<sup>856</sup>.

**1024.** Enfin l'abus de voix peut être utilisé par les associés pour réprimer les dirigeants qui abusent des voix dont ils disposent dans les assemblées générales, en qualité de mandataires d'actionnaires qui leur ont donné pouvoir en blanc. Cette infraction est importante en raison de la pratique des pouvoirs en blanc. Ce délit permet aux associés et actionnaires d'empêcher le dirigeant d'user abusivement des voix pour faire acter des décisions qui leurs sont profitables et contraires à l'intérêt social. Il constitue un garde-fou permettant d'empêcher que la démocratie sociale ne se transforme en oligarchie, sinon en dictature.

**1025.** L'abus de biens et ses satellites permettent d'appréhender largement les comportements frauduleux prenant cours à l'occasion de la gestion de la société. Dès lors, le droit d'agir largement consacré par le législateur en matière pénale conforte l'efficacité du contrôle de la gestion.

## **2-La sévérité des sanctions pénales**

**1026.** Le poids des sanctions prononcées en cette matière a un effet dissuasif notoire, ce qui accroît l'effet préventif du contrôle de la gestion<sup>857</sup>. Concernant l'abus de biens sociaux, les articles L. 241-3, L. 242-6 du code de commerce prévoient une peine d'emprisonnement de cinq ans et 375 000 euros d'amende, avec depuis la loi n° 2013-117 du 6 décembre 2013, l'apparition d'une circonstance aggravante tenant à un recours à un compte ouvert à l'étranger, dont la peine est de sept ans d'emprisonnement et de 500 000 euros d'amende. De plus, la loi du 4 août 2008 institue une peine complémentaire fortement dissuasive. Elle prend la forme d'une interdiction d'exercer une activité commerciale ou de

---

<sup>854</sup> Cass. crim., 17 mars 1977, n° 75-92.934.

<sup>855</sup> Cass. crim., 20 mai 2015, n° 13-87.388, Rev. soc. 2015, p. 536, note Bouloc B.

<sup>856</sup> Cass. crim., 16 mai 2012, n° 11-85.150, Dr. pén. 2012, comm. 105, obs. Robert..

<sup>857</sup> V. notamment. : R. Blazy, *La pertinence économique de l'incrimination de l'abus de biens sociaux*, LPA 2005, n° 99, p. 29.

diriger une société, qui est soit définitive soit d'une durée de dix ans au plus. Mais celle-ci reste limitée à l'administration, la gestion ou au contrôle direct ou indirect d'une entreprise commerciale ou industrielle ou d'une société commerciale<sup>858</sup>

**1027.** Les dirigeants sociaux ont une véritable crainte de la sanction pénale, ce qui accroît l'effet dissuasif de la sanction du contrôle de la gestion. Pour preuve, un sondage<sup>859</sup> réalisé donnant le point de vue des dirigeants montre que de manière générale, 56% des chefs d'entreprises ont modifié leurs comportements en raison des mises en examen de nombreux dirigeants, tandis que 95% des dirigeants interrogés individuellement, déclarent avoir personnellement changé de comportement. Le poids économique des sanctions possède donc un pouvoir dissuasif certain sur les dirigeants.

**1028.** Du point de vue des associés, l'allocation de dommage et intérêts pour compenser le préjudice subi incite ces derniers à contrôler l'activité du dirigeant, et de fait à réduire l'occurrence des abus de biens sociaux.

**1029.** Ainsi la sévérité de la répression participe à l'efficacité du contrôle. D'ailleurs cette même sévérité s'applique également au plan civil. Non pas tant au niveau du montant des dommages et intérêts mais plutôt en raison du périmètre largement étendu des hypothèses légales de responsabilité civile des dirigeants.

## **b-Les hypothèses légales de responsabilité civile des dirigeants**

**1030.** A titre liminaire il est important de préciser à ce stade que la responsabilité civile du dirigeant qui est ici appréhendée est la responsabilité interne. Il s'agit de la responsabilité de fonction du dirigeant qui diffère de la responsabilité du dirigeant en tant qu'organe mis en œuvre par les tiers<sup>860</sup>. La différence entre les deux régimes impose cette distinction. La responsabilité interne est plus largement admise et n'impose pas à la différence de la seconde, la preuve d'une faute séparable des fonctions<sup>861</sup>.

**1031.** Une large appréhension de la responsabilité des dirigeants se manifeste également au plan civil. Le droit des sociétés prévoit plusieurs dispositions applicables suivant la forme sociale considérée. Toutefois de ces différents textes, une solution commune se dégage. Le

---

<sup>858</sup> Cass. crim. 17 déc. 2014, n° 13-87.968, Rev. soc. 2015, p. 386, note Bouloc ; Cass. crim. 4 mai 2016, n° 14-88.237, Rev. soc. 2017, p. 40, note B. Bouloc.

<sup>859</sup> *L'Entreprise*, Sofres, 1996, n° 127.

<sup>860</sup> Dans le cas de la responsabilité du dirigeant en tant qu'organe, c'est le plus souvent la responsabilité de la société qui est actionnée même si la responsabilité personnelle du dirigeant est de plus en plus souvent engagée par les tiers notamment lorsque la société présente des difficultés économiques ou pour des raisons d'équité.

<sup>861</sup> Cass. com., 9 mars 2010, nos 08-21.547 et 08-21.793.

principe étant le suivant, les dirigeants sociaux sont responsables individuellement ou solidairement, selon le cas, des infractions aux dispositions législatives et réglementaires, soit des violations des statuts, soit enfin des fautes commises dans leur gestion.

**1032.** Il n'est pas nécessaire de s'appesantir sur les deux premières hypothèses. Elles ne posent pas de difficultés apparentes. La responsabilité du dirigeant peut être recherchée lorsqu'il n'a pas respecté les obligations légales présentées en première partie<sup>862</sup> ou lorsqu'il enfreint des clauses des statuts limitant notamment ses pouvoirs ou celles organisant des procédures de contrôle plus strictes que celles prévues par le législateur. Hormis ces hypothèses, c'est la faute de gestion qui attire l'attention dans le cadre de cette étude d'autant plus, que la faute de gestion exerce une attraction sur les deux autres faits générateurs de responsabilité<sup>863</sup>.

**1033. La faute de gestion** - La faute de gestion est un concept particulièrement intéressant du point de vue du contrôle de la gestion. Le caractère protéiforme de la faute de gestion permet d'ouvrir largement les hypothèses de responsabilité civile des dirigeants dans les sociétés *in bonis*, ce qui renforce l'effet du contrôle de la gestion. Les organes de contrôle, principalement les associés recherchent l'effet sanctionnateur du contrôle de la gestion, dans ces conditions, la conception extensive de la faute de gestion ouvre largement le champ d'application de la sanction.

**1034.** Délibérément non définie par le législateur, la faute de gestion confère aux associés et autres organes de contrôle, la possibilité d'invoquer ce fondement juridique dans de larges hypothèses. Malgré l'absence de définition légale, il est possible de définir la faute de gestion, comme une faute en relation avec l'activité sociale, constituée par un ou plusieurs actes du dirigeant contraires à l'intérêt de la société. Cette faute est assimilable à une faute professionnelle puisqu'elle est invocable lorsque le dirigeant n'exécute pas correctement son travail de gestion. La gestion ayant un domaine très large, corrélativement, il en est de même pour la faute de gestion. Dès lors, bien que la Cour de cassation exerce un contrôle de qualification, le terme de gestion pousse à une interprétation plus factuelle que juridique.

---

<sup>862</sup> Pour rappel cela concerne notamment : les obligations d'informations, les violations aux règles de convocation des assemblées générales ou celles relatives à la tenue de la comptabilité.

<sup>863</sup> La jurisprudence assimile la violation de la loi ou des statuts à la faute de gestion. En ce sens : S. Hadji-Artinian, *La faute de gestion en droit des sociétés*, th., Litec, 2001, n° 241, p. 76.

**1035.** Dans ce contexte, on peut imaginer que les hypothèses de faute de gestion sont très diverses, ce que l'analyse de la jurisprudence confirme<sup>864</sup>. On peut néanmoins citer à ce stade du développement quelques exemples de fautes causant un dommage à la société comme : la négligence dans la conduite des affaires sociales<sup>865</sup> ; le défaut de surveillance du personnel et l'imprudence du gérant<sup>866</sup> ; le fait d'avoir longuement gardé le silence sur des opérations hasardeuses et finalement très préjudiciables à la société ; le fait de concurrencer la société qu'il dirige ; le fait d'abuser de la position de dirigeant pour s'octroyer des rémunérations et avantages anormaux<sup>867</sup> ; le fait de défavoriser la société dirigée et ses actionnaires au profit d'autres sociétés où le dirigeant a des intérêts plus importants<sup>868</sup> ; le fait de percevoir une rémunération importante ne correspondant pas à la charge effective de travail réalisée quand bien même il n'aurait pas pris part à la fixation du montant de ces rémunérations<sup>869</sup> ; le fait d'avoir perçu une rémunération non fixée par l'assemblée générale, contrairement à ce qui était prévu par les statuts de la société<sup>870</sup> .

**1036.** Ces derniers exemples de la jurisprudence montrent l'utilité de la responsabilité civile pour encadrer et auquel cas, sanctionner les conflits d'intérêts dont se rendent coupables les dirigeants sociaux.

**1037.** On peut également citer quelques exemples de fautes causant un préjudice personnel à l'associé, à l'instar du dirigeant qui a méconnu les droits propres d'un associé ou commis une infraction au droit des sociétés se traduisant par un préjudice personnel.

**1038.** Cet énoncé atteste de l'intérêt de la faute de gestion en tant que fait générateur de la responsabilité. Nombreuses sont alors les hypothèses pour lesquelles la responsabilité du dirigeant peut être engagée. Dans ces circonstances, on peut considérer que ce fondement légal à disposition des contrôleurs renforce incontestablement leurs pouvoirs de contrôle et incite ces derniers à être attentifs à de nombreux aspects de la gestion puisqu'ils sont en mesure dans de nombreuses hypothèses d'engager la responsabilité du dirigeant sur ce fondement légal. Le système gagne ainsi en efficacité.

---

<sup>864</sup> V. infra p. 343 et s.

<sup>865</sup> Toutefois, pour les sociétés en liquidation judiciaire, la tendance s'inverse quelque peu. Le législateur fait le choix de l'atténuation de la responsabilité des dirigeants. La loi de *Sapin II* de 2016 exclue désormais la responsabilité des dirigeants pour simple négligence dans la gestion d'une société. (Art. L.651-2 C. com. : « En cas de simple négligence du dirigeant de droit ou de fait dans la gestion de la société, sa responsabilité au titre de l'insuffisance d'actif ne peut être engagée »).

<sup>866</sup> Cass. com., 15 mai 1990, n° 88-18.324.

<sup>867</sup> Cass. com., 13 déc. 1988, n° 87-11.303 ; Cass. com., 19 mai 2015, n° 14-10.348, Gaz. Pal. 2015, jur., p. 23, note B. Dondero.

<sup>868</sup> Cass. com., 11 juill. 2006, n° 05-13.529, JCP E 2006, 2512 ; Cass. com., 12 mai 2015, n° 13-28.059, Rev. soc. 2016, p. 590, obs. D. Schmidt.

<sup>869</sup> Cass. com., 3 déc. 2013, n° 12-19.881, Gaz. Pal. 2014, p. 18, obs. B. Dondero.

<sup>870</sup> CA Paris, 17 mars 2015, n° 14/07179, RJDA 2015, n° 504.



**1039.** En pratique, la faute de gestion est plutôt invoquée dans les sociétés en difficulté. C'est au stade de l'insuffisance d'actif que la responsabilité pour faute de gestion du dirigeant est souvent invoquée<sup>871</sup>. Les juges peuvent décider que le dirigeant qui a commis une faute de gestion ayant contribué à l'insuffisance d'actif en supporte tout ou partie du montant<sup>872</sup>. Dans ce contexte, la faute de gestion est déterminante quant aux effets de celle-ci sur le patrimoine personnel du dirigeant. Cependant, la faute de gestion possède également une place dans les sociétés *in bonis*. Elle constitue un motif légitime de révocation des dirigeants<sup>873</sup>, et/ou permet aussi de dédommager une personne lésée. C'est d'ailleurs, pour demander l'octroi de dommages et intérêts que la responsabilité civile du dirigeant sera engagée devant les juges. Même si la société reste viable, la responsabilité civile des dirigeants pour faute de gestion n'est pas exclue. Au contraire, les associés peuvent aisément sanctionner tout type de faute, à l'instar de manquements dans le fonctionnement interne, des choix dans les politiques commerciales et d'investissements et tous les actes qui peuvent être assimilés à la gestion de la société qui portent atteintes aux intérêts sociaux.

**1040. Différentes actions au service des associés** - Après ce bref exposé des motifs recevables, il faut noter que plusieurs types d'actions sont prévues par la loi pour sanctionner la faute de gestion<sup>874</sup> ainsi que les autres faits générateurs. Une action en responsabilité dite « *ut singuli* » permet aux associés d'obtenir la réparation du dommage subi par la personne morale. Cette action est opportune puisqu'elle permet aux associés en agissant en lieu et place des dirigeants de pallier en théorie le risque de carence de ces organes sociaux. En outre, le législateur ajoute une action dite « *individuelle* » qui permet quant à elle à l'associé lésé par une faute de gestion, de pouvoir obtenir une réparation de son préjudice personnel distinct de celui éprouvé par la société. Dès lors, en sus de la pluralité des fondements, il existe également une pluralité d'actions possibles suivant l'identité de la personne lésée. Ainsi le périmètre de la responsabilité civile est encore un peu plus élargi.

---

<sup>871</sup> Exemple récent : Cass. com., 10 mars 2015, n° 12-16.956 : « L'action en comblement de l'insuffisance d'actif est recevable lorsqu'est caractérisée une faute de gestion du dirigeant antérieure à la cessation des paiements et que l'insuffisance d'actif est certaine. C'est le cas, en présence d'un passif chiffré vérifié et admis, et du simple constat d'un actif « négligeable » ».

<sup>872</sup> Si la faute de gestion justifie le comblement de l'insuffisance d'actifs, ce n'est pas au visa des textes du droit des sociétés mais suivant les dispositions des articles L. 624-3 et L. 624-6 du C.com. Le principe de non cumul des poursuites interdit sauf exceptions (Cass. com., 27 juin 2006, n° 05-14.271 : « Lorsque le redressement ou la liquidation judiciaires d'une société ne fait pas apparaître d'insuffisance d'actif, l'action exercée à l'encontre de son dirigeant sur le fondement notamment de l'article L. 223-22 du Code de commerce est recevable ») que la responsabilité du dirigeant pour faute de gestion soit retenue au titre de l'action en comblement de passif ainsi qu'au titre de la responsabilité civile interne.

<sup>873</sup> La révocation est une sanction professionnelle. V. supra p. 357 et s.

<sup>874</sup> Comme d'ailleurs les autres fondements juridiques de la responsabilité civile des dirigeants sociaux.

**1041. Recours subsidiaire au droit commun** - En outre, il est important de rappeler que lorsque le droit des sociétés ne permet pas d'engager la responsabilité du dirigeant, le droit commun prend alors le relais. La responsabilité contractuelle de celui-ci peut être alors recherchée au visa du nouvel article 1217 du code civil.

**1042.** Le poids de plus en plus lourd exercé par la possibilité de mettre en cause la responsabilité des dirigeants sociaux participe à l'essor de l'efficacité du contrôle de la gestion. En ce sens, la responsabilité civile est intéressante pour son effet compensatoire. Celui-ci conforte l'effet curatif du contrôle de la gestion. En effet, lorsque le dysfonctionnement cause un dommage direct à la société ou aux associés, ces derniers peuvent en demander la réparation devant les juridictions civiles. Dès lors, plus la portée de la responsabilité civile des dirigeants est importante plus l'effet curatif du contrôle sera amené à jouer. De même, plus le droit à agir des organes de contrôle est large plus l'exercice de ce droit est susceptible d'être mis en œuvre. Par conséquent, le large périmètre de la responsabilité civile améliore consubstantiellement l'efficacité du contrôle de la gestion.

**1043.** Enfin, plus qu'un simple contrôle de légalité, la faute de gestion implique un contrôle de l'opportunité de la gestion exercé tant par les juges que par les associés. Cette affirmation peut être raisonnablement accueillie sans que les principes généraux du droit ne soient pour autant bouleversés. D'ailleurs, la relation qu'entretiennent la faute de gestion et la révocation des dirigeants confirme l'existence d'une appréciation de l'opportunité de la gestion. Pourtant, c'est dans le domaine de la responsabilité professionnelle que le contrôle de l'opportunité de la gestion tient une place prépondérante.

## **B- L'intangibilité du droit à la révocation des dirigeants**

**1044.** Si « *la gestion est le pré carré des dirigeants ; les autres partenaires attendent à l'extérieur les résultats de la gestion* <sup>875</sup> ». De bons résultats assurent une stabilité au dirigeant, tandis que des mauvais entraînent quant à eux des sanctions à l'encontre de ce dernier.

**1045.** La gestion a pour objectif la recherche du profit sous couvert du respect de l'intérêt social. Outre les résultats économiques, une relation de confiance s'impose entre les dirigeants et les associés. Lorsque l'une de ces hypothèses fait défaut, les associés disposent du droit de sanctionner ce dernier. A ce titre, des sanctions professionnelles pourraient être prises comme la baisse de la rémunération et la limitation statutaire des pouvoirs du dirigeant

---

<sup>875</sup> B. Alibert, *La gestion : essai de définition juridique*, LPA 1997, n° 25, p. 10.

lorsque la loi le permet ; la sanction la plus extrême mais aussi la plus fréquente<sup>876</sup> reste cependant, la révocation du dirigeant. Cette sanction constitue la traduction la plus importante « de l'exercice par les associés de leur droit de surveiller la gestion et pourvoir au remplacement des dirigeants en qui ils n'ont plus confiance<sup>877</sup> ».

**1046.** Il se rattache au pouvoir souverain des associés de contrôler la gestion sociale et de pourvoir au remplacement des dirigeants. Ainsi la fonction première de la révocation est « d'assortir le contrôle de la gestion sociale d'une efficacité en permettant aux associés de sanctionner les dirigeants, puisque la révocation apparaît comme une mesure de défiance et de désaveu de la gestion des dirigeants<sup>878</sup> ». Le pouvoir qui est conféré aux associés a pour rôle de rendre plus efficace leur droit de surveiller la gestion de la société et de sanctionner « ceux qui ne se plient pas à la conception de l'intérêt social<sup>879</sup> ». Un contrôle de l'opportunité s'ajoute donc à celui de la régularité de la gestion, puisque la révocation des dirigeants se traduit généralement comme la sanction d'un contrôle de l'opportunité de la gestion exercé par les associés.

**1047.** Le régime juridique de la révocation varie suivant la forme sociale considérée. Malgré les différences un principe unitaire demeure : tous les dirigeants de sociétés commerciales, quelle qu'en soit la forme juridique sont révocables. Cela étant, les règles applicables diffèrent selon le type de révocation. Le législateur prévoit deux régimes distincts. Il s'agit de la révocation « contrôlée » pour juste motif et la révocation *ad nutum*.

**1048.** La révocation pour juste motif s'applique à la plupart des dirigeants sociaux<sup>880</sup>. Elle requiert l'existence d'un motif légitime. Cependant, il ne faut pas s'y tromper. Le « juste motif » n'est pas une condition de la validité de la décision de révocation. Cette notion s'attache seulement à mettre en œuvre un système indemnitaire lorsque la société ne parvient pas à justifier la révocation du dirigeant. Evidemment, l'appréciation cette notion donne lieu à de nombreuses revendications<sup>881</sup>.

**1049.** La révocation *ad nutum*, s'applique pour les dirigeants des sociétés anonymes, à l'exception des membres du directoire, aux dirigeants de sociétés par actions simplifiées

---

<sup>876</sup> La révocation reste l'un des contentieux les plus réguliers que connaît le droit des sociétés.

<sup>877</sup> K. Adom, *La révocation des dirigeants de sociétés commerciales*, Rev. soc. 1998, p. 488.

<sup>878</sup> K. Adom, *ibid.*

<sup>879</sup> Note P. Le Cannu, BJB 1990, p. 1035, § 334.

<sup>880</sup> Si la révocation *ad nutum* était anciennement le principe et la révocation pour juste motif l'exception, le droit des sociétés a opéré un changement de paradigme. Désormais il est possible d'admettre que la révocation pour juste motif est applicable dans l'ensemble des sociétés commerciales à l'exception de certains dirigeants des sociétés anonymes (les administrateurs, dont le Président du conseil d'administration ; le directeur général, lorsqu'il assume également les fonctions de Président).

<sup>881</sup> V. supra p. 360 et s.

lorsqu'elle est prévue par les statuts. En théorie, la révocation peut intervenir à tout moment, sans motif ni préavis. Elle ne nécessite pas non plus la preuve de fautes mêmes légères. Elle peut intervenir en cas de simple changement de majorité ou parce que la majorité en a décidé ainsi. Cela étant, il semble logique que la révocation soit causée. L'éviction ne doit être décidée que si elle est imposée par la nécessité de sauvegarder l'intérêt social ou le bon fonctionnement de la société puisque cette sanction reste avant tout une mesure de protection de l'intérêt social.

**1050.** Toutefois, sans entacher le principe de liberté, la révocation du dirigeant requiert une certaine délicatesse. La jurisprudence impose le respect de certains principes. Si récemment, elle a eu l'occasion d'imposer un nouveau principe celui de loyauté<sup>882</sup>, les principes du respect du contradictoire<sup>883</sup> et celui du respect des droits à la défense<sup>884</sup> sont maintenant bien connus.

**1051.** Même si la jurisprudence semble imposer depuis plusieurs années maintenant un formalisme plus protecteur envers les dirigeants, l'efficacité de la révocabilité n'est pourtant pas affectée. Deux arguments expliquent cette intangibilité de la révocation des dirigeants. D'une part l'efficacité de cette sanction est garantie par le caractère d'ordre public des dispositions en la matière qui exclut que toute stipulation statutaire<sup>885</sup> ou que tout aménagement conventionnel<sup>886</sup> ne puissent contrevenir à ce droit des associés.

**1052.** D'autres part, les effets juridiques de la révocation permettent à cette sanction de conserver toute son efficacité. En effet, la validité de la révocation n'est pas remise en cause. Le contrôle du juge n'a pas pour effet ou pour objet de remettre en cause la légitimité et la validité de la révocation, mais simplement de se prononcer sur l'existence d'un éventuel abus. Ainsi lorsque les dirigeants sont soumis à une révocation pour juste motif et dont l'éviction

---

<sup>882</sup> Cass. com., 22 nov. 2016, n° 15-14.911, Rev. soc. 2017, p. 213, note P-L. Périn.

<sup>883</sup> Applicable initialement aux seuls directeurs généraux de la société anonyme à conseil d'administration, le principe s'applique désormais à tous les dirigeants sociaux, gérants (Cass.com., 10 mai 2006, n° 05-16.909), membres du directoire (CA Paris, 5 mars 1999) et même aux présidents de SAS (CA Paris, 4 avr. 2006). Le respect du contradictoire impose, selon la Cour de cassation, que le dirigeant révoqué ait eu connaissance des motifs de sa révocation avant que celle-ci soit prononcée (Cass. com., 14 mai 2013, n° 11-22.845, BJS 2013, p. 634). Plus généralement sur le sujet V. not. : Cass. com., 29 mars 2011, n° 10-17.667, Rev. soc. 2011, p. 563, note J.-F. Barbière ; Cass. com., 6 nov. 2012, n° 11-20.582 ; P. Le Cannu, *Le principe de la contradiction et la protection des dirigeants*, BJS 1996, p. 11.

<sup>884</sup> S'il est révocable, le dirigeant social doit pouvoir faire valoir ses arguments en défense et donc se faire entendre (CA Paris, 15 avr. 2010, n° 08/24496, RTD com. 2010, p. 746, obs. P. Le Cannu et B. Dondero ; Cass. com., 22 oct. 2013, n° 12-24.162, Rev. soc. 2014, p. 105, obs. B. Saintourens).

<sup>885</sup> Une clause exigeant l'unanimité pour la révocation du gérant est déclarée nulle dans la mesure où s'il est associé, le gérant doit participer au vote de sa destitution, ce qui conduirait à rendre ce dernier irrévocable (CA Paris, 3e ch. A, 10 oct. 2006, SARL Art Paris c/Lamaignere).

<sup>886</sup> Une convention prévoyant au profit du dirigeant une indemnité en cas de révocation peut être annulée, si par son montant, l'indemnité est de nature à dissuader les associés de prononcer la révocation (Cass. com., 2 juin 1987, n° 85-16.467 ; Cass. com., 6 nov. 2012, n° 11-20.582).

est intervenue sans qu'un tel motif ne soit allégué, ces derniers peuvent seulement prétendre au bénéfice de dommages et intérêts. Aucune réintégration n'est juridiquement envisageable. Dès lors, malgré la tendance à l'unification des régimes de révocation, cette sanction essentielle conserve toute son efficacité.

**1053.** Enfin, malgré le droit intangible des associés à la révocation des dirigeants, dans certains cas, les conditions de mise en œuvre de la révocation empêchent sa réalisation effective. Il s'agit notamment de la révocation du gérant associé dans les sociétés à responsabilité limitée. L'article L. 223-25 du code de commerce n'écarte pas le gérant intéressé du vote de sa destitution, contrairement aux dispositions applicables aux sociétés en nom collectif. De plus, l'article L. 223-28 dudit code confère à chaque associé le droit de participer aux décisions collectives. En conséquence, dans les faits, lorsque le gérant est minoritaire, sa révocation ne pose aucune difficulté. En revanche, lorsque le gérant possède la moitié des parts ou plus, les autres associés ne pourront aucunement le destituer. Afin d'éviter l'irrévocabilité des dirigeants, le législateur a prévu dans certaines formes sociales, une révocation judiciaire.

**1055.** Lorsque celle-ci est prévue, à l'instar notamment de l'article L. 223-25 alinéa 2 du code de commerce, la révocation judiciaire permet à chaque associé de demander de façon individuelle devant le juge, la destitution du dirigeant en poste. Pour être accueillie favorablement, la demande devra démontrer l'existence d'une cause légitime.

**1056.** Cette solution à l'origine jurisprudentielle, puis reprise par la loi témoigne de la volonté du législateur d'assurer l'efficacité du contrôle de la gestion des dirigeants en toutes circonstances. Ce dernier exemple, montre d'ailleurs également l'importance du rôle joué par la jurisprudence en la matière.

## **§2-Le soutien du juge dans la répression des dysfonctionnements**

**1057.** Lorsqu'on analyse la jurisprudence en matière de contrôle de la gestion, on s'aperçoit du rôle central des juges. Par leurs décisions successives, ils améliorent l'efficacité du contrôle dans ses multiples facettes. En ce sens, dans la mise en œuvre des et autres dispositions qui sanctionnent une mauvaise gestion, les juges adoptent une appréciation extensive de leurs éléments constitutifs (A). De plus, dans le but de renforcer davantage le contrôle, les juges font œuvre normative et créent des concepts permettant de mieux contrôler la gestion des dirigeants sociaux (B).

## **A-Une application extensive des infractions par le juge**

**1058.** Le travail d'extension du domaine des infractions n'est pas restreint au plan pénal, ni même aux infractions et autres dispositions légales proprement dites (a). On s'aperçoit que l'œuvre des juges s'étend jusqu'aux modalités d'exercice de ces dispositions (b).

### **a-L'extension du domaine des infractions**

**1059.** Pour les infractions proprement dites qui ont trait au droit pénal, l'exemple de l'appréhension de l'abus de biens sociaux est intéressant (1). Toutefois, le travail normatif des juges ne se limite pas au droit pénal. Les juges commerciaux font de même pour la faute de gestion, disposition propre au droit des sociétés (2).

**1060.** Outre ces deux exemples caractéristiques, le travail du juge améliore le système de contrôle de la gestion dans bien d'autres domaines<sup>887</sup>. Qu'il s'agisse en amont du droit à l'information<sup>888</sup>, ou en aval des sanctions du contrôle, la jurisprudence vient au soutien du contrôle de la gestion.

### **1-L'exemple de la définition extensive de l'abus de biens sociaux**

**1061.** L'exemple de l'abus de biens sociaux retranscrit parfaitement la position d'une jurisprudence pénale de plus en plus audacieuse. Si ce mouvement de renforcement du contrôle atteint d'autres infractions<sup>889</sup>, l'étude se limitera à cet exemple probant.

**1062.** Avant même l'existence de l'infraction spéciale de l'abus de bien sociaux, la jurisprudence assurait comme on l'a vu<sup>890</sup> la répression par le recours à d'autres infractions. Une fois, l'infraction reprise par le législateur, le travail normatif des juges ne s'est pas arrêté pour autant. Malgré le principe de légalité en matière pénale, en délicatesse avec celui-ci, la jurisprudence a élargi le domaine de l'infraction au-delà des seules hypothèses de fraude.

---

<sup>887</sup>A titre d'exemple, la jurisprudence reconnaît un droit de critique des associés envers la gestion sociale (Cass. 2<sup>e</sup> Civ., 13 mai 2004, n° 02-10.534).

<sup>888</sup> V. infra p. 151 et s. On rappelle que les juges ont tendance à faire une application stricte des textes au profit des associés en matière d'information. Par exemple, l'application stricte de l'article L. 225-108 du Code de Commerce. La jurisprudence considère que la réponse du conseil d'administration (ou au directoire) aux questions écrites qui lui sont posées est obligatoire.

<sup>889</sup> Autre domaine intéressant : les infractions comptables. Les juges retiennent le caractère matériel des infractions en matière comptable. La solution adoptée par la jurisprudence relativement aux infractions matérielles, fait apparaître que le simple fait d'avoir violé une prescription légale ou réglementaire implique l'intention coupable (V. Cass. crim. 25 mai 1994, Bull. crim., n° 203).

<sup>890</sup> V. supra p. 348 et s.

**1063.** C'est notamment la notion d'intérêt social, qui confère au juge répressif un pouvoir d'appréciation. Les juges s'accommodent de ce concept évasif et renoncent volontairement à lui donner une définition pour ne pas se priver de la liberté laissée par cette absence. Par ce standard juridique instauré par la loi pénale, le législateur délègue ainsi un pouvoir d'appréciation au juge. Dès lors, le législateur autorise implicitement la jurisprudence à faire œuvre créatrice dans un domaine pourtant régi par le principe de légalité.

**1064.** En ce sens, les juges font une appréciation extensive de la notion de contrariété à l'intérêt social. C'est le cas lorsqu'ils admettent, en l'absence de spoliation effective, de sanctionner le dirigeant social dans la mesure où il expose sans nécessité le patrimoine social à un risque anormal de perte<sup>891</sup>. L'extension du délit aux actes qui exposent le patrimoine social à un risque anormal est admissible dans la mesure où l'extension de l'élément constitutif par les juges ne dégénère pas en un contrôle de l'opportunité de la gestion du dirigeant. A ce titre, la Cour impose notamment que l'acte générateur soit apprécié au moment de la commission de l'acte.

**1065.** Concernant l'élément matériel de l'infraction, dans un arrêt du 28 janvier 2004, la Chambre criminelle a estimé que « *l'usage des biens ou du crédit de la société contraire à l'intérêt de celle-ci peut résulter non seulement d'une action, mais aussi d'une abstention volontaire*<sup>892</sup> ». Pourtant si importante qu'elle soit, l'appréciation personnelle des juges ne se limite pas à l'intérêt social. Elle porte également sur l'intention coupable du dirigeant, à savoir la volonté de faire primer son intérêt personnel<sup>893</sup>.

**1066.** La distinction parfois délicate entre un comportement répréhensible et celui simplement constitutif d'une faute de gestion, favorise l'extension de l'élément moral de l'infraction pénale. D'ailleurs, « *les juges utilisent souvent les présomptions de fait pour contourner la difficulté à établir la volonté du dirigeant de faire primer ses intérêts personnels sur ceux de la société*<sup>894</sup> ». C'est notamment le cas lorsque les frais professionnels sont insuffisamment justifiés<sup>895</sup> ou encore lorsque les opérations sont occultes. A ce propos, la portée extensive de l'élément moral a conduit les juges à retenir une présomption simple en matière de preuve de l'abus de biens sociaux lorsque celui-ci se manifeste par le prélèvement des fonds sociaux de

---

<sup>891</sup> Cass. crim., 10 mai 1955, Bull. crim. 1955, n° 284 ; Cass. crim., 12 sept. 2001, n° 01-80.238, Dr. pén. 2002, comm. 6, obs. J.-H. Robert.

<sup>892</sup> Cass. crim., 28 janv. 2004, n° 02-88.094, Rev. soc. 2004, p. 722, note B. Bouloc ; Cass. crim., 23 mars 2005, n° 04-84.756, Dr. pén. 2005, comm. 91, note J.-H. Robert.

<sup>893</sup> Pour une étude exhaustive des intérêts personnels pris en compte pour révéler l'élément moral de l'abus de biens sociaux, V. : E. Joly et C. Joly-Baumgartner, *L'abus de biens sociaux à l'épreuve de la pratique*, Economica, 2002, spéc. p. 139.

<sup>894</sup> Q. Urban, *La difficulté pour le juge de caractériser l'abus de biens sociaux*, JCP 2005, n° 37, doct. 165.

<sup>895</sup> Cass. crim., 28 nov. 1994, D. 1995, p. 506 note J.-F. Renucci.

façon occulte. Dans pareil cas, la Cour de cassation présume que les fonds ont été utilisés dans l'intérêt personnel du dirigeant<sup>896</sup>.

**1067.** La jurisprudence donne une définition extrêmement large de l'intérêt personnel pour admettre tout intérêt personnel, patrimonial ou moral. Peuvent constituer un intérêt personnel, la volonté de sauvegarder une réputation<sup>897</sup>, la recherche de prestige<sup>898</sup> ou encore le souci de maintenir de bonnes relations d'amitié<sup>899</sup>. Les juges caractérisent l'abus de biens sociaux en l'absence d'enrichissement personnel, allant même jusqu'à retenir l'abus lorsque l'usage du bien n'est pas exercé dans l'intérêt exclusivement personnel du dirigeant social. En effet, la Cour a jugé récemment, « *aucun texte n'exige que l'usage de biens sociaux ait lieu à des fins exclusivement personnelles*<sup>900</sup> ».

**1068.** Dans ces conditions, la portée extensive de la notion d'intérêt personnel est telle qu'elle pousse certains auteurs à affirmer que l'élément moral, autrement appelé dol spécial, « *ne se distingue pas du mobile de l'auteur de l'infraction*<sup>901</sup> ». Certains auteurs critiquent la jurisprudence de la Cour de cassation pour son manque de clarté et de constance à propos du dol spécial<sup>902</sup>, soulignant que cette position vient aggraver l'insécurité juridique, de même que d'autres affirment que la notion d'intérêt social serait trop lâche pour avoir sa place en droit pénal<sup>903</sup>. Pourtant, à contrepied de cette position, il est permis de penser que l'extension du domaine de l'infraction par les juges participent au renforcement du contrôle de la gestion. Cette mise en œuvre élargie de l'infraction permet de contrôler et de sanctionner le dirigeant au cas par cas. Cela conduit à une application plus fine de l'abus de biens sociaux qui améliore corrélativement l'efficacité du contrôle.

**1069.** De plus, la pratique démontre que le nombre d'abus de biens sociaux sciemment perpétrés par les dirigeants sociaux n'est pas si élevé que l'on pourrait le penser<sup>904</sup>. La médiatisation des grands scandales fausse la perception des choses. Dès lors, le juge pénal n'est pas souvent amené à juger de l'infraction commise par le dirigeant. En outre, les juges

---

<sup>896</sup> Cass. crim., 20 juin 1996, n° 94-84.029, BJS, 1997, p. 18 ; Cass. crim., 4 mai 2016, n° 14-88.237, Rev. soc. 2017, p. 40, note B. Bouloc.

<sup>897</sup> Cass. crim., 3 mai 1967, Bull. crim. 1967, n° 148.

<sup>898</sup> Cass. crim., 20 mars 1997, n° 96-81.361, Rev. soc. 1997, p. 581, obs. B. Bouloc ; Cass. crim., 15 sept. 1999, n° 98-23.237, D. 2000, p. 319, note A. Médina.

<sup>899</sup> Cass. crim., 9 mai 1973, Bull. crim. 1973, n° 216.

<sup>900</sup> Cass. crim., 25 oct. 2006, n° 04-81.502, Rev. soc. 2007, p. 146, obs. B. Bouloc.

<sup>901</sup> W. Jeandidier, *Abus des biens, du crédit, des pouvoirs et des voix*, J.CL « sociétés traité », fasc. 85, 2017, n° 79 et s.

<sup>902</sup> V. actes du colloque organisé par l'Institut de droit économique et des affaires de l'Université d'Orléans, 30 sept. 1996 (Rev. Jur. Centre Ouest janv. 1997) ; Actes du colloque organisé le 2 avril 2003 par l'ESCP-EAP, Gaz. Pal. 2004, n° 324-325 ; Bouloc B., *Le dévoiement de l'abus de biens sociaux*, RJ com. 1995, p. 301.

<sup>903</sup> A. Médina, *Expériences françaises*, colloque du 2 avril 2003, Gaz. Pal. 2004, p. 8.

<sup>904</sup> Un nombre constant d'environ 800 condamnations par an est prononcé. Ce nombre est donc assez marginal rapporté au nombre de sociétés commerciales françaises.



font preuve de rationalité dans leur prise de décision. Ils s'autorégulent et « *résistent à la tentation, souvent grande, de vouloir sanctionner une décision de gestion à la seule vue de son contenu*<sup>905</sup> ». La vision extensive de l'abus de biens sociaux rapproche d'ailleurs cette infraction de la faute de gestion, domaine dans lequel la jurisprudence use également de son pouvoir d'appréciation.

## 2-La définition extensive de la faute de gestion

**1070.** Les juges commerciaux s'inscrivent aussi dans cette tendance visant à renforcer le contrôle de la gestion des sociétés commerciales. Les juges français « *font preuve d'une extrême largesse d'esprit*<sup>906</sup> » par rapport aux droits étrangers<sup>907</sup>. L'extension de la faute de gestion n'est d'ailleurs pas étrangère à la théorie de la *Corporate governance*.

**1071. Influence du gouvernement d'entreprise sur la faute de gestion**<sup>908</sup> Sous l'influence de celle-ci, une déontologie de plus en plus précise tend à élargir le périmètre de la faute de gestion. Naturellement les juges s'imprègnent du contenu des codes de gouvernement d'entreprise pour apprécier la responsabilité des dirigeants sociaux. Les exigences attendues des mandataires sont minutieusement précisées au sein de ces codes. Dès lors, les juges s'inspirent de ces outils normatifs pour éclairer leurs décisions. En ce sens, la Cour de cassation a affirmé en 2010 à propos des administrateurs que ces derniers « *devaient débattre de toutes les difficultés portées à leur connaissance et ne pouvaient échapper à leurs responsabilités en soutenant qu'ils ignoraient le caractère trompeur des comptes ayant fait l'objet de réserves* »<sup>909</sup>. La même logique s'applique au sujet des rémunérations, domaine dans lequel les codes sont détaillés. En effet, les codes posent les principes d'une rémunération mesurée, équilibrée et équitable ; en outre une indemnité de départ ne doit pas être versée à un dirigeant en situation d'échec et tout abus doit être évité dans l'octroi de retraites supplémentaires. C'est sans doute en s'inspirant de ces principes, que la cour d'appel de Paris a annulé en octobre 2008, la pension de retraite d'un montant annuel de 1,2 millions d'euros promise par la société Carrefour à son ancien dirigeant, pension qui s'ajoutait à une

---

<sup>905</sup> M. Desplan, *Le juge pénal et l'abus de biens sociaux*, in *Le juge et la décision de gestion*, Dalloz, 2006, p. 158.

<sup>906</sup> S. Hadji-Artinian, *op.cit.*, p. 25.

<sup>907</sup> Notamment le droit britannique.

<sup>908</sup> Sur le sujet V. : A. Viandier, *L'avis consultatif de l'assemblée des actionnaires sur la rémunération des dirigeants sociaux (Code de gouvernement d'entreprise des sociétés cotées ; juin 2013)*, JCP E 2013, n° 29, 1416 ; B. Dondero, *Le code AFEP-MEDEF révisé : un nouveau départ*, Rev. soc. 2014, p. 7, spéc. n° 5 ; Y. Paclot, *La juridicité du code AFEP/MEDEF de gouvernement d'entreprise des sociétés cotées*, Rev. soc. 2011, p. 395 ; D. Poracchia, *Regard sur l'intérêt social*, Rev. soc. 2012, p.475, n° 40.

<sup>909</sup> Cass. com. 9 mars 2010, n° 08-21.547, D. 2010. 761, obs. A. Lienhard ; Rev. soc. 2010, p. 230, note H. Le Nabasque ; RTD civ. 2010, p. 575, obs. P. Jourdain ; RTD com. 2010, p. 374, obs. P. Le Cannu et B. Dondero.

indemnité de non-concurrence de 9,4 millions d'euros<sup>910</sup>. Même si la jurisprudence n'a pas encore reconnu que le non-respect du code constituait explicitement une faute pour les dirigeants de la société concernée, il est indéniable qu'« *en cas d'abus, l'action en responsabilité à l'encontre des dirigeants et des administrateurs sera facilitée s'ils n'ont pas respecté les usages de place exprimés par les codes de gouvernement d'entreprise*<sup>911</sup> ». De plus, à l'instar des rapports entre la faute civile et les règles de déontologie<sup>912</sup>, on peut préjuger du fait que la même logique tend à s'appliquer entre les règles de gouvernement d'entreprise et la faute de gestion<sup>913</sup>. Un manquement aux règles déontologiques présumerait une faute de gestion. Ainsi les usages s'infiltrèrent peu à peu dans les décisions des juges, élargissant par là même le domaine de la faute de gestion.

**1072.** L'appréciation large de ce concept, en fait un argument « fourre-tout ». L'abondance de la jurisprudence en la matière atteste de cet état de fait. En ce sens, les juges engagent la responsabilité civile des dirigeants sur le fondement de la faute de gestion dès lors que celui-ci s'écarte du standard du dirigeant consciencieux, honnête et respectueux des règles normales de la gestion des sociétés commerciales. Pour conserver une liberté d'appréciation, les juges commerciaux ont recours à la notion d'intérêt social. Suivant la même logique que décrite précédemment<sup>914</sup>, ce concept permet une large appréhension des comportements fautifs.

**1073. Influence de la pluralité des intérêts à protéger sur la faute de gestion** - Les théories du gouvernement d'entreprise faisant primer la protection des actionnaires ont relancé le débat aujourd'hui bien connu de la définition de l'intérêt social. Cette question est d'autant plus pressante que de la définition de l'intérêt social dépend la qualification de la faute. En effet, le principe est que tout acte qui se révélerait contraire à l'intérêt social est susceptible de constituer une faute de gestion, engageant la responsabilité du dirigeant. C'est donc de la contrariété à l'intérêt social que l'on retire la qualification de faute de gestion. Par conséquent, fluctuant entre intérêt de la société, intérêt commun des actionnaires<sup>915</sup>, les débats

---

<sup>910</sup> CA Paris, 7 oct. 2008, BJS 2008, p. 976, note D. Schmidt ; JCP E 2009. 1088, note Y. Paclot.

<sup>911</sup> B.F., *Consultation sur la rémunération des dirigeants d'entreprise*, Rev. soc. 2012, p. 598.

<sup>912</sup> En matière civile, la jurisprudence pose le principe selon lequel, les juges ont la possibilité de prendre en comptes des règles déontologiques pour qualifier une faute civile (Pour qualifier une faute contractuelle : Cass. 1re civ., 24 janv. 1990, Bull. civ. I, n° 25. ; Pour qualifier une faute délictuelle : Cass. 1re civ., 4 nov. 1992, Bull. civ. I, n° 275, Gaz. Pal. 1994, n° 1, p. 79, note A. Dorsner-Dolivet). Sur le sujet V., J. Moret-Bailly, *Règles déontologiques et fautes civiles*, D. 2002, p. 2820 ; A. Robert, *Un manquement déontologique constitue nécessairement une faute civile*, D. 2011, p. 2782.

<sup>913</sup> En ce sens V. Y. Guyon, *Administration- Responsabilité civile des dirigeants*, J.-Cl, « sociétés traitées », fasc. 132-10, 2016, spé. n° 47.

<sup>914</sup> V. supra § n° 1070 et s.

<sup>915</sup> A l'instar du P. D. Schmidt, qui relance l'ancien courant doctrinal qui considérait l'intérêt social comme l'intérêt des associés. En ce sens V. : G. Sousi, *L'intérêt social dans le droit français des sociétés commerciales*, th., Lyon, 1974, n° 292. Aujourd'hui certains auteurs réaniment le débat (D. Schmidt, *La responsabilité du conseil d'administration du fait de ses*

sont de nature à influencer la position des juges à l'égard de la faute de gestion. Ainsi la pluralité des intérêts à protéger au travers de l'intérêt social renforce la portée de la faute de gestion. La souplesse de l'intérêt social permet à la jurisprudence une grande liberté d'appréciation quant à la qualification des fautes de gestion. En ressort, une mosaïque de comportements venant étendre le domaine de la faute.

#### **1074. Imprudente, négligence, abstention : aspects protéiformes de la faute de gestion –**

L'analyse des décisions de justice révèle en la matière une appréciation très large de la notion de faute de gestion. Pour les juges, outre les fautes commises délibérément, les négligences ou abstentions révélatrices d'un défaut de surveillance peuvent être également considérées comme des fautes de gestion génératrices d'une responsabilité civile. Ces fautes peuvent résulter de la simple passivité, des absences répétées, de délégations de pouvoirs à des collaborateurs incompetents ou de la tolérance d'une anarchie totale dans la gestion et d'une absence de structures permettant d'appréhender la réalité sociale et de préparer les mesures de redressement<sup>916</sup>.

**1075.** En sus, les tribunaux retiennent l'imprudence comme fait générateur de la faute de gestion. Trois grandes catégories d'imprudences sont jugées fautives : celles relatives aux structures sociétaires, aux engagements conventionnels ou encore l'utilisation inconsidérée des finances de la société. Relativement à la structure sociétaire, un arrêt récent en date du 12 juillet 2016<sup>917</sup> admet que «*si l'absence d'augmentation de capital ne peut être imputée au dirigeant, ce dernier peut néanmoins se rendre coupable d'une faute de gestion s'il ne tente pas d'obtenir une telle augmentation lorsqu'elle est nécessaire*». La Cour de cassation affirme explicitement l'existence d'un devoir de tenter de recapitaliser la société à la charge du dirigeant, même si cette décision est de la compétence exclusive des associés.

**1076.** Au titre des engagements conventionnels sont notamment fautives : les opérations qui augmentent de manière injustifiée les charges de la société, la mauvaise exécution des conventions conclues au nom de la société. Sur ce dernier fondement, la Cour de cassation a condamné le gérant d'une société à responsabilité limitée pour faute de gestion pour défaut d'exécution d'un contrat signé par ce dernier<sup>918</sup>.

---

*actes de gestion*, Cah. dr. entr. 1995, n° 4, p. 14 ; A. Couret, *L'intérêt social*, Cah.dr. entr., 1996, n° 4, p. 1 ; D. Schmidt, *De l'intérêt commun des associés*, JCP 1994, I, n° 3793).

<sup>916</sup> Cass. com., 14 déc. 1993, n° 91-20.839

<sup>917</sup> Cass. com., 12 juillet 2016, n° 14-23.310, Rev. soc. 2017, p. 44, note J. Heinich.

<sup>918</sup> Cass. com., 20 janvier 2015, n° 13-27.189, Rev. soc. 2015, p. 242, note J-F. Barbiéri.

**1077.** Enfin, afin d'accroître encore un peu plus la responsabilité par le recours à la faute de gestion, la jurisprudence décide qu'une faute simple suffit à engager la responsabilité du dirigeant. Il n'est pas douteux qu'un acte isolé puisse entraîner à lui seul la mise en cause de la responsabilité du dirigeant, dès lors que l'acte est fautif et se révèle préjudiciable pour la société, sans pour autant avoir à prouver que la gestion du dirigeant est complètement défailante. De même, que la jurisprudence n'exige aucunement que le caractère frauduleux de l'acte ne soit démontré.

**1078.** Néanmoins, les juges reconnaissent un droit à l'erreur et pour retenir une faute de gestion, les juges ne se substituent aucunement aux dirigeants sociaux pour apprécier de l'opportunité de la décision. Ils se limitent à rechercher si le processus de la décision est correct. D'ailleurs, ils se placent à la date des fautes prétendues, pour éviter que la connaissance de l'effet final ne permette la remise en cause automatique d'une décision qui semblait initialement adaptée. Même si la jurisprudence fait une application extensive de la faute de gestion, pour autant le mauvais état des affaires ne présume pas la faute du dirigeant.

Ces exemples témoignent de la plasticité de la faute de gestion. Cette vision protéiforme de la faute unifiée autour de la notion d'intérêt social accentue la responsabilité civile des dirigeants. Par conséquent, il n'est pas dans l'intérêt du droit en général et de l'efficacité du contrôle de la gestion en particulier, que les juges commerciaux mais aussi répressifs fassent une application automatique des infractions. On s'entend pour reconnaître au juge « *une activité plus créative*<sup>919</sup> ». « *Le juge argumente, dialogue, compare et construit des réponses normatives provisoires*<sup>920</sup> », tout en respectant le principe de non immixtion dans la gestion.

**1079.** Si la vision extensive des infractions pénales et des faits générateurs de la responsabilité civile, conduit à renforcer en principe la responsabilité des dirigeants, pour aller jusqu'au bout de leur démarche, les juges s'attachent également à faciliter le droit d'agir des associés afin d'asseoir un peu plus l'efficacité du contrôle.

## **b-La facilitation du droit d'agir des associés**

**1080.** En matière civile, la révocation constitue l'une des deux sanctions inhérentes à la responsabilité civile des dirigeants sociaux et c'est sans doute la plus redoutée dans l'esprit de ces derniers. Il était donc important pour la jurisprudence de concevoir cette sanction de manière extensive afin de donner toute sa portée à l'efficacité du contrôle de la gestion (1). En

---

<sup>919</sup> Q. Urban, art. cit., doct. 165

<sup>920</sup> Perelman, *L'empire rhétorique, Rhétorique et argumentation*, Vrin, 1977.

matière pénale, la vision extensive des infractions étant quelque peu restreinte par le principe de légalité, les juges ont emprunté une autre voie pour atteindre cet objectif : celle d'une conception étendue de la recevabilité de l'action civile (2).

### **1-L'hypothèse de la révocation des dirigeants**

**1081.** La vision favorable de la jurisprudence envers la révocation des dirigeants se manifeste tant par l'appréciation extensive des motifs que par l'extension du périmètre de la révocation judiciaire au-delà des hypothèses légales.

**1082. Appréciation extensive des motifs de révocation** – On le rappelle, les juges exercent leur pouvoir d'appréciation sur les motifs de révocation. Sans procéder à une litanie des justes motifs, il est intéressant de mettre en lumière la logique suivie par la jurisprudence qui ressort de l'analyse des décisions de justice en la matière. L'imprécision du concept a permis aux juges une interprétation extensive des justes motifs. Outre la faute suffisamment grave, la Cour a récemment affirmé que constitue un juste motif « *la divergence marquée d'appréciation sur l'évolution ou la stratégie de l'entreprise*<sup>921</sup> » reprenant une solution retenue quelques années plus tôt selon laquelle la divergence de vues pouvait constituer un juste motif<sup>922</sup>.

**1083.** Il faut cependant remarquer, que la jurisprudence s'appuie le plus souvent sur l'atteinte à l'intérêt social consécutive à la mésentente. Dès lors, deux critères alternatifs non fautifs<sup>923</sup> peuvent justifier la révocation du dirigeant. Ils se situent à un stade différent de la mésentente, ce qui permet de révoquer le dirigeant sans attendre que l'impact de la mésentente soit trop important. Il suffit de démontrer que le maintien du dirigeant est préjudiciable à la société pour justifier la révocation<sup>924</sup>.

**1084.** Dans ce domaine, la jurisprudence apprécie l'intérêt social, critère de référence, d'une manière extrêmement large. Cette position extensive des juges est logique et participe à l'essence même du mandat social. Elle traduit la volonté des juges de vouloir renforcer le pouvoir des associés, d'apprécier l'opportunité de la gestion des dirigeants, ce qui est estimable du point de vue de l'efficacité du contrôle de la gestion.

---

<sup>921</sup> CA Paris, 8 nov. 2016, n° 15/21473, Rev. soc. 2017, p. 218, note J-P. Mattout.

<sup>922</sup> CA Paris, 17 janv. 2003, JCP E 2003, n° 32-35, 1333, note Caussain.

<sup>923</sup> Cass. com., 3 mars 2015, n° 14-11.840, Rev. soc. 2015, p. 518, note A. Reygrobellet.

<sup>924</sup> « Une situation de blocage potentiel » suffit aux juges pour constituer un juste motif de révocation (Cass. com., 3 mars 2015, n° 14-11.840).

**1085. Révocation judiciaire *praeter legem*** - La faculté pour un associé de demander la révocation judiciaire du dirigeant pour cause légitime varie selon les formes sociales. Si certaines en sont pourvues<sup>925</sup>, d'autres ne disposent pas de cette prérogative. Une fois le principe exposé, on s'interroge sur les raisons d'une telle extension, tandis que le législateur qui prévoyait à l'origine la révocation judiciaire pour l'ensemble des sociétés commerciales<sup>926</sup> s'est lui-même ravisé.

**1086.** Si un arrêt de la cour d'appel de Paris en 1995<sup>927</sup>, a admis la possibilité de la révocation judiciaire du gérant, cette décision isolée à l'époque ne pouvait faire jurisprudence. C'est alors qu'un arrêt<sup>928</sup> de la Cour de cassation est venu dix ans plus tard relancer le débat. Alors qu'un texte législatif ne consacre cette prérogative, les juges reconnaissent ce droit dans une société en commandite simple. C'est en rejetant le pourvoi formé contre l'arrêt d'appel qui avait prononcé une telle révocation en caractérisant une cause légitime, que la Haute juridiction reconnaît implicitement cette extension.

**1087.** Dès lors, il semble qu'il est possible d'admettre que la jurisprudence cherche dans la perspective de renforcement du contrôle des dirigeants à reconnaître cette prérogative à tous les associés, même en l'absence de textes législatifs. Pourtant, cette solution ne doit pas être trop vite généralisée ; les juges réduisent cette extension au cadre de circonstances particulières, c'est-à-dire lorsque l'intérêt social est compromis par l'impossibilité de révocation contractuelle du gérant. L'opportunité de cette solution est soulignée par la majeure partie de la doctrine dans la mesure où les caractéristiques de la société en commandite simple, comme celle de la société en nom collectif sont proches de celles qui se rapportent à la société à responsabilité limitée. De plus, cette solution permet de mettre fin à des situations de blocage préjudiciables aux sociétés commerciales notamment au sein desquelles le gérant soutenu par l'associé majoritaire apparaît intouchable.

**1088.** Enfin un dernier argument peut être avancé pour montrer l'attitude compréhensive des juges à l'égard de la révocation des dirigeants. La jurisprudence admet la validité de la révocation non inscrite à l'ordre du jour<sup>929</sup>. Si cette position constitue une exception importante à la règle fondamentale suivant laquelle les décisions sociales ne peuvent être

---

<sup>925</sup> Les SARL (Art. L. 223-25 du C. com) et les SCA (Art. L. 226-2 du C. com).

<sup>926</sup> A l'origine, l'art. 1856 du C.civ. prévoyait la faculté d'une révocation pour cause légitime pour l'ensemble des formes sociales. Néanmoins, les réformes successives ont fait disparaître une telle action notamment la loi n° 78-9 du 4 janvier 1978.

<sup>927</sup> CA Paris, 3e ch., 12 sept. 1995, BJS 1995, p. 1076, note P. Le Cannu ; RTD com. 1996, p. 479, obs. Cl. Champaud et D. Danet.

<sup>928</sup> Cass. com., 8 fév. 2005, n° 01-14.292, BJS 2005, n° 6, p. 667, note B. Saintourens ; BRDA 2005, n°5, p. 4.

<sup>929</sup> Pour les SA (Cass. com., 3 janv. 1985, n° 83-16.014) ; pour les SARL (Cass. com., 29 juin 1993, n° 91-14.778, Rev. soc. 1994, p. 63, note F. Pasqualini)

valablement prises en assemblée sans qu'elles ne soient inscrites préalablement à l'ordre du jour, elle est de jurisprudence constante. Même si le respect du principe du contradictoire depuis quelques années vient tempérer quelque peu cette solution bien établie, il demeure encore possible de révoquer de façon non abusive un dirigeant lors d'une assemblée en évoquant cette question entretenant un lien réel avec l'ordre du jour<sup>930</sup>. En effet, pour les juges l'absence d'inscription à l'ordre du jour ne rend pas la décision de révocation abusive, dans la mesure où dès lors que « *l'ordre du jour porte sur l'examen de la gestion et la bonne marche de l'entreprise, il contient implicitement mais nécessairement, une éventuelle révocation du dirigeant* »<sup>931</sup>. Cette position de la jurisprudence doit être saluée, car elle favorise l'opportunité à l'occasion d'une assemblée, d'une discussion sur le maintien du dirigeant. « *C'est à une interprétation réaliste et large de l'ordre du jour qu'invite la Haute juridiction, à mi-chemin entre les deux méthodes extrêmes de la saisine du tribunal ou des incidents de séances* »<sup>932</sup>.

**1089.** De plus, contrairement à la clémence dont fait preuve la jurisprudence à l'égard de l'appréciation des justes motifs, il est intéressant de relever que les juges sont opposés, ou à tout le moins très réservés à l'égard des techniques imaginées par la pratique en vue de protéger les dirigeants des effets néfastes de la révocation, tels la conclusion d'un contrat de travail ou le cumul de celui-ci avec le mandat social, les aménagements conventionnels destinés à limiter les effets de la révocation ou à garantir les dirigeants contre les risques liés à la perte du mandat. La volonté de la jurisprudence de faciliter le droit d'agir des associés se manifeste également par une reconnaissance extensive de l'action civile des associés à l'occasion d'un procès pénal.

## **2-L'hypothèse de l'action civile en droit pénal**

**1090.** Les associés victimes à titre personnel d'une infraction pénale ou représentant la société, se trouvent face au choix de solliciter la responsabilité du dirigeant fautif en vue de la réparation de leur préjudice soit devant la juridiction civile, soit devant la juridiction pénale. Le choix de privilégier la voie pénale n'est pas indifférent. En effet, outre le fait que l'accès

---

<sup>930</sup> Cass. com., 12 mai 2004, n° 00-19.415.

<sup>931</sup> G. Garanger, note sous CA Paris, 10 janv. 2006, BJS 2006, n° 5, p. 597. En ce sens, voir aussi : Cass. com., 28 février 1977, n° 75-14.163, Rev. soc. 1978, p. 245, note J.-P. Gastaud ; RJ com. 1978, p. 294, note P. Merle ; D. 1977, IR, p. 317, note J.-C. Bousquet ; CA Paris, 24 septembre 1981, Rev. soc., 1982, p. 283, note P. Le Cannu ; CA Paris, 12 février 1991, BJS 1991, p. 413, note P. Le Cannu ; CA Orléans, 18 mars 1999, JCP E 2000, p. 31, obs. A. Viandier et J.-J. Caussain ; CA Paris, 28 avr. 2011, n° 10-09.789, BJS 2011, n° 11, p. 873.

<sup>932</sup>F. Pasqualini, *Le vote de révocation par un mandataire de la gérante d'une SARL*, Rev. soc. 1994, p. 63.

du demandeur au procès pénal est facilité, les règles processuelles<sup>933</sup> sont plus clémentes envers les demandeurs et surtout, un point a toute son importance en pratique ; l'associé qui engagera la responsabilité du dirigeant au plan pénal est déchargé de la charge de la preuve.

**1091.** Dès lors, l'action civile en matière pénale est importante pour les associés et actionnaires car elle leur confère un pouvoir de sanction à l'encontre du dirigeant social ayant commis des infractions dans sa gestion de la société. Concernant sa mise en œuvre, le droit pénal a importé du droit civil les diverses modalités d'actions à la disposition des associés. Si l'action civile à titre personnel connaît un coup d'arrêt pour le délit d'abus de biens sociaux, l'action *ut singuli* reste quant à elle largement ouverte aux associés.

**1092. L'action civile à titre individuel** - Antérieurement à l'arrêt 12 décembre 2000, les juges répressifs retenaient assez aisément l'action individuelle des associés en matière d'abus de biens. Une jurisprudence constante indiquait que « *le délit d'abus de biens sociaux est de nature à causer un préjudice direct, non seulement à la société elle-même, mais également à ses associés ou actionnaires*<sup>934</sup> ». Cependant, par plusieurs arrêts de décembre 2000, la Chambre criminelle a donné un coup d'arrêt aux actions individuelles des associés. Infirmant la solution retenue, la Cour décide que désormais, l'associé ne peut agir à titre individuel devant la juridiction pénale si le préjudice dont il se prétend victime n'est qu'une conséquence de celui éprouvé par la société. Ce qui est précisément le cas en ce qui concerne la dépréciation des titres<sup>935</sup> ou encore l'éviction de la société du fait d'une réduction de capital due aux pertes générées par l'abus de pouvoir.

**1093.** Cela étant, cette rigueur jurisprudentielle « *semble aujourd'hui abandonnée en dehors de l'infraction d'abus de biens sociaux*<sup>936</sup> ». En effet, la Cour de cassation est infiniment plus libérale en matière de délit comptable qu'en matière d'abus de biens sociaux. Un préjudice direct et personnel est exigé par la Chambre criminelle dans d'autres délits commis par le dirigeant à l'instar de celui de présentation ou de publication des comptes infidèles. En ce sens, la Cour de cassation a affirmé que « *la présentation des comptes annuels inexacts causait un préjudice personnel et direct à chaque associé ou actionnaire, qui pouvait donc à*

---

<sup>933</sup> Par exemple, l'allègement de la charge de la preuve. Contrairement au plan civil, la partie civile est déchargée de la preuve du comportement fautif du dirigeant. Il revient au juge d'instruire la demande. D'autre part, la Cour de cassation a estimé que l'instruction pouvait intervenir sans mise en cause de la société, en dépit des dispositions de l'article L. 225-252 du C.com. (Cass. crim., 3 oct. 2007, n° 06-87.849).

<sup>934</sup> Cass. crim., 25 nov. 1975, n° 74-93.426.

<sup>935</sup> Cass. crim., 13 déc. 2000, n° 99-84.855.

<sup>936</sup> P. Bonfils, *L'action civile en droit pénal des affaires*, Dr. et patr. 2006, n° 149.



*titre personnel exercer l'action civile*<sup>937</sup>». Ce qui paraît légitime puisque contrairement à la dévalorisation des titres causée par un abus de biens sociaux, en matière de délit comptable, les associés subissent un préjudice direct lorsqu'ils se plaignent d'une dévalorisation de leurs titres due à de mauvaises informations reçues des dirigeants. Pareillement, pour ce qui est du délit de fausse information. Les juges reconnaissent un préjudice direct pour les titres acquis après la diffusion de fausses informations. Le préjudice donne lieu à des dommages et intérêts fixés dans un premier temps à la différence du cours du titre avant et après la fausse information<sup>938</sup> puis dans un second temps plus généreusement à hauteur du prix de souscription<sup>939</sup>. Ces jurisprudences montrent le souci des juges d'ouvrir dans certains domaines l'action civile au profit des associés et actionnaires afin de renforcer leur contrôle sur la gestion.

**1094.** Dès lors on comprend que la même solution a été adoptée en matière de délit d'initié<sup>940</sup>. Encore plus, la Chambre criminelle a admis l'action civile des associés d'une société en nom collectif qui avait été victime d'abus de confiance de la part de l'un d'entre eux, en considérant que les associés répondaient indéfiniment et solidairement des dettes sociales<sup>941</sup>. Pourtant très proche de l'abus de biens, la position de la Cour est beaucoup plus souple pour le délit d'abus de confiance. Il est donc permis de s'interroger sur les justifications d'une telle disparité.

**1095.** Par conséquent, à l'exception de l'abus de biens sociaux<sup>942</sup>, l'action civile des associés en matière pénale demeure largement ouverte. Facilitant les voies d'actions des associés, les juges améliorent corrélativement l'efficacité du contrôle de la gestion. Cette même logique est adoptée pour l'action *ut singuli*, ce qui permet d'optimiser au mieux le pouvoir de la jurisprudence en la matière.

**1096. L'action civile *ut singuli*** - L'action civile *ut singuli* des associés est largement ouverte par les juges. Soucieuses de préserver les voies d'action à l'encontre des dirigeants sociaux indéliques, les juridictions pénales maintiennent une acceptation libérale de l'action *ut singuli*. Prenant le contrepied de la jurisprudence de la chambre commerciale, la jurisprudence pénale

---

<sup>937</sup> Cass. crim., 30 janv. 2002, n° 01-84.256.

<sup>938</sup> Cass. crim., 15 mars 1993, n° 92-82.263.

<sup>939</sup> T. corr. Paris, 17 décembre 1997, Affaire du comptoir des entrepreneurs, BJS 1998, p. 485, note N. Rontchevsky ; T. corr. Paris, 27 décembre 1998, n° 98-07.599, BJS 1998, p. 927, note N. Rontchevsky.

<sup>940</sup> Cass. crim., 11 déc. 2002, n° 01-85.176.

<sup>941</sup> Cass. crim., 10 avr. 2002, n° 01-81.282.

<sup>942</sup> Cette exception doit être nuancée dans la mesure où la jurisprudence ne ferme pas totalement la porte à l'actionnaire pour engager à titre personnel la responsabilité du dirigeant. Il suffit pour celui-ci de démontrer l'existence d'un préjudice propre distinct de celui subi par la société (Cass. crim. 12 sept. 2001, Dr. pénal 2002, com. n° 6, note J.-H. Robert).

facilite la mise en jeu de la responsabilité des dirigeants par les associés. A ce titre, la chambre criminelle a admis que les actionnaires d'une société anonyme pouvaient exercer l'action sociale pour des abus de biens commis au sein d'une filiale. « *C'est ainsi reconnaître que l'actionnaire pourrait exercer, ut singuli, l'action ut singuli de la société à l'encontre des dirigeants de sa filiale*<sup>943</sup> ». L'ouverture de l'action sociale au niveau du groupe de sociétés n'est pas sans poser certaines difficultés quant au principe de légalité criminelle. Considéré comme tiers vis-à-vis du dirigeant de la filiale, l'actionnaire de la société mère est autorisé à conduire une action en responsabilité. Elle renforce un peu plus le droit des associés, en affirmant que « *lorsque l'actionnaire agit ut singuli pour le compte de la société, le fait que la société forme à son tour des réclamations à l'encontre du mandataire social poursuivi ne prive pas pour autant l'actionnaire du droit de persister à formuler ses demandes pour le compte de la société et d'exercer les voies de recours appropriées si ces demandes ne sont pas accueillies*<sup>944</sup> ». Suivant une logique de contrôle des dirigeants, cette dernière décision est intéressante puisqu'elle permet d'éviter les demandes artificielles minorées de la société à l'encontre de ses dirigeants. Et surtout, les excès potentiels de cette position sont circonscrits par l'amende civile et par l'action en indemnisation engagée devant le tribunal correctionnel par la partie mise en examen, ainsi que par de potentielles poursuites en dénonciation calomnieuse. Dès lors, la position adoptée par de la jurisprudence doit être saluée<sup>945</sup>.

**1097.** Plus encore, on s'aperçoit que l'extension de la responsabilité des dirigeants par le travail normatif des juges ne s'arrête pas à l'élargissement du domaine des dispositions légales. L'analyse de la jurisprudence montre que la responsabilité des dirigeants s'est aussi développée en corrélation avec l'émergence de nouveaux concepts forgés par les juges.

## **B- Le recours à des techniques prétoriennes pour élargir la portée du contrôle**

**1098.** Dans la logique de renforcement du contrôle de la gestion des dirigeants, la jurisprudence fait usage à bon escient de son « pouvoir normatif ». Le rejet traditionnel du pouvoir normatif du juge fondé sur l'article 5 du code civil ainsi que sur l'effet relatif de la

---

<sup>943</sup> E. Dezeuze, *La réparation du préjudice devant la juridiction pénale*, Rev. soc. 2003, p. 261.

<sup>944</sup> Cass. crim. 12 déc. 2000, Bull. crim. n° 372, BJS 2001, p. 508, note J.-F. Barbiéri ; Rev. Science crim., 2001, p. 396, note J.-F. Renucci.

<sup>945</sup> Même si, une partie de la doctrine (notamment E. Dezeuze et le Pr. D. Poracchia) souligne que l'existence d'un préjudice direct subit par la société notamment pour les délits de présentation ou publication de comptes annuels infidèles d'une société et de diffusion d'informations fausses ou trompeuses, n'est pas toujours si évident. Quel est le dommage matériel subit par la société lorsque sa situation réelle est enjolivée, à part d'inciter les actionnaires trompés à maintenir leur investissement ? De plus, la large ouverture de l'action *ut singuli* peut conduire à une situation paradoxale. Le délit d'information fausses et trompeuses expose la société elle-même à une responsabilité pénale au visa de l'article L. 465-3 du Code monétaire et financier. Dès lors, les actionnaires n'ont aucun intérêt à déclencher l'action *ut singuli* au risque d'entraîner la condamnation de la société en plus de ses dirigeants. Cela démontre les limites du raisonnement généreux de la jurisprudence en la matière.

chose jugée doit être tempéré. Cette conception est d'ailleurs partagée par une partie de la doctrine<sup>946</sup>, qui approuve le pouvoir créateur de la jurisprudence en certaines circonstances<sup>947</sup>. Il n'est pas insoutenable de considérer que les juges sont principalement des interprètes du droit, mais du fait de leur fonction de juger, ils sont amenés à combler certaines lacunes de la loi, lorsqu'au plan de la politique juridique, celles-ci sont trop criantes d'autant que les principes généraux dégagés par la jurisprudence sont une manifestation de ce pouvoir.

**1099.** « De fait, la liste est longue des cas où les tribunaux ont cru pouvoir découvrir une lacune dans la loi et se sont efforcés de la combler<sup>948</sup> ». Dès lors, les tribunaux participent incontestablement à l'évolution du droit des sociétés, en forgeant de nouveaux concepts permettant de faire évoluer le contrôle de la gestion des sociétés commerciales. A titre d'exemple, sans prétention exhaustive, certains concepts sont venus renforcer le contrôle exercé par les contrôleurs tels que les devoirs comportementaux mis à la charge des dirigeants avec notamment le devoir de loyauté, de diligence, ou encore de prudence, les observateurs de gestion, l'administration provisoire et le mandat ad hoc ou dans un autre domaine le concept d'unité économique et sociale. D'autres à l'instar du droit à l'information des administrateurs ne seront pas repris à ce stade du raisonnement, mais sont nés de la jurisprudence pour renforcer le contrôle exercé sur les dirigeants.

**1100. L'émergence de nouveaux devoirs comportementaux des dirigeants<sup>949</sup>** - Sous l'influence croisée du principe de bonne foi et de la théorie de la *Corporate governance* la jurisprudence en matière de responsabilité des dirigeants sociaux a évolué. Afin d'élargir le périmètre de contrôle des associés sur la gestion, et de sanctionner plus efficacement les conflits d'intérêts, les juges ont mis à la charge des dirigeants des devoirs supplémentaires.

**1101.** Le devoir de loyauté figure en haut de la liste<sup>950</sup>. Il apparaît « *en droit des sociétés comme l'ultime rempart contre des comportements moralement répréhensibles, de nature à*

---

<sup>946</sup> V. P. Chrétien, *Les règles de droit d'origine jurisprudentielle*, th., Lille, 1936 ; P. Roubier, *Théorie générale du droit*, 1951, Sirey, rééd. Dalloz, 2005, n° 2, p. 8 et s. ; P. Esmein, *La jurisprudence et la loi*, RTD civ. 1952, p. 20 ; M. Waline, *Le pouvoir normatif de la jurisprudence* in *Mélange Scelle*, t. 2, LGDJ, 1950, p. 613 et s.

<sup>947</sup> Les juges au sommet de la hiérarchie judiciaire sont habilités à créer des normes générales. C'est ainsi qu'il est arrivé à la Cour de cassation d'insérer dans un arrêt, un motif de droit sans rapport avec le litige qu'elle avait à résoudre, à la seule fin de trancher d'avance une question que l'on débattait ailleurs (Cass. civ., 20 mai 1969, D. 1969, p. 429, concl. R. Lindon, note C. Colombet)

<sup>948</sup> L. Bach, *Jurisprudence*, Rép. Dr. civil Dalloz, 2009, n°150 et s.

<sup>949</sup> I. Arnaud - Grossi, *Les devoirs des dirigeants sociaux, bilan et perspectives*, th., Aix, 1998.

<sup>950</sup> V. notamment : H. Le Nabasque, *Rôle et place des mécanismes fondamentaux du droit civil en droit des affaires*, RTD com. 1999, p. 273 ; J-M. Garinot, *La loyauté en droit des sociétés : une obligation en clair-obscur*, RLDA 2014/91, n° 5013 ; H. Le Nabasque, *Le développement du devoir de loyauté en droit des sociétés*, RTD com. 1999, p. 273 ; J-J. Daigre, *Le petit air anglais du devoir de loyauté des dirigeants* in *Mélanges P. Bézard*, LPA 2002, p. 79

*rompre l'équilibre sur lequel reposent les relations sociétaires*<sup>951</sup> ». En ce domaine du droit, les conséquences juridiques assorties à ce devoir sont doubles. Il conduit d'une part à faire peser sur les dirigeants une obligation d'information à l'égard des associés, du même type que celle existant au sein des sociétés cotées. D'autres part, il implique que le dirigeant doive s'abstenir de trahir les intérêts de la personne morale qu'il représente. Cette conception du devoir de loyauté a conduit la jurisprudence à mettre à la charge du dirigeant un devoir de loyauté tant envers la société<sup>952</sup> qu'envers les associés<sup>953</sup>.

**1102.** Le développement de ce devoir doit être salué car il constitue une possibilité supplémentaire de mettre en cause la responsabilité du dirigeant à la disposition des associés. La consécration de ce devoir démontre que la doctrine tendant à revaloriser le contrôle de la gestion « *a creusé son empreinte chez les magistrats de la Haute juridiction*<sup>954</sup> ». La reconnaissance explicite de ce devoir de loyauté n'est en réalité que la mise en œuvre d'un devoir latent qui irriguait déjà certaines dispositions du droit des sociétés. Mais par l'arrêt du 27 février 1996<sup>955</sup>, la Cour de cassation fait œuvre créatrice. Elle saisit l'occasion d'affirmer qu'un devoir de loyauté s'impose au dirigeant d'une société à l'égard de ses associés, alors qu'elle aurait pu comme les juges d'appel de la décision précitée se fonder sur la réticence dolosive. L'utilisation de termes généraux par les hauts magistrats permet de donner une portée considérable à ce devoir de loyauté. Ainsi cet arrêt permet d'affirmer qu' « *il appartient désormais aux tribunaux et aux autorités de marché de déduire du devoir de loyauté ainsi affirmé toutes ses applications (...) d'un côté, le dirigeant doit toujours être en mesure de justifier auprès des associés l'intérêt que présente pour eux telle opération commerciale ou financière qu'il envisage d'entreprendre ; d'un autre côté, il doit aux associés une information complète sur la situation financière et patrimoniale de la société, notamment à l'occasion des assemblées annuelles et lors des opérations financières ; enfin, il doit spontanément révéler tout conflit d'intérêt et en ce cas loyalement s'abstenir de prendre part au vote*<sup>956</sup> ».

**1103.** Poursuivant son œuvre, la Chambre commerciale a étendu l'obligation de loyauté envers non plus seulement les associés, mais aussi envers la société par un arrêt du 24 février

---

<sup>951</sup> L. Nurit-Pontier, *Devoir de loyauté*, J.-Cl « sociétés traité », fasc. 45-10, 2013, n° 4.

<sup>952</sup> Arrêt *Kopcio*, Cass. com. 24 fév. 1998, n° 96-12.638, D. 1999, somm., p. 100, note Y. Picod ; RTD com. 1998, p. 612, obs. C. Champaud et D. Danet. Sur le sujet voir aussi : J.-J. Caussain, *À propos du devoir de loyauté des dirigeants de sociétés* in *Mélanges Mercadal*, éd. Francis Lefebvre, 2002, p. 307

<sup>953</sup> Arrêt *Vilgrain*, Cass. com., 27 févr. 1996, n° 94-11.241, JCP G 1996, II, 22665, note Ghestin ; RTD civ. 1997, p. 114, obs. J. Mestre.

<sup>954</sup> Daille-Duclos B., *Le devoir de loyauté du dirigeant*, JCP E 1998, p. 1486.

<sup>955</sup> Cass. com., 27 févr. 1996, n° 94-11.241.

<sup>956</sup> D. Schmidt et N. Dion, note sous Cass. com., 27 févr. 1996, JCP E 1996, II, 838.

1998<sup>957</sup>. Depuis, la Cour de cassation poursuit l'extension du périmètre du devoir de loyauté aux sociétés à responsabilité limitée<sup>958</sup>, aux sociétés anonymes<sup>959</sup>, aux sociétés par action simplifiée<sup>960</sup>, ainsi que par analogie à l'ensemble des dirigeants des autres sociétés commerciales. De plus, elle ne cesse de préciser le contenu de cette obligation notamment en matière d'« opportunités d'affaires »<sup>961</sup>.

**1104.** Dès lors, une obligation de non concurrence et d'information renforcée se dégage de ce devoir de loyauté. Le caractère très large de la nouvelle obligation de loyauté du dirigeant voulue par les juges est essentiel car il permet à ces derniers de condamner des comportements qui ne pouvaient être jusqu'à ces arrêts sanctionnés. L'évolution jurisprudentielle en la matière « *témoigne de la volonté des hauts magistrats de maintenir fermement le cap et de sanctionner les dirigeants insuffisamment diligents vis-à-vis des associés*<sup>962</sup> ». La sévérité des juges en la matière permet aujourd'hui d'affirmer que ce devoir de loyauté constitue une obligation de résultat. « *La loyauté d'un dirigeant social est une telle exigence en droit des sociétés qu'elle ne peut être ramenée à un simple devoir de "faire de son mieux" pour ne pas chercher à s'avantager personnellement au détriment de la société ou des associés*<sup>963</sup> ».

**1105.** Recouvrant de vastes domaines, il renforce le contrôle des associés sur la gestion exercée par le dirigeant. Tenus d'être informés, les associés des sociétés fermées comme ceux des sociétés cotées sont plus enclins à exercer efficacement leur contrôle. D'ailleurs, la récurrence de la jurisprudence relative aux manquements des dirigeants au devoir de loyauté atteste de l'attractivité de ce fondement juridique de mise en cause de la responsabilité des

---

<sup>957</sup> Cass. com., 24 févr. 1998, n° 96-19.006, BJS 1998, p. 815, note B. Petit.

<sup>958</sup> Cass. 1er civ., 25 mars 2010, n° 08-13.060.

<sup>959</sup> Cass. com., 12 mai 2004 n° 00-15.618 ; Cass. com., 22 févr. 2005, n° 01-13.642 ; Cass. com., 11 juill. 2006, n° 05-12.024. Ainsi qu'au directeur général de SA (Cass. com., 12 mars 2013, n° 12-11.970).

<sup>960</sup> Cass. com., 18 déc. 2012, n° 11-24.305.

<sup>961</sup> Précision sur le champ d'application du devoir de loyauté : l'arrêt *Beley* du 12 mai 2004 précité décide que le devoir de loyauté trouve sa source dans la seule qualité de dirigeant, peu importe que ce dernier ne soit ni partie à l'acte de cession, ni investi d'un mandat. En cette qualité il est tenu de dévoiler aux associés toutes les informations susceptibles d'influencer notablement leurs projets d'acquisition de droits sociaux. Concernant les opportunités d'affaires : Cass. com., 15 nov. 2011, n° 10-15.049, Rev. soc. 2012, p. 292, note L. Godon ; JCP E 2011. 1893, note A. Couret et B. Dondero ; Cass. com., 18 déc. 2012, n° 11-24.305, BRDA 2013, n° 2 ; JCP E 2013. 1084, note M. Roussille ; BJS 2013, p. 200, B. Dondero. Le devoir de loyauté trouve à s'appliquer à l'accaparement par le dirigeant d'une opportunité d'affaire depuis les décisions suscitées. Dès lors, plus que l'obligation de ne pas concurrencer la société qu'il dirige, il est désormais interdit au dirigeant de s'accaparer une opportunité d'affaire pour son propre compte ou pour une autre société dans laquelle, il est dirigeant ou associé.

<sup>962</sup>E. Schlumberger, *Le caractère circonscrit du devoir de loyauté des dirigeants sociaux*, BJS 2016, n° 12, p. 709. Même si un arrêt en date du 12 avr. 2016, n° 14-19.200 apporte quelques limitations au devoir de loyauté dans un contexte de revente de titres sociaux à prix majoré. Cet arrêt précise les conditions d'application de devoir de loyauté pour sanctionner un dirigeant en ce domaine. Il faut que le dirigeant soit directement intéressé par la cession, les dirigeants doivent détenir des informations déterminantes que les cédants sont dans l'incapacité de se procurer et qu'enfin ses informations soient suffisamment consistantes et non simplement hypothétiques.

<sup>963</sup> L. Godon, note sous Cass. com., 28 nov. 2006, n° 04-19.802, Rev. soc. 2007, p. 519.

dirigeants par les associés. Ce devoir ouvre aux associés de nouvelles perspectives permettant de sanctionner la gestion du dirigeant jugée déloyale à l'occasion du contrôle.

**1106.** Au-delà de cette obligation de loyauté, la jurisprudence a pu consacrer d'autres devoirs généraux du dirigeant social. A cet égard, un arrêt du 30 mars 2010<sup>964</sup> a précisé que les dirigeants sont tenus d'être « prudents et diligents ». Facteurs de moralisation de la vie des affaires, ces nouveaux devoirs consacrés par la jurisprudence permettent de conférer aux associés des armes supplémentaires pour sanctionner les comportements fautifs des dirigeants dans le cadre de la gestion sociale. Par conséquent, ce travail normatif des juges renforce l'effet du contrôle de la gestion en ce qu'il étend le champ d'application de la sanction. A l'inverse du renforcement des devoirs mis à la charge des dirigeants, la jurisprudence a de plus, consacré un véritable droit de critique au bénéfice des associés pour les protéger lors de la mise en œuvre de leur contrôle de la gestion.

**1107. Droit de critique des associés** - Un parallèle pourrait être fait avec le statut de salarié protégé ou encore celui récemment mis en lumière de lanceur d'alerte. Pour que le contrôle de la gestion soit efficacement mis en œuvre, les principaux protagonistes à savoir les associés, ne doivent pas craindre d'engager leur responsabilité lorsqu'ils exercent leur droit de contrôle. On comprend aisément l'intérêt de reconnaître un tel droit. C'est sous l'influence là encore de la *Corporate governance*, que le droit de critique a connu un véritable essor. Cette garantie nouvellement affirmée incite les associés à exercer leur action de contrôle sur les dirigeants sociaux.

**1108.** Pour cette raison, dans la limite de l'abus, la jurisprudence a consacré un véritable droit de critique des associés. Par un arrêt du 13 mai 2004<sup>965</sup>, la Haute juridiction proclame un droit pour les associés d'exprimer oralement ou par écrit leurs défiances vis-à-vis de la direction. Le contenu du droit de critique est délicat à saisir tant les formes de contestations émises par les associés peuvent être variées. Néanmoins la jurisprudence adopte une position volontairement extensive. Dans la même logique renforcement de l'efficacité du contrôle de la gestion que celle observée pour le devoir de loyauté, la généralité des termes est de mise pour offrir une protection assez large aux associés soucieux de contrôler la gestion de leur société. A ce titre, il est possible de concevoir que la formule générique « *droit de critique* » englobe « *diverses techniques allant de la simple expression de reproches sur la gestion des*

<sup>964</sup> Cass. com., 30 mars 2010, n° 08-17841, D. 2010, p. 1678, note B. Dondero ; Rev. soc. 2010, p. 304, note P. Le Cannu.

<sup>965</sup> Cass. 2<sup>e</sup> civ., 13 mai 2004, n° 02-10.534, Rev. soc. 2005, p. 401. Si cet arrêt affirme explicitement un droit de critique, ce droit n'est pas une nouveauté à mettre au seul crédit de cet arrêt. Il découle des rapports sociaux, mais n'avait jamais aussi clairement été mis en avant par la jurisprudence.

*dirigeants à des droits sanctionneurs plus radicaux*<sup>966</sup> » et cela même pour un acte de gestion accompli avant l'entrée dans la société de l'associé<sup>967</sup>. Cet arrêt montre l'ouverture des juges à l'égard des associés puisque la contestation de la gestion en des termes véhéments n'est pas caractéristique d'un abus. Cette reconnaissance de la faculté de discuter l'action des dirigeants se retrouve également au profit de l'associé unique, membre d'une société unipersonnelle<sup>968</sup>. Plus généralement, il s'agit d'un droit de contester certaines opérations de gestion. Ainsi, sans crainte des éventuelles conséquences, les associés pourront exercer effacement leur contrôle sur la gestion des dirigeants.

**1109.** On peut s'étonner de la reconnaissance tardive de ce droit par la jurisprudence. A vrai dire, les occasions étaient peu nombreuses jusqu'à la mise en pratique des principes du gouvernement d'entreprise et lorsqu'elle le faisait, sa position était plutôt réservée. C'est donc un changement de paradigme qui s'est opérée à l'égard de ce droit. La Cour de cassation n'hésite plus à faire valoir l'importance du droit de critique et se situe à cette occasion dans le sillage du droit contemporain des sociétés qui reconnaît l'importance du contrôle de la gestion. Dans le même sens, mais sur un tout autre terrain, les juges ont amélioré le contrôle de la gestion grâce à une technique purement prétorienne : les observateurs de gestion et les administrateurs provisoires.

**1110. Mandats *ad hoc*, observateurs et contrôleurs de gestion : des créations jurisprudentielles**<sup>969</sup>. Les développements précédents ont déjà introduit le rôle de ces mandataires de justice. L'intérêt pour l'heure est de montrer la pertinence de l'origine jurisprudentielle de ces institutions, sauf pour quelques hypothèses spécialement visées par la loi.

**1111.** Ces techniques prétorienne sont connues depuis le célèbre arrêt *Fruehauf*<sup>970</sup>. Redessinant les contours du principe de non immixtion dans la vie sociétaire, la nomination d'un mandataire de justice est devenue depuis plusieurs dizaines d'années une mesure courante. Au vu de l'existence de conflits ne justifiant toutefois pas la nomination d'un

---

<sup>966</sup> L. Godon, *Affirmation du droit individuel de l'actionnaire de critiquer librement la gestion sociale. Principe et limite*, BJS 2004, n° 12, p.1517.

<sup>967</sup> Cass. com., 4 juill. 1995, n°93-17.969, BJB 1995, n° 11, p. 968, note J-F. Barbière.

<sup>968</sup> C'est notamment le cas lorsque, l'associé unique externalise la gestion de la société en la confiant à un tiers. Dans l'hypothèse d'une EURL ou d'une SAS unipersonnelle.

<sup>969</sup> Sur le sujet Cf. : G. Bolard, *Administration provisoire et mandat ad hoc : du fait au droit*, JCP E 1995, n° 49, 509.

<sup>970</sup> CA Paris, 22 mai 1965, JCP G 1965, II, 14274bis, note Nepveu ; D. 1968, p. 147, note Contin ; RTD com. 1965, p. 619, obs. R. Rodière.

administrateur provisoire, les juges n'ont pas hésité à définir « *une série de nouveaux mandataires de justice*<sup>971</sup> ».

**1112.** Au-delà de l'émergence d'une règle de droit, les juges ont imaginé une véritable institution avec un régime général purement jurisprudentiel. La source de ce régime est importante puisque c'est un « *domaine où la souplesse est essentielle*<sup>972</sup> ». A ce titre, ce fondement jurisprudentiel permet de s'adapter à la variété des situations exigeant un contrôle plus ou moins exhaustif de la gestion des dirigeants. Du simple contrôleur qui relève tout manquement aux règles légales ou aux injonctions du juge, au mandataire *ad hoc* qui détient un pouvoir décisionnel pour une opération ponctuelle, nombreuses sont les hypothèses où ils sont appelés à intervenir. Ainsi, les différentes missions pouvant leur être conférées permettent de s'adapter pleinement à cet impératif.

**1113.** Les juges ont donc usé de toutes les potentialités de leurs pouvoirs pour répondre au besoin de plus en plus pressant de contrôler des dirigeants ; la multiplication des cas de nomination atteste de l'intérêt de cette technique prétorienne.

Enfin, il est possible de citer une autre technique importante qui a été mise en œuvre par la jurisprudence pour éviter que l'instrumentalisation du droit ne permette aux dirigeants de se soustraire au contrôle de leur gestion : l'émergence du concept prétorien d'unité économique et sociale.

**1114. L'unité économique et sociale** – Ce concept de droit social paraît à première vue sans incidence sur le contrôle de la gestion en droit des sociétés commerciales, cependant il permet de déjouer l'instrumentalisation du droit par le dirigeant visant à échapper au contrôle de la gestion de la société qu'il dirige. En effet, l'effectif social d'une société ainsi que son chiffre d'affaires sont des éléments déterminants en ce domaine. Outre le fait qu'ils sont pris en considération pour la nomination d'un comité d'entreprise, dont on sait d'ailleurs que cet organe exerce un rôle de plus en plus important en matière de contrôle, ce sont surtout des critères de nomination des commissaires aux comptes.

**1115.** En sus des sociétés dans lesquelles la nomination de ces derniers est obligatoire, c'est en fonction de ces seuils que les sociétés ont ou non l'obligation de nommer les commissaires aux comptes. Dès lors, lorsque le dirigeant social instrumentalise le droit en créant diverses

---

<sup>971</sup> J. Cavallini, *Le juge des référés et les mandataires de justice dans les sociétés in bonis*, Rev. soc. 1998, p. 247.

<sup>972</sup> Ch. Lapp, *La nomination judiciaire des administrateurs provisoires de sociétés*, RTD com. 1952, p. 769 ; Y. Guyon, *L'administration judiciaire*, J.-Cl « sociétés traité », fasc. 37, n° 2.



sociétés pour se maintenir en deçà des seuils, il peut ainsi se dérober au contrôle de la gestion. « Cette facilité conduit certains dirigeants à créer autant de petites sociétés qu'il est nécessaire pour rester au-dessous des seuils<sup>973</sup> ».

**1116.** Ce dévoiement des règles de droit ne pouvait persister à l'heure des principes de gouvernement d'entreprise. C'est dans le but de déjouer ces fraudes que la Chambre criminelle a promu initialement cette notion<sup>974</sup>. L'enjeu des premiers arrêts en la matière était de déjouer les montages sociétaires pour éviter d'atteindre les seuils légaux. La même logique a animé la Chambre sociale de la Cour de cassation<sup>975</sup>. Puis passant au-delà de l'idée de fraude, ce concept a été justifié par la recherche d'une meilleure représentation du personnel dans les entreprises. « Faisant fi de montages sociétaires pourtant licites en soi, la Cour estime donc qu'il y a lieu de considérer les différentes entités créées, lorsque certains liens les unissent, comme formant une unité économique et sociale, apte à mieux servir l'impératif de représentation des salariés<sup>976</sup> ». Par touches successives, la Cour de cassation poursuit la construction de la jurisprudence relative à l'unité économique et sociale.

1117. Il semble possible d'affirmer que le développement de ce concept par la Chambre sociale<sup>977</sup> au cours de ces dernières années profite au droit des sociétés. Pour cause, lorsqu'une unité économique et sociale est avalisée par les juges, cette reconnaissance engendre des conséquences juridiques en matière de droit des sociétés. S'il en résulte un dépassement des seuils relatifs à l'effectif ou au chiffre d'affaires, alors la nomination d'un commissaire aux comptes s'imposera au dirigeant. Or la nomination d'un commissaire aux comptes améliore substantiellement le contrôle de la gestion des sociétés<sup>978</sup>, de même que la présence d'un comité d'entreprise. Par conséquent, le travail normatif de la Cour de cassation en ce domaine élargit le périmètre du contrôle de la gestion. Mêmes licites, les stratégies d'évitement du contrôle du dirigeant sont déjouées par les juges, faisant rentrer dans le périmètre du contrôle, des sociétés initialement exclues.

**1118.** Si les salariés sont à l'origine les premiers intéressés par l'unité économique et sociale, on peut raisonnablement affirmer que ce concept constitue également une arme

---

<sup>973</sup> P. Le Cannu et B. Dondero, op. cit., p. 280, n° 450.

<sup>974</sup> Cass. crim., 23 avr. 1970, JCP 1972, II 17046.

<sup>975</sup> Cass. soc., 8 juin 1972, JCP 1973, II 17316.

<sup>976</sup> G. Blanc- Jouvan, *L'unité économique et sociale et la notion d'entreprise*, Dr. soc., 2005, p. 68.

<sup>977</sup> V. sur le sujet : J. Savatier, *Le dynamisme de l'unité économique et sociale pour l'organisation des rapports collectifs de travail*, Dr. soc., 2004, p. 944.

<sup>978</sup> Il améliore en réalité le contrôle de régularité et de la sincérité des comptes sociaux mais aussi dans une certaine mesure le contrôle de la gestion sans pour autant s'immiscer dans la gestion.

supplémentaire à la disposition des organes de contrôle interne à la société. Le recours à cette technique profite alors au contrôle de la gestion.

**1119.** Malgré le principe de non immixtion du juge, ces divers exemples montrent le rôle croissant du juge en matière de contrôle de la gestion. Procédant par extension des dispositions légales ou par la voie de nouveaux concepts, le juge est devenu un véritable organe de contrôle de la gestion. D'ailleurs, l'intérêt du travail normatif du juge en matière de contrôle est d'autant plus manifeste que le législateur a repris à son compte bon nombre des concepts forgés par la jurisprudence.



## ***Conclusion du Chapitre II***

**1120.** L'arsenal de sanctions élaboré par le législateur puis façonné par la jurisprudence participe à l'essor du contrôle de la gestion. En l'état du droit des sociétés, les organes de contrôle détiennent la capacité nécessaire pour déceler les dysfonctionnements ainsi que pour les sanctionner lorsqu'ils résultent d'un comportement fautif du dirigeant.

**1121.** Encadrant ainsi le pouvoir de gestion à travers tous ses composants, l'existence d'un système global ne cesse de s'affirmer au fil des années. Sanctions *a priori* et sanctions *a posteriori* se côtoient et se complètent pour donner un plein effet au contrôle de la gestion. L'effet curatif et préventif des sanctions étant démontrés, le système de contrôle recèlerait une certaine efficacité.

**1122.** Le droit français des sociétés a su s'adapter aux nouvelles exigences et corriger certaines de ses lacunes lorsque les circonstances l'exigeaient. Le mouvement perpétuel d'adaptation du droit montre d'ailleurs la volonté du législateur de garantir toujours plus l'efficacité du contrôle. Adoptant une vision globale du contrôle de la gestion des sociétés commerciales, il a su faire preuve de compromis. En freinant de manière raisonnable l'autonomie de gestion du dirigeant, pour revaloriser la place des organes de contrôle, le législateur a su malgré les difficultés, trouver un équilibre propice à la pérennité des sociétés.



## *Conclusion du Titre I*

**1123.** L'efficacité du système de contrôle relève de sa capacité à produire ses effets, à savoir prévenir les dysfonctionnements inhérents à la gestion et le cas échéant, y mettre fin dans la perspective de maintenir la pérennité des sociétés commerciales.

**1124.** L'existence de mécanismes de contrôle et informationnels ne permettaient pas à eux seuls de parvenir aux résultats escomptés, il fallait s'assurer de leur mise en œuvre. Une importante réflexion a été amorcée par le législateur et la jurisprudence dont il est ressorti que l'environnement du contrôle était déterminant quant à son efficacité. L'intérêt d'une approche systémique du sujet est donc une nouvelle fois démontré.

**1125.** Dès lors, l'action du législateur s'est portée sur l'organisation de l'environnement en vue d'accroître l'efficacité du système de contrôle de la gestion des sociétés commerciales. A ce titre, la place des organes de contrôle est valorisée au sein du fonctionnement sociétaire. En ce sens, par exemple, le périmètre du contrôle est élargi ainsi des domaines hors de portée sont à présents ouverts au contrôle de ces derniers. Cependant, cette démarche de valorisation est associée à une responsabilisation de ces organes quant à l'exercice effectif de leurs prérogatives de contrôle. Par les différentes actions menées, l'effectivité du contrôle a été considérablement renforcée.

**1126.** Néanmoins pour être efficace, plus que l'effectivité du contrôle, celui-ci doit produire des conséquences à l'encontre du dirigeant lorsqu'à l'occasion du contrôle, des dysfonctionnements sont révélés. C'est le rôle de la sanction. Elle permet par sa fonction de mettre fin à l'anomalie et lorsqu'elle est suffisamment sévère, elle dissuade les dirigeants de la commission de nouvelles fautes de gestion.

**1127.** Toutefois malgré le travail entrepris, l'analyse pratique du système montre encore la présence de failles qui n'ont pas été résolues. En conséquence de quoi, le contrôle de la gestion subit une altération quant à son efficacité. L'importance de ces limites pourrait à terme remettre en cause l'équilibre précaire trouvé par le législateur pour concilier l'ensemble des impératifs.



## **TITRE II - UNE EFFICACITÉ LIMITÉE**





**1128.** Le travail du législateur allié à celui de la jurisprudence pour remettre le contrôle de la gestion des dirigeants au cœur du droit des sociétés commerciales n'est pas toujours pleinement opérationnel. Si l'efficacité du contrôle a été indéniablement renforcée, certains dysfonctionnements persistent révélant les limites du système. Malgré toutes les dispositions visant à améliorer les pouvoirs et les conditions du contrôle, elles restent souvent inefficaces si elles ne sont pas en pratique mises en œuvre. C'est le cas des associés, dont on constate une certaine apathie à exercer leur contrôle (Chapitre I). De plus, lorsqu'on analyse de manière approfondie la législation, on s'aperçoit que des incohérences en marge demeurent et entachent de manière résiduelle l'efficacité du système (Chapitre II).

## Chapitre I - L'« apathie rationnelle » des associés

**1129.** Les organes sociaux de contrôle autres que les associés sont contrairement à ces derniers dans l'obligation de mettre en œuvre les prérogatives qui leur sont attribuées à cet effet par le législateur. La situation des associés est en revanche différente. S'ils ne sont assujettis à aucun devoir de contrôle<sup>979</sup>, l'exercice de ce dernier est largement recommandé dans la mesure où ils supportent les dettes sociales. L'*affectio societatis* inhérent à la position d'associé devrait les inciter à exercer un contrôle rigoureux de la gestion du dirigeant. De plus, les interventions législatives successives se sont attachées à améliorer les modalités d'exercice de ce contrôle. Or malgré ces arguments, on constate dans les faits une certaine apathie des associés. Ce constat incite à s'interroger sur les causes d'un tel désintérêt. Lorsqu'on examine les raisons d'une telle inertie, deux causes récurrentes sont mises en avant par les praticiens et la doctrine. La difficulté d'engager concrètement la responsabilité civile des dirigeants de sociétés *in bonis* (Section I) et ainsi que les difficultés procédurales inhérentes à l'exercice du contrôle (Section II). Compte tenu de ces deux arguments en défaveur du contrôle, on verra que l'on peut qualifier cette apathie de rationnelle<sup>980</sup>.

### Section I - « L'introuvable » responsabilité civile des dirigeants de sociétés *in bonis*

**1130.** Au-delà de l'amélioration de la transparence et du renforcement des contre-pouvoirs, celle du renforcement de la responsabilité civile des dirigeants dans les sociétés *in bonis* a été oubliée. Pourtant la responsabilité civile dans sa fonction normative devrait être un levier pour améliorer la gestion des dirigeants. Cependant, on peut douter aujourd'hui de l'effet normatif du droit de la responsabilité des dirigeants. L'état du droit témoigne d'une étonnante bienveillance à leur égard. « *On s'étonne que les dirigeants sociaux fassent exception et que la probabilité de les voir un jour répondre de leurs fautes demeure, hors le cas de la procédure collective, une hypothèse d'école*<sup>981</sup> ». Or il serait opportun de faire peser sur ces derniers une vraie menace de sanction afin de renforcer l'efficacité du droit au contrôle des associés. Les dirigeants devraient assumer les conséquences de leurs actes et être vraiment exposés aux conséquences de leurs manquements. Le droit de la responsabilité a un

<sup>979</sup> Il est du rôle de l'assemblée générale d'associés de procéder au contrôle de la gestion des dirigeants. Or selon nous, il s'agit d'une prérogative et non d'un devoir puisqu'aucune sanction directe n'est prévue en cas d'inaction. La même logique est suivie pour le droit de contrôle exercé à titre individuel par l'associé.

<sup>980</sup> Le choix des associés peut être qualifié de rationnel puisque lorsqu'on réalise la balance entre les avantages et les inconvénients à exercer le contrôle de la gestion des dirigeants, on constate que la balance pèse en défaveur du contrôle. Fort de ce constat, il est logique que ces derniers face preuve d'inertie en la matière. Le phénomène d'apathie rationnelle est notamment relevé par A. Quin (*Transformations du capitalisme et renforcement des droits de contrôle des actionnaires dans les sociétés cotées : l'approche du droit communautaire*, LPA 2007, n° 159, p.3), qui démontre que malgré les dispositions tendant à renforcer le droit au contrôle des actionnaires, ces derniers sont conduits à préférer ne pas exercer leurs droits dans la mesure où les coûts induits par cet exercice seraient supérieurs aux gains retirés.

<sup>981</sup> F-X. Lucas, *Loi de sécurité financière, corporate governance ou poudre aux yeux*, Dr. et patr, 2004, n° 122.

rôle crucial pour encadrer la gestion et éviter les déviances des dirigeants. Outre sa fonction réparatrice, le droit de la responsabilité peut avoir un caractère dissuasif en raison du montant des dommages-intérêts en cas de manquement à telle ou telle obligation.

**1131.** D'ailleurs, la hauteur de la rémunération des dirigeants sociaux s'explique normalement par le risque important de responsabilité qu'ils prennent à l'occasion de la gestion. Pourtant « *combien de dirigeants du Crédit lyonnais, de Vivendi Universal ou d'autres entreprises ruinées par leur incompétence ont vu leur responsabilité engagée ?* <sup>982</sup> » La réponse à cette interrogation met en lumière le fond du problème. Hormis, l'hypothèse des procédures collectives, les dirigeants de sociétés *in bonis* sont très peu exposés. Les actions en responsabilité civile demeurent en pratique exceptionnelles.

**1132.** Tant que la société reste *in bonis*, le dirigeant ne court ainsi que très peu le risque d'être inquiété. En effet, le régime de la responsabilité civile des dirigeants à l'égard des associés se révèle inadapté pour permettre une mise en jeu efficace de celle-ci (§1), tandis que les tiers ne peuvent quant à eux, engager la responsabilité personnelle du dirigeant que pour une faute détachable de ses fonctions. Or l'extrême rigueur du droit en la matière, ne leur permet pas de pallier l'inertie des associés (§2).

### **§1- Une responsabilité civile inadaptée à l'égard des associés**

**1133.** Pour rappel, le droit des sociétés prévoit deux types d'actions pouvant être mises en œuvre afin de mettre en jeu la responsabilité personnelle du dirigeant social fautif. Cependant malgré cette dualité, l'analyse de ces régimes révèlent leur inadaptation. L'efficacité du contrôle de la gestion subit un déficit tant en raison du manque de pragmatisme de l'action sociale (A) qu'en raison de la rigueur excessive des conditions de recevabilité de l'action individuelle (B).

#### **A- Une action sociale manquant résolument de pragmatisme**

**1134.** Pour comprendre le manque de pragmatisme de l'action sociale, il suffit d'en exposer brièvement la finalité et son régime juridique.

**1135. Finalité de l'action sociale** - L'action sociale est celle qui est exercée pour obtenir réparation du dommage causé par la société. Elle a pour objectif de restituer le fond social qui a été amoindri par le comportement fautif du dirigeant.

---

<sup>982</sup> F-X. Lucas, *ibid.*

**1136. Modalités de l'action** - Cette action est ouverte aux dirigeants (action *ut universi*) ainsi qu'aux associés (action *ut singuli*). Le manque de pragmatisme est démontré au regard des explications suivantes.

**1137.** Du point de vue du contrôle de la gestion, le dirigeant en fonction ayant commis une faute ne va pas de manière rationnelle engager sa propre responsabilité, même si en théorie il conserve la qualité pour agir au nom et pour le compte de la société<sup>983</sup>. On comprend aisément qu'il soit peu enclin à critiquer sa propre gestion. Il faut alors attendre que le dirigeant soit démis de ses fonctions, pour qu'un nouveau dirigeant puisse exercer l'action sociale ou bien dans le cadre d'une direction collective qu'une démarche de certains dirigeants soit exercée contre l'un d'entre eux. Même si cette dernière hypothèse pourrait revaloriser le contrôle, dans les faits, une entente tacite retire toute potentialité à cette action. En effet, de peur de subir la même sanction, les dirigeants sociaux des grandes sociétés préfèrent l'inaction.

**1138.** Quant aux associés, il est vrai que l'action sociale permet de reconstituer le fond social, ce qui bénéficie par suite à la masse des associés. Les dommages et intérêts sont versés dans la caisse sociale. Or lorsque qu'un associé exerce l'action *ut singuli*, les frais de procédure sont à sa charge. Le coût élevé de cette procédure et le bénéfice indirect potentiellement retiré par l'associé, constituent un frein indéniable à l'exercice de l'action par les associés. Comme le souligne le professeur Germain, on peut légitimement s'interroger sur l'opportunité pour un associé de déclencher une telle action :

**1139.** « *Quel actionnaire français en effet aura suffisamment le sens de la collectivité pour agir au seul profit direct de la collectivité et indirectement pour lui ? Certes l'association d'actionnaires prévue par la loi de 1966 le peut aussi, mais le législateur a à ce point compliqué sa formation qu'elle est très rare. Si bien que l'on pense de l'action sociale ut singuli, qui devrait être le bras vengeur de la société, ce que, dans un registre plus fondamental, Péguy disait de Kant : il a les mains pures, mais il n'a pas de mains*<sup>984</sup>».

**1140.** Outre les obstacles financiers, des obstacles procéduraux peuvent s'ajouter. Un arrêt du 14 mai 2013<sup>985</sup> illustre ce propos. Il nous renseigne sur une condition supplémentaire de la recevabilité de l'action sociale exercée par les associés. Parce qu'elle tend à réparer le préjudice subi par la personne morale, la loi exige la mise en cause de la société à l'article R. 225-170 du Code de commerce. Faute d'avoir satisfait à cette condition, l'action n'est pas

<sup>983</sup> Cass. com. 7 déc. 1982, JCP 1982. IV. 69 ; Rev. soc. 1984, p.54, note Randoux ; RTD civ. 1983, p.536, note Durry.

<sup>984</sup> M. Germain, *La responsabilité civile des dirigeants sociaux*, Rev. soc. 2003, p. 284.

<sup>985</sup> Cass. com., 14 mai 2013, n° 11-24.432, Rev. soc. 2014, p. 301, note C. Boillot.

recevable. Puisque l'action *ut singuli* est perçue comme une action de substitution, on comprend que la jurisprudence circonscrive le domaine de ce droit de l'associé. Néanmoins, elle rajoute une difficulté à l'exercice de l'action *ut singuli*, réduisant l'intérêt pour le législateur d'avoir érigé une action de substitution.

**1141.** De plus, l'action sociale ne peut être exercée que par un associé direct de la société. A ce titre, dans l'hypothèse d'un groupe de sociétés, cette action ne peut être engagée par l'actionnaire d'une société mère pour mettre en cause la responsabilité d'un dirigeant d'une autre société du groupe. Les juges ont considéré infondée l'action intentée par un actionnaire d'une société contre les dirigeants d'une filiale ayant commis un acte préjudiciable à la société mère, car elle n'était pas prévue par les textes<sup>986</sup>. Cette position jurisprudentielle ne favorise pas l'effectivité du contrôle de la gestion en réduisant les hypothèses de recours.

**1142.** Enfin, un dernier argument vient en défaveur du contrôle de la gestion. Il s'agit de la règle selon laquelle l'action *ut singuli* est restreinte aux dirigeants de droit<sup>987</sup>. Même si le rejet de cette hypothèse était prévisible, cette interprétation restrictive de la loi, ne favorise pas l'exercice de l'action sociale par les associés.

**1143.** Certains pourront arguer que ces modalités sont opportunes afin de protéger les dirigeants contre les abus des associés procéduriers. Or tout est une question d'équilibre ; en l'espèce, les associés ne disposent d'aucun intérêt direct à exercer la mise en jeu de la responsabilité du dirigeant. Aujourd'hui, l'action sociale *ut singuli* est un palliatif inopérant à l'inaction des dirigeants en place. Par conséquent, le curseur doit être déplacé pour s'assurer de l'effectivité de cette action dans la perspective de renforcer l'efficacité du contrôle de la gestion.

**1144.** *Qu'en est-il de l'autre moyen de sanctionner personnellement le dirigeant offert aux associés ?* Malheureusement, il semble que les conditions trop restrictives de recevabilité de l'action entament l'efficacité de la responsabilité civile des dirigeants sociaux.

### **B-Une action individuelle aux conditions de recevabilité trop restrictives**

**1145.** A rebours de la tendance jurisprudentielle exposée plus en amont<sup>988</sup>, visant à admettre plus largement les causes de responsabilité, les juges encadrent ici plus strictement les règles procédurales de l'action en responsabilité des dirigeants sociaux. Heureusement

---

<sup>986</sup> CA Lyon, 19 fév. 2004, n° 02-04.270.

<sup>987</sup> Cass. com., 19 mars 2013, n° 12-14.213, D. 2013, p. 833.

<sup>988</sup> V. supra p. 360 et s.

toutefois, ils n'exigent pas à l'instar de la jurisprudence retenue pour les tiers une faute séparable. Si le doute était permis, la Cour de cassation a mis fin à la discussion par un arrêt du 9 mars 2010 dans lequel elle affirme que « *la mise en œuvre de la responsabilité des administrateurs et du directeur général à l'égard des actionnaires agissant en réparation du préjudice qu'ils ont personnellement subi n'est pas soumise à la condition que les fautes imputées à ces dirigeants soient intentionnelles, d'une particulière gravité et incompatibles avec l'exercice normal des fonctions sociales* <sup>989</sup> ». Malgré cet élément le contentieux en la matière est peu nourri.

**1146.** Il serait sans doute trop optimiste de penser que la rareté des recours des associés à l'encontre des dirigeants sociaux dans les sociétés commerciales *in bonis* s'explique par l'absence de motifs d'insatisfaction de leur part. En réalité, c'est plutôt la difficulté pour les associés de faire reconnaître leur préjudice personnel (a) et de démontrer le lien de causalité (b) qui expliquent cette désertion des prétoires. D'autre part, la prescription trop courte ne favorise pas non plus l'exercice de recours (c).

#### **a-Un préjudice personnel difficilement admis par les juges**

**1147.** Afin d'admettre la recevabilité d'une action individuelle, les juges exigent un préjudice personnel à l'associé et distinct de celui subi par la société. D'une manière générale, la caractérisation d'un préjudice personnel reste délicate, puisque la jurisprudence adopte une position restrictive en la matière.

**1148.** En ce sens, de manière constante, la Cour déclare irrecevable l'action lorsque l'associé invoque la perte de valeur de ses titres quelle que soit la cause de ce préjudice. Quelques exemples illustrent le propos. Il en est ainsi de la ruine de la société organisée volontairement par le gérant<sup>990</sup> ou encore des détournements ayant entraîné une perte de dividendes<sup>991</sup>. En effet, lorsque le préjudice de l'associé résulte d'une perte de valeur du capital social, même totale en cas de réduction du capital à zéro, l'associé ne peut obtenir réparation dans la mesure où ce préjudice n'est « *que le corollaire de celui subi pas la société* <sup>992</sup> ».

**1149.** Les cas de préjudice personnel reconnus en justice sont rares. Parmi ces rares exemples on peut néanmoins citer la jurisprudence qui a retenu comme préjudice personnel et distinct :

---

<sup>989</sup> Cass. com., 9 mars 2010, n° 08-21.547, D. 2010, actu. 761, obs. Lienhard ; Rev. soc. 2010, p. 230, note Le Nabesque ; BJS 2010, p. 558, note Schmidt.

<sup>990</sup> Cass. com., 19 avr. 2005, n° 02-10.256, BJS 2005, p. 1252, note S. Messaï-Bahri ; Dr. et patr. 2005, n° 143, p. 91, obs. D. Poracchia.

<sup>991</sup> CA Paris, 6 déc. 2002, BJS 2003, p. 474, note J-F. Barbieri.

<sup>992</sup> Cass. com., 15 janv. 2002, n° 97-10.886 : Dr. et patr. 2003, n° 112, obs. D. Poracchia.

le fait de tenir à l'écart un associé des assemblées générales<sup>993</sup> ou bien le préjudice subi lorsqu'un dirigeant induit un associé en erreur sur les causes et les conditions de rachat de ses actions dans le but de l'évincer de la société<sup>994</sup> ou encore celui inhérent à la présentation de comptes infidèles par les dirigeants afin de provoquer l'acquisition de titres sociaux<sup>995</sup> ou enfin l'incitation des actionnaires, par les administrateurs et le directeur général, à investir dans les titres émis par la société et à les conserver en raison de fausses informations diffusées par les dirigeants, d'une rétention d'information et d'une présentation aux actionnaires de comptes inexacts<sup>996</sup>. Autant d'exemples qui montrent que la mise en cause de la responsabilité résulte de contrôles effectués qui révèlent les malversations.

**1150.** Ces exemples supposent presque tous une attitude discriminatoire à l'égard des associés. Hormis ces hypothèses, le préjudice personnel est difficilement retenu. Dès lors, « *il serait souhaitable que le droit français se donne un peu plus les moyens de traiter les préjudices atteignant une catégorie d'associé, sans pour autant constituer de préjudices de la société*<sup>997</sup> ». A ce titre, la reconnaissance un peu moins stricte du préjudice personnel revaloriserait l'action individuelle des associés, seule à même dans la pratique à engager la responsabilité civile des dirigeants sociaux. La difficulté de prouver un préjudice personnel s'accompagne de celle relative à la preuve de l'existence d'un lien de causalité.

### **b-Un lien de causalité difficilement prouvé**

**1151.** Par analogie au droit commun, la responsabilité personnelle des dirigeants sociaux n'est retenue que lorsque l'associé est en mesure de prouver l'existence d'un lien de causalité entre la faute du dirigeant et le préjudice subi. Or en pratique, la preuve de ce lien de causalité est souvent difficile à rapporter. Pour cause, « *les faits reprochés aux dirigeants sont souvent anciens, leur portée est complexe à apprécier car d'autres facteurs, notamment la conjoncture économique, ont influé sur le destin de la société*<sup>998</sup> ».

**1152.** Il y a un domaine où, le lien de causalité est difficile à rapporter tandis qu'il constitue un des seuls préjudices personnels admis par les juges, lorsque les dirigeants ont commis une faute dans leur devoir d'information envers les associés. Dans ce cas, le défaut d'information

---

<sup>993</sup> CA Montpellier, 17 déc. 1930, DP 1933 II, p. 45.

<sup>994</sup> Cass. com., 8 nov. 2005, n° 03-19.679.

<sup>995</sup> Cass. crim., 16 avr. 2008, n° 07-84.713, Dr. sociétés 2008, comm. n° 135, note R. Salomon ; BJS 2009, p. 175, note D. Chilstein.

<sup>996</sup> Cass. com., 9 mars 2010, nos 08-21.547 et 08-21.793.

<sup>997</sup> F. Descorps Declère, *Pour une réhabilitation de la responsabilité civile des dirigeants sociaux*, RTD com. 2003, p. 25.

<sup>998</sup> Y. Guyon et M. Buchberger, *Administration, responsabilité civile des dirigeants*, J.-Cl « sociétés traité », fasc. 132-10, 2016, spé. n° 76.



n'est jamais la seule cause du dommage. Celui-ci a seulement été aggravé par une mauvaise information. Le lien de causalité est encore plus ténu, lorsque les dirigeants ont commis une faute à l'occasion de la diffusion d'informations prévisionnelles. Ou encore lorsque le dommage résultant d'une faute du dirigeant a été aggravé par la négligence des commissaires aux comptes. En outre, la recevabilité de l'action dépend également du court délai de prescription dans laquelle elle est enfermée.

### **c-Une prescription trop courte**

**1153.** La prescription de l'action en responsabilité contre les dirigeants sociaux n'est pas uniforme. Si dans les sociétés de personnes, les textes prévoient une prescription de cinq ans, pour les sociétés anonymes, les sociétés à responsabilité limitée, les sociétés par actions simplifiées et les sociétés en commandite par actions elle n'est en revanche que de trois ans<sup>999</sup>. Ces délais de prescription sont relativement courts au vu de la difficulté pour les associés de relever un dommage notamment lorsque le dirigeant cherche à le dissimuler.

**1154.** Dans cette hypothèse, la position de la jurisprudence est stricte relativement au point de départ de la prescription ce qui ne bénéficie pas aux associés. Si la jurisprudence retenait antérieurement que « *le point de départ de la prescription triennale doit être fixé au jour où ce délit est apparu et a pu être constaté*<sup>1000</sup> », elle retient désormais de manière constante que le point de départ de la prescription commence à courir à compter du fait dommageable ou s'il a été dissimulé à compter de sa révélation. Or la dissimulation n'est pas facilement retenue par les juges<sup>1001</sup>. Elle suppose un comportement particulier et intentionnel du dirigeant. Par conséquent, à défaut de dissimulation, « *le seul fait dommageable est pris en compte, que ce dernier soit connu ou non par la victime*<sup>1002</sup> ». Sans volonté avérée de dissimulation par le dirigeant, il n'en reste pas moins qu'un fait dommageable peut être difficilement connu de l'associé en raison de l'asymétrie d'information inhérente au fonctionnement des sociétés. De plus, si l'associé manque de vigilance, son action est vouée à l'échec. Un arrêt illustre parfaitement ces propos<sup>1003</sup>.

**1155.** Un associé de société à responsabilité limitée recherchait la responsabilité personnelle du dirigeant pour une faute commise en 1993 et 1994 sur le fondement de l'article 1382 du

---

<sup>999</sup> Pour une étude d'ensemble V. : H. Rumeau-Maillot, *Les délais de prescription en droit des sociétés*, Rev. soc. 2012, p. 203.

<sup>1000</sup> Cass. crim. 7 déc. 1967, n° 66-91.972. Par la suite, la jurisprudence a fait évoluer la prescription dans un sens moins favorable aux associés.

<sup>1001</sup> Cass. com., 2 mai 1983, Rev. soc. 1984, p.775, note P. Didier.

<sup>1002</sup> I. Anaurd-Grossi, *La responsabilité des dirigeants*, Dr. et patr. 2003, n° 118.

<sup>1003</sup> Cass. com., 10 juill. 2012, n° 11-22.146, Rev. soc. 2012, p. 485, note V. Thomas.

code civil. Mais ce n'est qu'en avril 2008<sup>1004</sup> que l'associé engage cette action devant les tribunaux. Ce qui est particulièrement intéressant dans cet arrêt est que d'une part la Cour de cassation ferme la porte à l'éventualité de bénéficier de la prescription décennale de droit commun de l'article 1382 du Code civil pour ce qui relève de la responsabilité personnelle du dirigeant social. En effet, elle retient qu'il n'est pas possible de contourner une disposition de droit spécial, pour bénéficier d'une disposition de droit commun plus clémentine : « *Specialia generalibus derogant* ». D'autre part, la Cour rejette la dissimulation puisque le détournement n'a fait l'objet d'aucune manipulation comptable. Dans cette hypothèse, il revient aux associés d'être particulièrement vigilants dans l'examen des comptes sociaux au moment de leur approbation. « *L'associé victime ne peut se contenter de prétendre qu'il ignorait le fait dommageable et doit démontrer la manipulation*<sup>1005</sup> », ce qui nécessite un contrôle vigilant de la part des associés dans les conditions légales.

**1156.** Si cette position relativement stricte de la jurisprudence se justifie par la nécessité d'assurer une sécurité juridique dans le fonctionnement social des sociétés, néanmoins, elle ne favorise pas les recours engagés à l'encontre des dirigeants sociaux. Dès lors, pour concilier l'impératif de sécurité juridique avec celui du contrôle de la gestion, on pourrait faire usage de la maxime « *contra non valentem* », comme le préconise monsieur Rault<sup>1006</sup>, suivant laquelle la prescription ne peut courir à l'égard de ceux dont l'ignorance est légitime. Ainsi, il serait opportun d'assouplir, la jurisprudence relative à la reconnaissance de la dissimulation.

**1157.** Cette conception de la responsabilité civile s'explique peut-être par le fait qu'elle est considérée comme une responsabilité subsidiaire comme l'a écrit le Professeur Guyon<sup>1007</sup>. Cet auteur préconise l'utilisation d'autres procédés ou sanctions spécifiques à l'instar de la responsabilité de la société elle-même, responsabilité pénale ou révocation du dirigeant, voire de la cession forcée de ses parts, s'il s'agit d'un associé minoritaire. Or dans l'hypothèse d'une faute de gestion du dirigeant, la responsabilité de la société ne sera certainement pas recherchée par les associés et la révocation peut être annihilée par le jeu des pouvoirs.

---

<sup>1004</sup> Date antérieure à la réforme des délais de prescription par la loi n° 2008-561 du 17 juin 2008 qui prévoit désormais une prescription de 5 ans en matière civile.

<sup>1005</sup> V. Thomas, *Précisions sur la responsabilité du gérant SARL à l'égard des associés*, Rev. Sociétés 2012, p. 485.

<sup>1006</sup> O. Rault, *Le point de départ de la prescription de l'action en responsabilité de l'article 247 de la loi du 24 juill. 1966*, JCP E, 2000, p. 1462.

<sup>1007</sup> Guyon, *Administrateurs et dirigeants de sociétés*, J.-Cl. Resp. Civ., Fasc. IX bis, n° 5.

**1158.** Dès lors, en matière de contrôle de la gestion, la responsabilité civile du dirigeant est une question centrale. On s'interroge alors sur l'opportunité<sup>1008</sup> de maintenir une jurisprudence aussi réductrice qui entache l'efficacité du contrôle de la gestion. En effet, cette position conduit à ce que les associés ne puissent tirer de conséquences du contrôle mis en œuvre dans la mesure où il ne débouche pas sur une mise en cause de la responsabilité personnelle du dirigeant social. De plus, la portée négative de ce régime réducteur est amplifiée dans la mesure où dans la plupart des sociétés commerciales françaises, les associés sont les seuls organes de contrôle.

**1159.** On pourrait penser que les tiers sont susceptibles de venir en soutien des associés dans la mise en cause des dirigeants pour faute. Cependant, le même constat s'impose. La sévérité des juges en la matière, rend quasi impossible la possibilité pour les tiers de pallier l'inertie des associés.

## **§2-L'absence de palliatif des tiers en matière de responsabilité civile des dirigeants**

**1160.** L'effet normatif de la responsabilité pourrait être assuré à titre subsidiaire par les tiers. A défaut de pouvoir par eux-mêmes sanctionner au plan de la responsabilité civile le dirigeant, on peut penser que les tiers peuvent se substituer aux associés pour donner plein effet au contrôle de la gestion. *Qu'en est-il ?*

**1161.** *A priori*, les tiers ne détiennent aucun pouvoir pour contrôler la gestion interne de la société. On peut alors douter de leur capacité à se substituer au contrôle des associés. En réalité, il ne s'agit pas de procéder au contrôle de la gestion mais simplement de tirer les conséquences de fautes commises par le dirigeant social qui causent de manière concomitante un dommage à la société et aux tiers. Sous cet angle, les tiers pourraient se substituer aux associés pour mettre en cause la responsabilité personnelle des dirigeants fautifs et ainsi pallier de manière indirecte à une limite importante du contrôle de la gestion.

**1162.** La réponse à la question posée est conditionnée par le régime juridique de la responsabilité civile des dirigeants à l'égard des tiers. Le code de commerce nous apprend que les dirigeants sont responsables (...) envers les tiers, soit des infractions aux dispositions législatives ou réglementaires, soit des violations des statuts, soit des fautes commises dans leur gestion. Le législateur ne donne pas de plus amples précisions. Dès lors, il est revenu à la

---

<sup>1008</sup> Le législateur semble soucieux de réformer le droit de la responsabilité en droit civil avec notamment l'avant-projet de réforme (consultation publique du 29 avr. 2016). Cette remise en question amorcera peut-être, espérons-le, une intervention législative quant à la responsabilité civile des dirigeants en droit des sociétés ou à tout le moins un assouplissement de la jurisprudence en la matière.

jurisprudence de préciser *ultra legem* le régime juridique de la responsabilité personnelle des dirigeants sociaux envers les tiers.

**1163. L'écran protecteur de la personne morale-** Selon les juges, la responsabilité civile des dirigeants de sociétés *in bonis* se fonde sur la preuve d'une faute détachable des fonctions sociales. Cette solution s'applique depuis les années 1980<sup>1009</sup>. Cependant la Cour de cassation a affirmé clairement ce principe dans un arrêt de principe du 28 avril 1998<sup>1010</sup> dans lequel elle précise que « *la responsabilité personnelle d'un dirigeant à l'égard des tiers suppose qu'il ait commis une faute séparable de ses fonctions qui lui soit imputable personnellement* ».

**1164.** Cette exigence s'explique par le fait que le dirigeant agit au nom et pour le compte de la personne morale lorsqu'il contracte avec les tiers. L'écran de la personne morale protège le dirigeant contre les actions en responsabilité abusives. Les tiers contractent avec la société et non personnellement avec le dirigeant. C'est donc envers la société qu'il faut demander réparation, lorsque l'acte se révèle générateur de responsabilité civile. Cependant, une hypothèse permet aux tiers de contourner l'écran de la personne morale et d'engager la responsabilité personnelle du dirigeant. Dans ce cas, ne pourrait-on pas plus directement interpréter l'action en responsabilité ouverte à l'encontre des dirigeants au bénéfice des tiers comme un instrument de contrôle entre les mains des tiers.

**1165. La faute personnelle séparable des fonctions**<sup>1011</sup>- Il est vrai que les juges reconnaissent aux tiers le pouvoir d'engager la responsabilité personnelle des dirigeants sociaux lorsque ces derniers commettent une faute séparable de leurs fonctions. Cependant, la rigueur des juges pour retenir cette qualification prive d'intérêt cette prérogative.

**1166.** La position adoptée par la jurisprudence relativement à la qualification de cette faute est d'une extrême sévérité. En effet, cette preuve est bien délicate à établir, alors que le contentieux est nourri en la matière<sup>1012</sup>. La jurisprudence regorge d'exemples dans lesquels la faute non séparable ou non détachable n'a pas été admise. Cette situation conduit la doctrine à

---

<sup>1009</sup> Cass. com., 8 mars 1982, n° 79-10.412, Rev. soc. 1983, p. 573, note Guyon ; Cass. com., 4 oct. 1988, n° 86-18.974, RTD civ. 1989, n° 2, obs. Mestre.

<sup>1010</sup> Cass. com., 28 avr. 1998, n° 96-10.253, BJS 1998, p. 808, note Le Cannu ; JCP E 1998, n° 31, p. 1258. Puis réaffirmé par la suite V. not. : Cass. com., 18 déc. 2001, n° 97-22.024, Dr. soc. 2002, comm. 68 ; JCP E 2002, n° 22, p. 899, obs. Viandier et Caussain.

<sup>1011</sup> Sur le sujet voir les importants développements consacrés par S. Messaï-Bahri in *La responsabilité civile des dirigeants sociaux*, th., Paris I, 2005 ; S. Wdowiak, *La faute détachable des fonctions, condition de l'action en responsabilité du tiers contre le dirigeant : entre incertitudes et hésitations*, Gaz. Pal. 2013, p. 8.

<sup>1012</sup> E. Nicolas (in Rev. soc. 2013, p.535), relevait qu'en 2013, pas moins de 300 arrêts sur la base Légifrance concernaient la notion de faute détachable ou séparable des fonctions.

interpréter cette position comme une cause d'irresponsabilité<sup>1013</sup>, puisque dans les faits la mise en cause de la responsabilité personnelle du dirigeant pour sa gestion n'est presque jamais retenue et ce tant au plan interne qu'externe. Peu conforme à la morale des affaires, les juges du fond ont essayé de manière plus pragmatique de limiter la portée de la jurisprudence de la Cour de cassation, en qualifiant largement les comportements fautifs de fautes personnelles. Or cette nouvelle notion est venue davantage troubler la matière.

**1167.** Réagissant aux critiques et souhaitant clarifier la situation, la Chambre commerciale a fait évoluer sa position par un arrêt important du 20 mai 2003<sup>1014</sup> en précisant que la faute détachable est une faute intentionnelle, d'une particulière gravité incompatible avec l'exercice normal des fonctions. Cette décision amorçait l'abandon du critère organique de la définition de la faute séparable des fonctions. Des arrêts ultérieurs<sup>1015</sup>, confirment cette tendance. Dès lors la responsabilité personnelle du dirigeant peut être retenue même s'il n'a pas excédé les limites de ses attributions. La jurisprudence procède alors à la désobjectivation des critères de la faute séparable. C'est désormais l'anormalité du comportement du dirigeant social par rapport au standard du dirigeant professionnel normalement compétent, loyal et diligent qui permet de qualifier la faute.

**1168.** « *Dorénavant, ce qui fera sortir l'acte (par commission ou par omission) du dirigeant de l'orbite de la sphère sociale, sera, non plus son caractère organiquement extérieur au cadre des fonctions sociales, mais bien sa particulière anormalité au regard d'un standard de diligence et de compétence*<sup>1016</sup> ».

**1169.** De plus, la jurisprudence se prononce sur la portée des fautes pénales au regard de la notion de faute séparable. Par un arrêt du 28 septembre 2010<sup>1017</sup> la Cour de cassation retient que le dirigeant social « *qui commet une faute constitutive d'une infraction pénale intentionnelle, séparable comme telle de ses fonctions sociales, engage sa responsabilité civile à l'égard des tiers à qui cette faute a porté préjudice* ». Par cet attendu, elle pose le principe selon lequel toute faute pénale intentionnelle commise par le dirigeant est en tant que telle, séparable des fonctions.

---

<sup>1013</sup> En ce sens V. not. : V. Wester-Ouisse, *Critique d'une notion imprécise : la faute du dirigeant de société séparable de ses fonctions*, D. Aff. 1999, n° 161, p. 782 et s. ; not. P. Le Cannu, note sous Com. 28 avr. 1998, BJS 1998, p. 811 ; D. Ohl, note sous Com. 28 avr. 1998, JCP G 1998. II. 10177, p. 1921.

<sup>1014</sup> Cass. com., 20 mai 2003, n° 99-17.092, D. 2003, p. 1503, note A. Lienhard ; D. 2003, p. 2623, note B. Dondero ; Dr. et patr. 2003, p. 91, note D. Poracchia.

<sup>1015</sup> Cass. com., 6 nov. 2007, n° 05-13.402 ; Cass. com., 10 fév. 2009, n° 07-20.445.

<sup>1016</sup> E. Nicolas, *La notion de faute séparable des fonctions des dirigeants sociaux à la lumière de la jurisprudence récente*, Rev. soc. 2013, p. 535.

<sup>1017</sup> Cass. com., 28 sept. 2010, n° 09-66.255.

**1170.** Désormais, les dirigeants ne sont donc plus à l'abri des recours en responsabilité civile engagés par les tiers. L'évolution de la jurisprudence en cette matière montre une volonté de réhabilitation progressive de la responsabilité personnelle de ces derniers. On pourrait aussi interpréter cette évolution comme une volonté des juges de conférer aux tiers le pouvoir de se substituer aux associés pour retenir la responsabilité des dirigeants pour certains comportements fautifs perpétrés à l'occasion de la gestion de la société et ainsi corriger les failles du système de contrôle de la gestion.

**1171.** Pour autant, il faut noter que les dirigeants restent protégés des fautes commises par incompetence ou imprudence, ainsi que des fautes de gestion. A l'instar des Professeurs, Caussain, Deboissy et Wicker, cette limitation de la responsabilité aux fautes intentionnelles peut être interprétée comme « *une prime (...) à l'incompétence* <sup>1018</sup> ». En outre l'exclusion de la faute de gestion ne permet pas non plus au tiers d'engager la responsabilité personnelle du dirigeant. En conséquence de quoi, le dirigeant ne peut être mis en cause au titre de sa gestion que dans le cadre d'une procédure collective.

**1172.** De plus malgré ce changement de paradigme quant aux critères de qualification de la faute séparable, ces derniers restent exigeants. D'une part, les critères de la faute sont cumulatifs et doivent être caractérisés séparément. Les juges du fond ne pouvant se satisfaire d'une appréciation globale de la faute séparable. La Cour exige au travers une série d'arrêts<sup>1019</sup>, que la faute soit précisément définie dans ses éléments constitutifs. D'autre part, le maintien du critère de la gravité exclut que tout acte anormal soit qualifié de faute détachable des fonctions sociales. Le comportement du dirigeant ne devra pas être simplement anormal, mais être d'une particulière anormalité. Un arrêt du 31 mars 2015<sup>1020</sup> pourrait faire douter de la volonté de la Cour de cassation de maintenir l'exigence d'une particulière gravité de l'acte. Il pourrait amorcer « *le passage de la faute séparable conçue comme une faute particulièrement anormale à une faute simplement anormale* <sup>1021</sup> ». Cependant en l'état, rien ne permet de faire une telle supposition. Enfin, la divergence de points de vue entre les différentes chambres de la Cour de cassation ne fait que renforcer l'inopportunité de la jurisprudence relative à la faute séparable en droit des sociétés.

---

<sup>1018</sup> J.-J. Caussain., Fl. Deboissy et G. Wicker, JCP G 2004, I, 103.

<sup>1019</sup> Cass. com., 23 juin 2009, n° 08-15.312 ; Cass. Com., 23 nov. 2010, n° 09-15.339 ; Cass. com., 29 mars 2011, n° 10-11.027 ; Cass. com., 1<sup>er</sup> mars 2011, n° 10-16.816.

<sup>1020</sup> Cass. Com., 31 mars 2015, n° 14-14.575, Rev. soc. 2016, p. 102, note E. Nicolas.

<sup>1021</sup> E. Nicolas, *Vers une « normalisation » de la faute séparable des fonctions sociale*, Rev. soc. 2016, p. 102.

**1173.** Sans préjuger de l'évolution de la jurisprudence, il est possible d'affirmer aujourd'hui que les dirigeants sociaux « *sont possiblement responsables personnellement des fautes, considérées comme les plus graves, commises tant objectivement hors que dans le cadre, et qu'il en va ainsi, notamment, mais non exclusivement, de celles susceptibles de tomber sous le coup d'une incrimination pénale intentionnelle*<sup>1022</sup> ». Néanmoins, hormis l'hypothèse d'une faute intentionnelle d'une particulière gravité dont la jurisprudence a étendu quelque peu le domaine, les tiers ne peuvent se substituer pleinement aux associés pour pallier le manque d'efficacité de l'effet normatif de la responsabilité civile personnelle des dirigeants sociaux.

**1174.** Si la solution peut être saluée en considération d'autres impératifs du droit des sociétés, ce maintien de la faute séparable des fonctions par la jurisprudence ne sert pas l'efficacité du contrôle de la gestion. Il n'est peut-être pas du rôle des tiers de se substituer au contrôle des associés mais d'agir en complément en présence d'une grave faute de gestion. Le noyau dur doit rester le contrôle interne de la gestion, le contrôle externe<sup>1023</sup> doit seulement graviter autour de ce premier, à l'instar du marché qui exerce un contrôle économique sur les sociétés cotées.

**1175.** Dans ces conditions, il est nécessaire de faciliter les conditions de recevabilité de l'action en responsabilité civile des associés or le droit en l'état manque de pragmatisme. Cette nécessité de revaloriser l'action civile des associés est d'autant plus importante que ces derniers doivent aussi faire face à d'autres difficultés procédurales lorsqu'il s'agit de mettre en œuvre le contrôle.

## **Section II - Les difficultés procédurales inhérentes à l'exercice du contrôle**

**1176.** Le législateur a œuvré sans conteste au développement des prérogatives de contrôle des dirigeants afin de renforcer l'efficacité du système. Cependant en pratique, on constate que les associés éprouvent certaines difficultés à exercer leurs prérogatives. Outre la preuve d'un préjudice ou du lien de causalité, permettant la mise en jeu de la responsabilité civile des dirigeants, les conditions de recevabilité trop strictes des actions de contrôle tant sur le fond (§1) que sur la forme (§2) conduisent les associés à adopter parfois une position passive à l'égard du contrôle de la gestion.

---

<sup>1022</sup> E. Nicolas, art. cit., n° 21.

<sup>1023</sup> Le contrôle externe est exercé par l'ensemble des tiers qui gravitent autour de la société.

## **§1-Des conditions de fond de recevabilité trop strictes**

**1177.** Le législateur conditionne la mise en œuvre de certaines procédures de contrôle pourtant fondamentales, à la détention d'un seuil dans le capital des sociétés commerciales. C'est notamment le cas de l'expertise de gestion, ainsi que du droit d'alerte des associés. Au-delà des effets de seuils, d'autres difficultés peuvent être relevées.

**1178. L'obstacle des seuils légaux-** En théorie, ces effets de seuil sont nécessaires pour s'assurer du fonctionnement pérenne des sociétés commerciales. Les dirigeants sociaux doivent être en mesure de gérer la société sans risquer de subir abusivement les revendications d'associés minoritaires vindicatifs. Ces procédures ne doivent en aucun cas être instrumentalisées par ces derniers pour imposer leurs vues aux associés majoritaires ainsi qu'aux dirigeants. La loi de la majorité justifie donc ces seuils. Cependant l'intérêt de l'expertise ayant été élevé au rang de l'intérêt de l'entreprise et des tiers, il fallait dynamiser son recours. En ce sens, le législateur a abaissé les pourcentages requis pour qu'elle ne soit plus seulement une expertise de minorité. Toutefois, malgré cet assouplissement, on peut continuer à s'interroger sur la légitimité de ces seuils.

**1179.** Pour rappel, les associés peuvent recourir à l'expertise mais elle suppose de détenir un seuil de capital de 10% dans les sociétés à responsabilité limitée et de 5% dans les sociétés anonymes. Or en pratique d'une part, il n'est pas aisé notamment dans les sociétés anonymes au sein desquelles l'actionnariat est dispersé de réunir ce pourcentage. D'autre part, la référence au capital et non aux pourcentages de droits de vote semble aboutir à des résultats quelque peu contestables. Prenons l'hypothèse des détenteurs d'actions de préférence, des actionnaires ayant moins de 5% des droits de vote et plus de 5% du capital pourront exercer l'action tandis qu'elle sera refusée à ceux qui possèdent plus de 5% des droits de vote et moins de 5% du capital. Quant aux sociétés à responsabilité limitée, la loi maintient le calcul du pourcentage en fonction du capital et non en fonction des parts sociales ou actions, ce qui continue à priver du bénéfice de l'action l'associé de société à responsabilité limitée titulaire de parts d'industrie, lesquelles ne sont pas représentées dans le capital<sup>1024</sup>. Une telle exclusion ne semble pas justifiée dès lors que ce type d'apport permet de participer aux délibérations sociales et d'être intéressé à la gestion au même titre que tout associé.

**1180.** Sachant que l'expertise est une mesure charnière, permettant aux associés de constituer des preuves avant d'intenter une action en responsabilité contre les dirigeants sociaux, il est

---

<sup>1024</sup> CA Versailles, 23 nov. 1989, BJS 1989, p.169.



peu opportun de persister à encadrer les demandes d'expertises par des conditions de recevabilité qui se révèlent dans la pratique, encore trop strictes. De plus on peut « *douter que cet assouplissement modifie les pratiques*<sup>1025</sup> ». Un autre constat d'inapplication de la mesure peut être fait mais cette fois, au titre des autres bénéficiaires à l'instar du ministère public. Elle semble « *très peu utilisée par les parquets, faute sans doute d'information suffisante du ministère public sur les opérations de gestion envisagées par des sociétés in bonis*<sup>1026</sup> ».

**1181.** Il en est de même pour le droit d'alerte des associés qui exige lui aussi la détention d'un minimum de parts sociales. L'absence de contentieux sur la mise en œuvre de cette alerte peut être interprétée comme le signe de la difficulté à atteindre ce seuil dans les formes sociales prévoyant cette procédure.

**1182.** L'exigence de seuils légaux se retrouve aussi dans le droit reconnu aux actionnaires de demander l'inscription de projets de résolution à l'ordre du jour de l'assemblée<sup>1027</sup>. Considérant que l'assemblée est un lieu d'échange démocratique, on peut douter de la légitimité d'exiger un seuil de détention dans le capital pour pouvoir exercer un contrôle de la gestion. Tout associé dispose intrinsèquement de ce droit quel que soit son poids dans le capital et le meilleur moyen de l'exercer est de questionner le dirigeant sur la gestion sociale en cours d'assemblée, d'autant plus qu'une question inscrite à l'ordre du jour ne risque pas de porter atteinte à son bon déroulement<sup>1028</sup>. De plus, la participation peu effective des associés très minoritaires aux assemblées générales régule les abus. Dès lors, imposer un seuil semble inopportun d'autant plus que la procédure pour prouver cette détention n'est pas aisée. En effet, les demandeurs doivent justifier de la possession de la fraction de capital requise en transmettant avec leur demande une attestation d'inscription en compte justifiant de l'enregistrement des titres au troisième jour ouvré précédant l'assemblée. Quelques autres difficultés entachant l'efficacité du contrôle peuvent encore être soulignées.

**1183. Autres obstacles-** L'expertise de gestion et l'expertise *in futurum* révèlent d'autres difficultés. Outre l'effet de seuil l'expertise de gestion doit porter sur une opération de gestion. A ce titre, la remise en cause de la politique générale de la gestion n'est pas

---

<sup>1025</sup> L. Godon, *L'expertise de gestion*, Rép. sociétés Dalloz, 2015, n° 18.

<sup>1026</sup> R. Vatinet, *Expertise de gestion*, J.-Cl « Commercial », fasc. 1079, 2010, spé. n° 3.

<sup>1027</sup> L'art. L. 225-105 du C.com. prévoit qu'« un ou plusieurs actionnaires représentant au moins 5 % du capital ou une association d'actionnaires répondant aux conditions fixées à l'article L. 225-120 ont la faculté de requérir l'inscription à l'ordre du jour de points ou de projets de résolution ».

<sup>1028</sup> Il existe un risque d'alourdir la tenue de l'assemblée générale si le nombre de résolutions est important. Toutefois la procédure à suivre encadre les dérives. L'art. R. 225-71 impose que la demande d'inscription d'un point à l'ordre du jour soit transmise par lettre recommandée avec AR au plus tard le 25<sup>ème</sup> jour précédant l'assemblée, elle doit être motivée et accompagnée du texte des projets de résolution, qui peuvent être assortis d'un bref exposé des motifs.

recevable. Le critère organique retenu par la jurisprudence exige que l'opération de gestion procède d'une décision sociale émanant exclusivement de l'organe dirigeant. Par conséquent, l'associé doit identifier clairement ses griefs.

**1184.** Quant à l'expertise *in futurum*, elle peut venir au secours des associés lorsque l'expertise de gestion n'est pas admise. Cependant, là encore une difficulté apparaît lorsqu'on y regarde de plus près. En effet, une telle action requiert d'invoquer un motif légitime. Toutefois, dans les faits ce motif est difficile à établir puisque, « *la légitimité du motif s'apprécie à l'aune du litige dont l'expertise va faciliter la préparation*<sup>1029</sup> ».

**1185.** Même si la rigueur de ses règles peut être nuancée par le recours notamment à l'action de « groupe », cette dernière n'est pas encore rentrée dans les mœurs françaises. De plus, on peut douter que ces prérogatives de contrôle parviennent dans les faits à motiver davantage des actionnaires minoritaires ne disposant pas du pouvoir d'infléchir la politique dictée par les majoritaires. Enfin, on peut souligner que l'intervention du juge dans le cadre de ces procédures n'en facilite pas non plus l'exercice par les associés.

## **§2-Des conditions procédurales de recevabilité trop complexes**

**1186. La procéduralisation du contrôle** - La procéduralisation du droit des sociétés<sup>1030</sup> est une tendance qui s'infiltré dans le système de contrôle de la gestion. Elle résulte de « *l'extension du rôle des règles de procédure dans le domaine juridique*<sup>1031</sup> ». Le droit des sociétés n'est pas en reste puisque le législateur a privilégié en ce domaine le recours aux règles procédurales afin de garantir le contrôle de la gestion.

**1187.** Cependant, la complexité des procédures de contrôle peut en pratique desservir leur efficacité. En effet, une procédure si bonne soit-elle sera dépourvue de toute utilité si elle n'est pas mise en œuvre. Or les conditions procédurales de certains mécanismes de contrôle peuvent être un frein à leur effectivité. Partant de l'hypothèse que les associés ne possèdent pas tous une connaissance précise du droit des sociétés, les procédures de contrôle devraient être simplifiées. Ce n'est cependant pas le cas de toutes les procédures. Prenons encore une fois celui de l'expertise, qui est une prérogative bien connue des associés. L'instauration d'une procédure dédoublée relativement au régime applicable dans les sociétés par actions

---

<sup>1029</sup> S. Schiller et F. Patrizio, *Les minoritaires sacrifiés dans les entreprises de taille intermédiaire*, D. 2013, p. 2862.

<sup>1030</sup> Sur le sujet : A. Bennini, *La procéduralisation du droit des sociétés*, RTD com. 2010, p. 499.

<sup>1031</sup> G. Mouillon, *L'indétermination de la norme et la procéduralisation du droit : l'exemple de l'arbitrage en droit interne*, th., Paris I, 2001, n° 295, p. 250.

complexifie l'expertise. Les actionnaires devant respecter une phase précontentieuse sous peine d'irrecevabilité de leur demande devant le juge.

**1188.** Ainsi, la multiplication des strates dans les procédures de contrôle ajoutant à la contrainte du formalisme déjà lourde pour les associés impactent l'efficacité des mécanismes de contrôle de la gestion. A cela s'ajoute l'insécurité juridique inhérente au recours systématique au juge pour faire valoir leur droit au contrôle.

**1189. Le recours systématique au juge** – L'analyse de ces diverses procédures révèle un point commun. La plupart d'entre elles impliquent un recours au juge ; que ce soit pour demander une injonction, la nomination d'experts, la nullité d'une décision ou encore la mise en jeu de la responsabilité du dirigeant, le juge est devenu incontournable.

**1190.** En matière d'information par exemple, pour faire valoir leur droit, les associés peuvent demander en justice la communication des documents sous astreinte, demander la nomination d'un mandataire et/ ou l'octroi de dommages et intérêts. Toutes ces demandes sont exercées devant le juge. Or, ce recours systématique implique une série de conséquences qui peuvent desservir l'effectivité du contrôle. En pratique, beaucoup d'associés expriment une certaine réticence à demander en justice l'exécution de leurs droits.

**1191.** *« Il a été montré un phénomène d'apathie rationnelle conduisant les associés à préférer ne pas exercer leurs droits, parce que les coûts induits par cet exercice seraient supérieurs aux gains retirés<sup>1032</sup> ».*

**1192.** En effet, certains paramètres tels que le coût de la justice, la longueur des procès découragent souvent les demandeurs à l'action. Plus l'exercice du contrôle est coûteux et difficile, plus il est vraisemblable que les associés y renonceront. Plus encore, l'aléa inhérent à l'intervention du juge quant à l'appréciation de la recevabilité des actions de contrôle est un facteur déterminant dans le choix des associés d'exercer ou non leurs prérogatives de contrôle. La réalité processuelle n'est donc pas favorable au contrôle de la gestion dans la mesure où elle conduit à une inertie des associés.

---

<sup>1032</sup> A. Quin, art. cit., p. 3.



## *Conclusion du Chapitre I*

**1193.** A l'écoute de ces différents éléments, les associés n'ont que peu d'intérêts à engager la responsabilité civile des dirigeants sociaux. Même s'ils sont responsables du passif social, la balance coût/bénéfice penche du côté de l'inertie des associés en ce domaine. Dès lors, même s'il dessert l'efficacité du contrôle, ce choix semble rationnel compte tenu de l'état de droit positif en la matière. Dans ces circonstances, il paraît nécessaire pour le législateur d'entamer une refonte du régime de responsabilité civile des dirigeants dans les sociétés *in bonis* au risque d'entamer la performance des sociétés. Cependant, cet argument n'est pas tenable dans la mesure où le développement des assurances encadre ce risque. En outre, il nous semble que le mouvement de dépenalisation du droit des sociétés devrait être suivi par un renforcement corrélatif de la responsabilité civile des dirigeants pour mettre fin au dévoiement du droit en la matière. La plus grande souplesse procédurale offerte par la voie pénale ainsi que la bienveillance des tribunaux répressifs incitent les associés à sanctionner les dirigeants sociaux pour faute de gestion<sup>1033</sup>, non pas par la voie naturelle, mais par la voie pénale. De plus, sans aller vers une mise en cause systématique de leur responsabilité<sup>1034</sup>, le droit peut trouver un compromis raisonnable.

**1194.** Enfin, outre la question majeure de la responsabilité civile des dirigeants sociaux et des difficultés procédurales liées à l'exercice du contrôle, des incohérences législatives demeurent en marge du système de contrôle de la gestion.

---

<sup>1033</sup> Dans la mesure où une infraction pénale a été commise.

<sup>1034</sup> A l'instar de la jurisprudence antérieure qui retenait automatiquement la responsabilité civile personnelle des dirigeants sociaux. En ce sens : Cass. com., 28 nov. 1961, RTD com. 1962, p. 425, obs. P. Rodière ; Cass. com., 12 juin 1978, Rev. soc. 1979, p. 307.



## **Chapitre II - Les incohérences législatives persistantes**

**1195.** Malgré les interventions législatives récurrentes pour organiser en droit le contrôle de la gestion, certaines incohérences persistent au risque d'entacher l'efficacité du système. Si certaines se manifestent par une absence de dispositions légales pour donner un plein effet au contrôle (Section I), d'autres viennent volontairement à rebours (Section II). Dès lors, on peut s'interroger sur les raisons du législateur.

**1196.** Dans l'hypothèse de carences, *est-ce un oubli de la loi, une certaine frilosité ou une volonté de ne pas légiférer ? Tandis que pour les dispositions allant dans un sens contraire à l'efficacité du contrôle, sont-elles les marques d'impératifs sociaux plus importants que le contrôle ?*

**1197.** En matière de contrôle, l'équilibre est précaire et c'est toute la difficulté du problème. *Ces incohérences altèrent-elles l'efficacité du système à la marge ou emportent-elles des conséquences importantes ?* Telles sont les questions auxquelles on tentera d'apporter des réponses dans ce dernier chapitre.

### **Section I - La persistance de lacunes légales**

**1198.** Paré de toutes les bonnes intentions pour garantir l'efficacité du système de contrôle, le législateur n'est pas allé au bout de sa démarche dans certains domaines. On peut déplorer cette carence, lorsque la loi de manière intentionnelle ou non restreint la portée du contrôle. En ce sens, certaines dispositions n'ont pour effet que de contrôler le respect des formalités imposées au dirigeant sans que celles-ci ne conduisent à un contrôle de fond (§1).

**1199.** De plus, le système de contrôle de la gestion minutieusement pensé révèle une limite majeure. Le contrôle de la gestion français est un système à géométrie variable (§2), caractérisé par une absence de régime unitaire. Nombreux sont les facteurs qui interfèrent et conditionnent l'efficacité du contrôle ce qui conduit à un manque de lisibilité qui dessert considérablement le contrôle de la gestion.

#### **§1-Un contrôle parfois limité à la forme**

**1200.** Dans un souci de consensus, afin de renforcer le contrôle de la gestion tout en prenant garde à ne pas imposer un trop grand nombre de contraintes sur les dirigeants sociaux, le législateur a donc parfois préféré un contrôle se voulant moins intrusif. Un contrôle formel a supplanté un contrôle substantiel des informations communiquées par le dirigeant. Ce

positionnement laisse un goût d'inachevé. En effet, malgré la valeur ajoutée de ces nouvelles dispositions, elles présentent certaines limites. L'absence de contrôle du contenu des informations délivrées permet une conformité de façade ; la transparence dérive alors vers l'apparence<sup>1035</sup> (A). Au-delà de la vacuité de certaines obligations d'information, l'absence de sanction renforce l'inutilité d'autres dispositions de contrôle (B), les plaçant ainsi au rang d'obligations formelles.

#### **A- La possibilité d'une conformité de façade**

**1201.** Si le recours au droit souple<sup>1036</sup> dans la réglementation des sociétés cotées doit être salué, et interprété comme un signe de modernisation du droit des sociétés, les dispositions qui en sont issues présentent certaines faiblesses. D'autres dispositions émanant quant à elles du droit dur, portent en germe le même reproche. C'est le cas notamment des règles relatives au rapport de gestion ainsi qu'au contrôle interne. Dans ces domaines, les obligations d'information mises à la charge des dirigeants peuvent être caractérisées de formelles puisque le législateur n'organise aucun contrôle de la substance de ces informations.

**1202.** Quel qu'en soit la source, ces obligations de type informationnel se limitent à un contrôle formel au détriment du contrôle de la substance. Cette situation est porteuse de dérives de la part des dirigeants.

**1203. Les faiblesses du droit souple** - L'intégration de dispositions issues du droit souple est un gage incontestable de flexibilité. Résultat d'un compromis, les dispositions impératives ne doivent pas primer dans tous les aspects du droit des sociétés. On le rappelle, le droit doit préserver une part d'autonomie de gestion des dirigeants pour tendre vers la relance de l'économie et favoriser la performance des sociétés. Cela étant, cette souplesse est porteuse de faiblesses qui atténuent l'efficacité de certaines mesures de contrôle instaurées par le législateur. En matière de droit souple, la règle « se conformer ou s'expliquer <sup>1037</sup> » présente incontestablement certaines limites.

**1204.** La difficulté majeure de ce principe est qu'il « *ne permet que de vérifier la conformité formelle aux principes de gouvernement d'entreprise et non de déterminer si ceux-ci ont été effectivement mis en œuvre et si les justifications apportées en cas de non-respect sont*

---

<sup>1035</sup>Y. Chaput, *La transparence : clair-obscur juridique d'un concept économique*, in Colloque Deauville *Entreprise : information et rumeur*, RJC 2005, n° spécial, p. 11.

<sup>1036</sup> Droit souple, droit dur sont des traductions du droit anglo-saxon *soft law* et *hard law*. La notion de droit souple fait référence à des règles de droit non obligatoires, un droit incitatif visant à imposer de nouveaux usages tandis que la notion de droit dur fait quant à elle référence au droit impératif.

<sup>1037</sup> V. supra p. 52 et s.



*crédibles*<sup>1038</sup> ». Elle engendre de manière récurrente une information elliptique, voire inexistante concernant la dérogation, partielle ou totale à un code de référence. La plupart des sociétés refusent de fournir des informations détaillées sur les raisons pour lesquelles elles décident de s'écarter de l'application d'une règle. En effet dans 60% des cas, les sociétés qui décident de ne pas appliquer certaines des recommandations ne fournissent aucune explication ou bien se limitent à une explication générale ou limitée. Ainsi le plus souvent, les références des dirigeants sont trop généralistes pour offrir la possibilité aux destinataires de l'information d'en apprécier les véritables motivations. De plus, le commissaire aux comptes s'assure seulement que la déclaration sur le gouvernement d'entreprise a bien été établie et publiée. Par conséquent, en l'absence d'un examen de fond, le contrôle des associés en la matière n'est pas rendu aisé.

**1205.** C'est pour ces raisons que l'Autorité des marchés financiers, envisage de prendre des dispositions afin de « *renforcer les explications données par les sociétés qui s'écartent des bonnes pratiques recommandées*<sup>1039</sup> ». C'est donc pour marginaliser l'adhésion symbolique aux codes, les justifications standardisées qu'elle recommande aux sociétés, dans son rapport de 2015, d'indiquer clairement le code auquel elles ont décidé de se référer, d'expliquer les raisons qui motivent leur choix de ne pas appliquer certaines des recommandations de ce code choisi et, en cas de mise en conformité progressive, de donner une explication détaillée sur les différentes étapes envisagées. Dans le même sens, le Code de référence de Afep-Medef, précise en outre depuis sa révision en novembre 2016 que les explications fournies doivent être compréhensibles, pertinentes et circonstanciées. Elles doivent être en outre étayées et adaptées à la situation particulière de la société et indiquer de manière convaincante, en quoi cette spécificité justifie la dérogation aux principes de gouvernement d'entreprise. Enfin le code MEDEF-AFEP prévoit depuis 2013 la mise en place d'un Haut comité de gouvernement d'entreprise en charge d'assurer le suivi de l'application des principes posés par le code. L'une de ces forces est de pouvoir s'autosaisir lorsqu'une société fait preuve d'un manque de rigueur dans ses explications en la matière. Pourtant malgré ces mesures, la situation semble inchangée. Toutefois, il faut relativiser la portée de cette limite.

**1206.** En effet, la portée des lacunes n'est pas la même suivant la disposition considérée. Pour ce qui est de la règle *comply or explain*, les conséquences de l'absence de contrôle au fond des informations communiquées doivent être relativisées. Les investisseurs ne portent d'intérêt à

---

<sup>1038</sup> A. Sotiropoulou, *Les obligations d'information des sociétés cotées, en droit de l'Union européenne*, Larcier, 2012, p. 382.

<sup>1039</sup> AMF, *Plan stratégique de l'Autorité des marchés financier 2009-2012*, 29 juin 2009, p. 8.

ces dispositions que lorsque les sociétés éprouvent des difficultés économiques ; en dehors de cette hypothèse, les informations n'ont qu'une valeur morale<sup>1040</sup>. Une présomption de bonne gouvernance joue au bénéfice des dirigeants tant que la société est *in bonis*. C'est d'ailleurs pour cela que le législateur a pu recourir au droit souple. S'agissant d'un principe dont l'essence est la flexibilité, les lacunes en la matière ne devraient certainement pas poser de problèmes insurmontables. Les dispositions propres aux sociétés cotées ne sont pas les seules à montrer certaines limites. Le droit dur malgré l'importance des dispositions en cause présente aussi des lacunes.

**1207. Faiblesses du droit dur** - Le rapport de gestion complété par celui sur les règles de contrôle interne et de gestion des risques sont des piliers de la transparence de la gestion dans les sociétés commerciales. Si le législateur s'attache à préciser minutieusement le contenu de ces rapports, en revanche, il ne prévoit aucun contrôle de la substance de ces derniers, sauf par les associés lors de l'assemblée. C'est donc là que le bât blesse. Le contrôle exercé se limite ici encore à un contrôle purement formel.

**1208.** C'est notamment le cas du commissaire aux comptes qui dans son rapport joint au rapport général doit vérifier au visa de l'article L. 823-10 alinéa 2 du code de commerce, la concordance du rapport de gestion avec les comptes annuels. Le commissaire aux comptes exerce à n'en pas douter un contrôle substantiel de l'information comptable et financière contenue dans le rapport de gestion ainsi que parmi les informations relatives aux procédures de contrôle interne, celles relatives à l'élaboration et au traitement de l'information comptable et financière, comme en atteste l'article L. 225-235 du code de commerce qui indique que « *Les commissaires aux comptes présentent, dans un rapport joint au rapport mentionné au deuxième alinéa de l'article L. 225-100, leurs observations sur le rapport mentionné, selon le cas, à l'article L. 225-37 ou à l'article L. 225-68, en ce qui concerne les informations mentionnées à l'article L. 225-37-5* ».

**1209.** Cependant, pour les autres informations<sup>1041</sup>, il en va différemment. L'article L. 225-235 poursuit en précisant qu'« *ils attestent de l'existence des autres informations requises dans ce rapport par les articles L. 225-37-3 et L. 225-37-4* ». La loi requiert des commissaires de simplement attester l'établissement des informations et organise un simple contrôle de régularité formelle pour les informations de nature autre que comptables et financières. A sans tenir à la lettre de la loi, la sincérité de ces informations ne serait pas contrôlée et seule

---

<sup>1040</sup> J-B. Poulle, *La mise à l'épreuve du principe « se conformer ou expliquer » au Royaume-Uni*, JCP E 2009, n° 5, 1123.

<sup>1041</sup> Celles qui ne sont pas comptables ou financières mais pour autant exigées dans les rapports.

l'omission d'informations obligatoires doit être signalée par le commissaire aux comptes. Dès lors, compte tenu de l'importance de ces informations, on peut regretter que le législateur ne pousse pas le contrôle au-delà de la forme et ce malgré le principe de non-immixtion dans la gestion qui pèse sur le commissaire aux comptes.

**1210.** L'imprécision des textes en la matière est largement préjudiciable à l'efficacité du contrôle de la gestion. Si l'appréciation du contenu de ces rapports est laissée aux associés à l'occasion de l'assemblée générale annuelle, on peut déplorer des exigences légales insuffisantes relatives à l'implication des commissaires aux comptes. Sans s'immiscer dans les méandres de la gestion, ces derniers ont davantage de compétences techniques pour apprécier la substance des informations que la collectivité d'associés. A ce titre d'ailleurs, la norme d'exercice professionnelle 9505 des commissaires aux comptes invite expressément ces derniers à dépasser le stade du contrôle formel. Si un contrôle de sincérité n'est pas affirmé pour les informations autres que comptables et financières, il n'en reste pas moins qu'« à la lecture du rapport du président », le commissaire aux comptes peut « relever, le cas échéant, les informations qui lui apparaîtraient manifestement incohérentes. Dans une telle situation, il s'entretient avec le président à l'effet d'obtenir les modifications qu'il estime nécessaires. À défaut (...), le commissaire aux comptes formule une observation dans son rapport sur le caractère manifestement incohérent de ces autres informations ». Ce dépassement du contrôle formel est d'autant plus justifié que la doctrine s'accorde à dire que la mission traditionnelle du commissaire aux comptes s'est largement étendue, passant du statut de contrôleur comptable à celui de contrôleur de gestion<sup>1042</sup>.

**1211.** En pratique, en l'absence de disposition légale en ce sens, les commissaires aux comptes ne forcent pas le contrôle de la cohérence. En effet, lorsque les sociétés font des déclarations de conformité partielles et qu'elles ne justifient ces écarts au code que de manière lapidaire, des incohérences manifestes équivalant à une omission partielle d'information se distinguent alors qu'elles ne suscitent en pratique aucune mention ni réserve particulière de la part des commissaires aux comptes.

**1212.** Par conséquent, la conformité de façade<sup>1043</sup> en ces deux domaines, inhérente à des lacunes législatives compromet plus largement l'efficacité du contrôle. D'ailleurs cette

---

<sup>1042</sup> Si le principe de non-immixtion reste d'actualité, les exceptions à ce principe tendent à se multiplier en raison de l'extension des missions des commissaires aux comptes.

<sup>1043</sup> V. Magnier, *Le principe « se conformer ou s'expliquer », une consécration en trompe l'œil ?* JCP E 2008, n° 23, act. 280.

conformité seulement formelle est d'autant plus pratiquée qu'il n'existe pas de sanctions spécifiques pour éviter de tels comportements.

### **B-Des mécanismes de contrôle non sanctionnés : la *lex imperfecta***

**1213.** Le rôle de la sanction quant à l'efficacité d'une mesure de droit a déjà été exposé plus en amont<sup>1044</sup>. Sans reprendre ces développements on comprend l'importance des sanctions. Or pour certaines dispositions mettant en œuvre un contrôle de la gestion, le législateur n'a pas prévu de sanctions spécifiques. C'est donc les sanctions de droit commun qui s'appliquent, altérant ainsi l'efficacité de certaines obligations à la charge des dirigeants. La portée de ces lacunes doit être appréciée compte tenu de l'importance des mécanismes non sanctionnés pour déterminer les conséquences de ces manquements.

**1214. L'absence de sanctions spécifiques** - L'absence de rapport sur la gérance dans les sociétés en nom collectif ainsi que dans les sociétés en commandite simple et dans les sociétés à responsabilité limitée peut entraîner l'annulation des délibérations de l'assemblée. De même que dans les sociétés anonymes, l'absence du rapport lors de la présentation annuelle des comptes entraîne la nullité de l'assemblée.

**1215.** En revanche, l'omission de telle ou telle mention requise par la loi n'est pas automatiquement sanctionnée par la nullité de l'assemblée au plan civil. Dans le même sens au plan pénal, seules l'absence de mention dans le rapport de l'activité et des résultats de l'ensemble de la société, des filiales et des sociétés qu'elle contrôle, par branche d'activité, ainsi que les prises de participation significatives sont sanctionnées<sup>1045</sup>. Dès lors le contrôle formel opéré sur le rapport de gestion ne bénéficie pas de sanctions spécifiques, ce qui affecte l'efficacité du contrôle.

**1216.** De même, d'un point de vue substantiel, on s'aperçoit que lorsque le contenu du rapport se révèle insatisfaisant, il n'existe pas non plus de sanctions spécifiques. Les associés doivent avoir recours à l'hypothèse de la faute de gestion pour engager la responsabilité civile des dirigeants sociaux. Or compte tenu de la difficulté pour les associés de rechercher une telle responsabilité, l'obligation d'établir un rapport de gestion perd en efficacité.

**1217.** Quant au rapport sur le contrôle interne, le défaut d'établissement du rapport sur le contrôle interne et la gestion des risques n'est pas sanctionné pénalement. Il n'existe pas de

---

<sup>1044</sup> V. supra p. 297 et s.

<sup>1045</sup> Art. L. 247-1 du C.com.

sanctions spécifiques. Il revient aux commissaires aux comptes de relever les faiblesses du rapport, voire sa carence. C'est par le biais de l'injonction de faire en référé que tout intéressé pourra en cas de carence, demander au président du tribunal, d'enjoindre sous astreinte au dirigeant de procéder au dépôt des pièces et actes au registre du commerce et des sociétés auquel celui-ci est tenu par des dispositions législatives ou réglementaires. En outre la responsabilité civile du président peut être engagée dans les conditions de droit commun. Si l'injonction de faire possède une certaine efficacité, la sanction pénale reste en théorie la plus dissuasive. De plus, les limites de la responsabilité civile des dirigeants ne favorisent pas l'effectivité de l'information en cause. Si le recours au droit commun altère l'effet contraignant des obligations imposées au dirigeant sociaux, l'absence pure et simple de sanction prive de tout effet les obligations correspondantes.

**1218. L'absence de sanctions** - Une autre hypothèse dessert encore plus l'efficacité du contrôle : il s'agit de l'impossibilité de sanctionner le dirigeant en l'absence de dispositions législatives prévues à cette fin. Certaines obligations ne bénéficient pas de sanction : c'est le cas notamment de la règle citée plus haut de « *se conformer ou s'expliquer* »<sup>1046</sup> applicable aux sociétés cotées. On peut douter<sup>1047</sup> de la possibilité d'une sanction spécifique lorsqu'il est reproché au dirigeant de ne pas avoir donné de justification pertinente l'autorisant à déroger à certains principes de bonne gouvernance. De plus, cette hypothèse ne justifie pas le recours au droit commun puisqu'en tant que concept de *soft law*, ce dispositif n'est pas contraignant. Par conséquent, ces manquements restent en pratique non sanctionnés. C'est donc la légitimité même de cette règle qui est remise en question.

**1219.** A l'encontre de cette position défavorable au principe « se conformer ou s'expliquer », l'Autorité des marchés financiers dispose d'un droit de regard important puisqu'elle publie sur la base des informations des sociétés cotées, un rapport annuel dans lequel, elle peut sanctionner indirectement les dirigeants peu diligents, en les citant publiquement. Si cette disposition tirée du « *name and shame* » anglo-américain peut s'avérer dissuasive, elle présente néanmoins des limites « *dans la mesure où elle doit veiller à ne pas stigmatiser un comportement dans une société qui par ailleurs, peut se révéler plutôt compliant* »<sup>1048</sup>. Par ailleurs, si l'intervention du haut comité chargé d'assurer le suivi de l'application des recommandations du code MEDEF-AFEP est aussi intéressante du point de vue des sanctions dans la mesure où il permet, lorsque son avis n'est pas suivi par une société, de faire figurer

---

<sup>1046</sup> V. supra p. 52 s.

<sup>1047</sup> A instar de V. Magnier, art. cit., act. 280.

<sup>1048</sup> V. Magnier, M-A. Noury et M. Germain, *La gouvernance des sociétés cotées*, JCP E 2013, n° 47, 1638.

celui-ci dans le rapport de gestion. Les associés pourront alors se saisir de la question. Toutefois ici encore, la sanction est indirecte car « *persuasion n'est pas sanction*<sup>1049</sup> ».

**1220.** Jusqu'à présent l'éventuelle sanction de la règle restait au stade des propositions. Pourtant, une sanction concrète pourrait être envisagée : la mission d'information de l'Assemblée nationale sur la transparence de la gouvernance des grandes entreprises proposait une sanction s'inspirant des pouvoirs d'injonction et de sanction administrative, disciplinaire et pécuniaire dont dispose l'Autorité des marchés financiers pour les appliquer à ce domaine précis. Il reviendrait alors à cette Autorité de pouvoir enjoindre les dirigeants sociaux de se conformer à l'obligation de se référer à un code de gouvernement d'entreprise et en cas d'inexécution, elle pourrait prononcer des sanctions pécuniaires. De plus, un dispositif analogue pourrait être appliqué pour sanctionner l'insuffisance des dirigeants quant à leurs justifications de dérogations aux dispositions du code.

**1221.** Le code préfère pour l'heure une sanction médiatique dont certains regrettent le manque de sévérité, « *la réforme de la gouvernance des sociétés implique des mesures d'une autre ampleur que celles initiées lors de la révision du code Afep-Medef*<sup>1050</sup> ». D'ailleurs suite à la directive européenne n° 2017/828 du 17 mai 2017, la Commission européenne devra présenter au plus tard 60 mois après la date d'entrée en vigueur de la directive, un rapport au Parlement européen et au Conseil sur la mise en œuvre et l'efficacité de la règle *comply or explain* et ce rapport pourra être accompagné de propositions législatives, qui verront peut-être naître de nouvelles sanctions.

**1222.** Toutefois, des progrès quant à la bonne mise en œuvre de la règle sont relevés par l'Autorité des marchés financiers dans ces derniers rapports annuels. Certains auteurs pensent que les manquements aux codes ne gagneraient pas nécessairement à être expressément sanctionnés et que l'absence de sanctions est de nature à entraîner plus facilement l'adhésion des intéressés<sup>1051</sup>. « *La règle négociée s'impose non par la force exécutoire mais par sa vertu convaincante*<sup>1052</sup> » dès lors, la sanction naturelle relèverait de l'ordre plutôt économique. A mi-chemin entre règle déontologique et norme juridique, on peine à trouver la sanction adéquate mais « *La tentation de rechercher les sanctions possibles est vive comme en*

---

<sup>1049</sup> V. Magnier, M-A. Noury et M. Germain, *ibid.*

<sup>1050</sup> N. Cuzacq, *Eclairage sur la version révisée du code Afep-Medef*, RLDA 2013, n° 85.

<sup>1051</sup> V. sur le sujet : A. Couret, *Comply or explain : les destinées françaises du principe*, BJS 2017, n° 3, p. 202.

<sup>1052</sup> F. Zénati, *La portée du développement des avis*, in Revet T. (dir), *L'inflation des avis en droit*, Economica, 1999, p. 101, spéc. p. 109.

*témoignent des efforts doctrinaux*<sup>1053</sup> ». La tendance de plus en plus exigeante du principe à mettre l'accent sur les explications des dirigeants et l'attitude de plus en plus rigoriste<sup>1054</sup> de l'Autorité des marchés financiers, peut faire penser que le principe penche vers le droit dur et pourrait alors se voir associer une véritable sanction.

**1223.** Le même constat s'applique en matière de « reporting social, sociétal et environnemental ». La loi NRE suivie de la loi *Grenelle II* n° 2010-788 du 12 juillet 2010 et son décret d'application du 24 avril 2012 ne prévoient aucune sanction à l'encontre des sociétés cotées et non cotées de grande taille qui ne respecteraient pas le dispositif imposé par les textes en la matière. Il en est de même du périmètre de recueil des informations y compris s'agissant du respect des règles en matière de consolidation et de groupe multinationaux. Cette absence de sanction vaut pour l'absence total de « reporting » comme pour l'hypothèse d'un « reporting » imparfait. Là encore, seule une sanction médiatique existe, sans que la société ne soit inquiétée par une sanction civile ou pénale. Reste aux associés de tirer en assemblée les conséquences qui s'imposent à l'égard de la direction. Une action en responsabilité pourrait théoriquement être envisageable, sur le terrain de la faute de gestion cependant reste aux associés à prouver le préjudice tiré d'une défaillance en matière de « reporting » extra-financier, ce qui paraît très difficile. Cette absence de sanction est justifiée par la nature de la Responsabilité sociale et environnementale qui relève du droit souple<sup>1055</sup>. Cependant, cette appartenance à la *soft law* semble dépassée. La nouvelle définition de la RSE donnée par la Commission européenne<sup>1056</sup> confère une normativité plus importante aux règles qui en sont issues. Dès lors, une sanction paraît aujourd'hui envisageable.

**1225** Dans un tout autre domaine, en matière de formalisme des assemblées extraordinaires, le législateur n'impose pas à l'article L. 225-96 du code de commerce que l'assemblée extraordinaire statue sur le rapport du conseil d'administration ou du directoire. Dans les cas où la loi ne l'impose pas, les dirigeants ne seront pas sanctionnés en raison de l'absence de rapport. En revanche dans les hypothèses où un rapport est exigé, depuis la réforme opérée par l'ordonnance du 24 juin 2004, le défaut de rapport ne peut plus être sanctionné par la nullité de l'assemblée. De plus, l'article L. 242-14 qui sanctionnait le dirigeant de n'avoir pas

---

<sup>1053</sup> V. Magnier, *La règle de conformité ou l'illustration d'une acculturation méthodologique complexe*, in *Nouveaux regards sur la gouvernance*, LGDJ, 2010, p. 249 et s, spéc. n° 13. Du même auteur, *Les manquements des sociétés cotées à la règle de conformité*, JCP E 2010, 1234.

<sup>1054</sup> Les recommandations de l'AMF tendent à devenir des commandements (V. Lasserre, *Le nouvel ordre juridique*, in *Le droit de la gouvernance*, LexisNexis, 2015, p. 297).

<sup>1055</sup> V. Mercier, *Responsabilité sociétale des entreprises et droit des sociétés : entre contrainte et démarche volontaire*, Dr. sociétés 2011, étude n° 6.

<sup>1056</sup> Commun. Comm. UE, 25 oct. 2011, COM 2011/681, p. 4.

mis à la disposition des actionnaires pendant le délai imparti, le rapport du conseil d'administration ou du directoire a été abrogé par la loi NRE de 2001. Désormais contrairement aux dispositions applicables aux assemblées ordinaires, il n'existe plus de sanction en cas de manquement des dirigeants, exceptée l'injonction de faire. On peut s'étonner de cette situation compte tenu de l'importance des décisions qui sont prises en assemblées extraordinaires.

**1226.** Enfin, une dernière lacune mérite d'être soulignée. Il s'agit de l'absence de sanction coercitive relative au droit pourtant substantiel de poser des questions écrites aux dirigeants sociaux. Une affaire célèbre<sup>1057</sup> est venue poser la question des sanctions aux manquements afférents aux questions écrites posées par les actionnaires dans une sociétés cotée. Le législateur en précisant que les dirigeants sont « *tenus* » de répondre aux questions écrites entend bien poser une obligation à la charge des dirigeants. Cependant, on peut s'étonner qu'un levier majeur de contrôle des associés comme celui-ci ne soit pas assorti par une sanction. Dès lors, cette absence de sanction entache l'efficacité de ce droit. En réponse les tribunaux invitent à agir en se fondant sur le droit commun de la responsabilité. Mais en pratique, l'absence de responsabilité civile efficace des dirigeants fragilise encore un peu plus l'efficacité de ce dispositif. Ainsi il serait opportun de prévoir des dispositifs contraignants les dirigeants à exécuter leurs obligations. *Peut-être pourrait-on élargir l'injonction de faire à l'obligation de répondre aux questions écrites ?*

**1227.** Le droit des sociétés révèle ainsi certaines faiblesses. Se limitant à un contrôle de la régularité formelle dans des domaines clés de la transparence, les dispositions vectrices du contrôle de la gestion perdent de leur pertinence, d'autant plus que certaines d'entre elles ne sont pas assorties de sanctions. Enfin, parmi les plus importantes on note la géométrie variable du système de contrôle de la gestion qui est une source majeure de limitation à son champ d'application.

## **§2- La géométrie variable du contrôle**

**1228.** L'expression de « géométrie variable » fait référence à l'idée suivant laquelle les caractéristiques d'une chose varient en fonction de certains paramètres. Il s'agit d'un terme scientifique emprunté à l'aérospatial qui caractérise une voilure dont la forme peut être modifiée en cours de vol. Le contrôle de la gestion peut être qualifiée de système à géométrie variable puisque selon certains critères le régime du contrôle est variable. Dans ces

---

<sup>1057</sup> Affaire *Wendel*, CA Paris, 19 déc. 2013, n° 12-22.644, JCP E 2014, n° 30, 1396, note M. Rousille.



circonstances, la géométrie variable du contrôle de la gestion peut être appréhendée comme une limite à son efficacité. En effet, l'efficacité du contrôle de la gestion dépend de certains critères. Or lorsque ces critères ne sont pas réunis, le contrôle est réduit *a minima*. Ainsi, selon la physionomie de la société commerciale, l'intensité du contrôle est variable.

**1229.** Parmi les paramètres qui expliquent la géométrie variable du contrôle des dirigeants deux d'entre eux sont principalement retenus. Il s'agit en premier lieu de la dichotomie bien connue entre les sociétés cotées et sociétés non cotées en matière de contrôle qui crée une véritable discrimination (A). En deuxième lieu, les effets de seuils entrent en jeu lorsqu'il s'agit de déterminer l'intensité du contrôle. Enfin, la propension des associés à user du droit conventionnel est aussi un paramètre non négligeable de l'équation (C).

### **A-Fracture persistante entre sociétés cotées et non cotées**

**1230.** Lorsque l'on procède à une analyse rétrospective du contrôle de la gestion dans les sociétés commerciales, on constate que c'est vers les sociétés cotées que toute l'attention s'est focalisée et se focalise encore. Les plus grands travaux ont porté sur les sociétés anonymes dont une partie d'entre elles sont cotées en bourse. Elles sont d'ailleurs à l'origine du mouvement de gouvernement d'entreprise. Cette propension du droit à privilégier un contrôle plus rigoureux particulièrement au sein de ces structures crée une véritable fracture. En délaissant un pan entier des sociétés commerciales, le droit concentre ses efforts sur une forme sociale en particulier : la société anonyme et d'autant plus lorsque celle-ci est cotée en bourse. *Est-ce à dire que dans les autres formes sociales, le degré d'efficacité de contrôle était et reste satisfaisant ?*

**1231.** Nombreuses sont les théories qui ont été avancées pour justifier l'approche unilatérale du droit relativement au contrôle des sociétés. En réalité, la volonté du législateur de rester compétitif aux yeux des investisseurs institutionnels internationaux apparaît la plus probable pour justifier cette tendance univoque. Pourtant, les sociétés cotées sont très peu nombreuses. Si cette forme sociale a cristallisé toutes les critiques en matière de contrôle, il n'est pas néanmoins satisfaisant de limiter l'action législative revalorisant le contrôle à ces structures, tout en délaissant la question du contrôle de la gestion au sein des autres sociétés commerciales. Dans le tissu économique français, la société anonyme n'est en effet pas prédominante<sup>1058</sup>. La démarche ciblée du législateur pourrait alors se justifier par la

---

<sup>1058</sup> D'un point de vue quantitatif. En revanche, d'un point de vue économique le poids de la société anonyme est en France prédominant.

prévalence accordée au droit conventionnel pour organiser un contrôle dans ces dernières, avec le risque toutefois que les associés n'usent pas de leur liberté pour ériger un contrôle suffisamment efficace.

**1232.** A partir de ce postulat, l'attention du législateur s'est portée sur l'amélioration de l'information des actionnaires ainsi que sur le renforcement concomitant des devoirs pesant sur les dirigeants de sociétés anonymes ; mais il a été laissé peu de place pour une amélioration globale du système de contrôle de la gestion des sociétés commerciales. En atteste, la tendance générale au renforcement de l'information dans les sociétés cotées qui contraste fortement avec l'évolution du droit à l'information dans les sociétés non cotées. Une inégalité informationnelle s'est alors instaurée entre les sociétés cotées et non cotées. Si la société cotée tend à devenir une maison de verre, les autres sociétés ne bénéficient pas de cette totale transparence, au point que la tendance pour ces dernières est à la réduction de l'information avec le choc de simplification.

**1233.** L'ouverture d'une société au marché entraîne une mise en transparence de cette dernière<sup>1059</sup>. L'étude des obligations d'information propres aux sociétés cotées réalisée plus en amont du développement témoigne de cette attention particulière portée à ce type de structures sociales. De plus, le droit applicable aux sociétés cotées en matière de contrôle n'a cessé de se spécialiser. La construction d'un contrôle professionnalisé par des autorités externes ne profite qu'aux sociétés cotées. D'ailleurs les instances européennes distinguent systématiquement le caractère ouvert ou fermé des sociétés et l'influence grandissante du droit communautaire conduit à accentuer la dichotomie. « *Longtemps resté dans l'ombre, les co-législateurs de l'Union européenne ont, en effet, récemment engagé un chantier, relatif à la modernisation du droit des sociétés et au renforcement du gouvernement d'entreprise. Au travers de ce dernier, un consensus en faveur d'un distinguo sociétés cotées/sociétés non cotées est attesté*<sup>1060</sup> ». Même si cette reconnaissance de principe d'une nouvelle *summa divisio* sociétés ouvertes, sociétés fermées n'a pas été effectuée de façon précise, les manifestations législatives de cette reconnaissance progressive sont nombreuses. En ce sens, les sociétés fermées, à l'exception de la société anonyme<sup>1061</sup> n'ont bénéficié d'ajustement en

---

<sup>1059</sup> Cette transparence est due à la nécessité d'assurer la protection des épargnants mais aussi à la nécessité de permettre un meilleur contrôle de la gestion des sociétés cotées. Il est vrai qu'une meilleure transparence facilite les opérations du contrôleur puisque celui-ci disposera de davantage d'instruments pour opérer les contrôles nécessaires.

<sup>1060</sup> G. Damy, *La remise en cause de la notion classique d'associé : vers une atteinte aux fondements du droit des sociétés*, LPA 2007, n° 149, p. 3.

<sup>1061</sup> Même si la SA classique a bénéficié de certains ajustements en matière de contrôle instaurés pour les sociétés cotées, il n'en reste pas moins qu'il existe aujourd'hui de nombreuses différences de régimes entre ces sociétés pourtant revêtues de la même forme sociale. « Les sociétés anonymes cotées n'ont plus rien de commun avec la petite société anonyme, que

matière de contrôle qu'à la marge. Le contenu de cette étude laisse ainsi apparaître que la plupart des mécanismes de contrôle sont rattachés aux sociétés anonymes et aux sociétés cotées.

**1234.** Le contrôle de la gestion est donc un domaine où il existe un véritable fossé suivant la forme sociale considérée. Si les sociétés anonymes dans leur ensemble bénéficient par analogie des influences des sociétés cotées, offrant ainsi un contrôle de la gestion optimisé et relativement efficace, les autres sociétés sont délaissées. Outre l'information, certaines sociétés comme la société en nom collectif ne bénéficient pas des procédures de contrôle les plus élémentaires, à l'instar de la procédure des conventions réglementées faute de dispositions légales en ce sens. Toutefois, le régime juridique des sociétés à responsabilité limitée a bénéficié de certaines améliorations en matière de contrôle inhérentes aux sociétés anonymes. Le rapprochement entre ces deux structures a rehaussé le niveau de contrôle au sein des sociétés à responsabilité limitée.

**1235.** L'efficacité et l'intensité du contrôle n'est pas homogène, délaissant une partie des formes sociales hors du champ des innovations en matière de contrôle. Cette situation s'amplifie au regard d'un autre paramètre qui a trait à la taille des sociétés et qui est particulièrement significatif dans les structures autres que les sociétés anonymes.

### **B-Un contrôle en fonction de la taille de la société**

**1236.** La taille de la société et l'effectif de l'entreprise entrent en jeu pour déterminer le nombre d'organes sociaux exerçant un contrôle de la gestion. Par exemple, lorsque la société est une structure de taille modeste, la nomination d'un commissaire aux comptes n'est pas imposée sauf dispositions légales en ce sens suivant la forme sociale considérée ; en général l'effectif de l'entreprise ne permet pas non plus la nomination d'un comité d'entreprise. Dès lors, le contrôle se limitera à celui exercé par les associés, limitant ainsi son efficacité à l'exercice de leurs prérogatives. A l'inverse, lorsque les effets de seuils sont atteints, la société multiplie les contrôleurs ce qui corrélativement améliore l'efficacité de la surveillance de la gestion sociale. Plus la taille de la société est importante plus le contrôle qui sera mis en œuvre sera spécialisé et rigoureux.

**1237.** Cette différenciation fondée depuis quelques années sur la prise en considération de la taille de la structure brouille la lisibilité des dispositions applicables en matière de contrôle.

---

pourtant la loi du 24 juillet 1966 coule dans le même moule » (Ph Merle, *Sociétés commerciales*, Dalloz, 20ème éd., 2017, n° 21).

En ce sens, la difficulté réside dans le fait qu'au sein d'une même forme sociale, le dépassement des seuils va influencer sur le régime de contrôle applicable. Dès lors, « *en faisant dépendre l'application de dispositions du franchissement de seuils légaux, le législateur introduit nettement une différenciation entre sociétés, alors même qu'elles appartiennent au même type*<sup>1062</sup> ». Si la nécessité d'un contrôle renforcé s'explique pour des sociétés de grande taille, elle complexifie néanmoins le système qui perd de son homogénéité. Pourtant, le droit contemporain accentue ce phénomène<sup>1063</sup>.

**1238.** Sachant, que la plupart des sociétés commerciales françaises sont pour la plupart de très petites, petites et moyennes entreprises, ce facteur limite incontestablement le domaine et donc l'efficacité du système de contrôle de la gestion. Et pour cause, les TPE et PME représentent 80% des entreprises tout secteur économique confondu en France. Un facteur peut compenser cet état de fait, ou au contraire venir limiter un peu plus l'efficacité du contrôle. Il s'agit du recours au droit conventionnel.

### **C- Le risque de relativité du contrôle d'origine conventionnelle**

**1239.** Pour contrebalancer le monopole du droit impératif en matière de contrôle dans les seules sociétés anonymes, le législateur a choisi d'user du droit conventionnel dans les autres formes sociales et notamment les sociétés de personnes. Dans ces dernières ainsi que d'ailleurs dans les sociétés par actions simplifiées, la liberté conventionnelle est, rappelons-le<sup>1064</sup>, plus importante. Il est alors intéressant de s'interroger sur le fait de savoir si : *cette préférence pour le droit conventionnel n'est-il pas un élément de relativité du contrôle ?*

**1240.** La réponse semble affirmative puisque cette prééminence du droit conventionnel pour assurer un contrôle efficace de la gestion des dirigeants peut avoir l'effet contraire à celui escompté. « *L'atout n'est toutefois pas dénué de contreparties dont il faut avoir pleinement conscience au risque que la licence ne se mue en carcan*<sup>1065</sup> ».

**1241.** En effet, s'il n'est pas toujours perçu d'un très « bon œil » le droit impératif a le mérite d'organiser un contrôle effectif, tandis que le droit conventionnel, lorsqu'il n'en est pas fait usage, réduit le contrôle de la gestion au strict *minimum*. Donc si en théorie, ce facteur peut être un vecteur d'efficacité, le délaissement par le législateur d'une partie du contrôle à la

---

<sup>1062</sup> L. Godon, *L'éclatement des formes sociales*, Rev. soc. 2017, p. 267.

<sup>1063</sup> L'effet de seuil s'applique aujourd'hui pour : la représentation impérative des salariés au sein du conseil d'administration, la dispense d'établissement du rapport de gestion pour les EURL et SASU de petite taille, ou encore pour l'obligation de « reporting social, environnemental et sociétal ».

<sup>1064</sup> V. supra p. 79 et s.

<sup>1065</sup> F. Kerebel, *La SAS sous forme de liste à Prévert : de quelques pièges à déjouer...*, BJS 2014, n° 11, p. 463.

seule volonté des associés porte en germe un risque d'insuffisance. Il se manifeste par l'inapplication des prérogatives des associés qui réduit corrélativement l'intensité du contrôle et laisse plus d'autonomie aux dirigeants. La pratique dans sa grande majorité témoigne de la réalisation de ce risque. Les associés semblent « *encore éprouver quelque difficulté à intégrer cette donnée fondamentale, se saisissant volontiers de la flexibilité offerte par l'institution tout en omettant la prudence qui en constitue l'indispensable corollaire*<sup>1066</sup> ». L'architecture contractuelle n'a souvent pas la rigueur des formules légales.

**1242.** Dès lors, l'imprévision devient un risque conséquent qui peut entacher l'effectivité et l'efficacité du contrôle des dirigeants dans ces sociétés. Lorsqu'aucune disposition statutaire n'a été édictée pour contrôler l'action des dirigeants, un risque d'omnipotence des dirigeants se profile. Un déséquilibre au profit des dirigeants s'installe. L'inédite liberté peut se muer à n'y pas prendre garde en élément d'assujettissement des associés. Ce risque est d'autant plus prégnant au sein des sociétés par actions simplifiées où le contrôle consacré par la loi est quasi-inexistant ; pourtant le succès grandissant de cette forme sociale fait craindre le pire en matière de contrôle. Ainsi pour les sociétés fermées et les sociétés par actions simplifiées, dans lesquelles le contrôle est organisé surtout de manière conventionnelle, tout dépend de la propension des associés à organiser un contrôle efficace de la gestion. Or cette situation est dangereuse puisque le risque de passivité des associés au plan conventionnel pèse en défaveur du contrôle de la gestion.

**1243.** De plus, en dehors de cette hypothèse, la pratique contractuelle est desservie par la fragilité inhérente à la négociation contractuelle. Chaque partie désireuse d'imposer à l'autre son point de vue, la négociation aboutit à un compromis. Les associés ne se sont donc pas toujours en mesure de négocier un régime de contrôle exhaustif.

**1244.** Enfin, une dernière limite au système doit être relevée. Si les lacunes législatives en matière de contrôle peuvent être mises sur le compte d'une sorte de *lex imperfecta*, en revanche, certaines dispositions viennent à rebours du contrôle. On peut alors s'étonner de telles dispositions dans une tendance générale du droit des sociétés visant à renforcer le contrôle des dirigeants.

---

<sup>1066</sup> F. Kerebel, *ibid.*

## **Section II - Des dispositions à rebours d'une logique de contrôle**

**1245.** A l'analyse des dernières lois qui se sont succédées, on peut s'étonner de trouver certaines dispositions venant à contre-courant du contrôle de la gestion des sociétés commerciales (§1). Or, lorsqu'on replace les lois dans leur contexte, on s'aperçoit que le contrôle n'est plus l'impératif principal. Il est aujourd'hui mis en concurrence avec d'autres concepts (§2), ce qui atteste d'une nouvelle évolution du droit des sociétés.

### **§1- Un recul à contre-courant des prérogatives de contrôle**

**1246.** La société anonyme est la structure sociale qui a cristallisé le contrôle de la gestion. Ainsi, il n'est pas étonnant que les dispositions légales les plus marquantes venant à rebours du contrôle se manifestent au sein même de cette forme sociale. C'est ainsi que l'on constate un certain recul des prérogatives des conseils d'administration et de surveillance (A). De plus, les lois les plus récentes, prennent le parti d'un recul de compétences de l'assemblée générale extraordinaire, dans cette même forme sociale (B).

#### **A-Un recul des prérogatives des conseils**

**1247.** Deux manifestations du recul des prérogatives de contrôle peuvent être soulignées. L'une plus ancienne touchant le domaine de l'information du conseil d'administration (a) et l'autre très récente touchant aux prérogatives de contrôle du conseil de surveillance (b).

##### **a-Un recul inopportun de l'information du conseil d'administration**

**1248.** Sans reprendre le développement sur le droit à l'information des administrateurs, un ajustement législatif passé inaperçu dans le flot de réformes n'est pas sans conséquences sur l'intensité de ce droit. Afin de consacrer le droit jurisprudentiel à l'information des administrateurs, la loi NRE de 2001 consacrait un article L. 225-35, alinéa 3 qui prévoyait que « *l'administrateur reçoit toutes les informations nécessaires à l'accomplissement de sa mission et peut se faire communiquer tous les documents qu'il estime utiles* ». Cependant, une loi ultérieure de 2003 est venue remanier la formulation de cette disposition pour substituer la formulation toujours en vigueur selon laquelle « *le président ou le directeur général de la société est tenu de communiquer à chaque administrateur tous les documents et informations nécessaires à l'accomplissement de sa mission* ». Cette substitution des informations estimées utiles aux informations seulement nécessaires suscite la perplexité. La loi de 2003 est venue en quelque sorte opérer une restriction du domaine de l'information

due aux administrateurs. Dès lors, ces derniers ne peuvent recevoir que les documents et informations nécessaires à l'accomplissement de leur mission. « *Les documents qui lui sont seulement utiles à la poursuite de ses investigations ne lui sont plus dus...*<sup>1067</sup> ». Restreindre le niveau d'information d'un organe que le législateur veut hisser au rang d'organe de contrôle va à contre-courant de l'ambition affichée de la loi. En effet, cette position du législateur peut être interprétée par les membres des conseils comme un signal fort, de faire confiance à la direction et de ne pas s'intéresser de trop près à ses choix de gestion.

**1249.** Le législateur justifie cette modification par les excès potentiels de l'usage du droit à l'information, le MEDEF arguant de la possibilité de conflits d'intérêts inhérents à la version de la loi NRE. Pour le MEDEF, un domaine d'information trop poussé favoriserait la demande d'informations personnelles sans lien avec la mission de contrôle de l'administrateur. Or, il semble que ce risque de conflits aurait très bien pu être encadré au cas par cas par les juges au moyen de l'abus de droit et par la responsabilité civile des administrateurs, plutôt que de revoir à la baisse le domaine d'information de tous les administrateurs. D'ailleurs le Sénateur Marini s'étonnait aussi de ce recul et avait proposé une voie médiane.

**1250.** De plus, l'opportunité de cette modification s'explique également par le phénomène de contagion qui a malheureusement touché aussi la société anonyme à directoire et à conseil de surveillance. Pour mettre les deux structures sociétaires sur un pied d'égalité, la loi du 26 juillet 2005 opère un changement sémantique, l'adjectif « *nécessaires* » remplace l'adjectif « *utiles* » à l'article L. 225-68 du code de commerce.

**1251.** Ces changements sémantiques peuvent certes apparaître comme marginaux ; il n'empêche que ces lois sont venues atténuer les droits d'information, à rebours d'une logique pourtant affirmée de renforcement du contrôle dans la gestion des sociétés anonymes. Très récemment, une nouvelle loi, a opéré une nouvelle coupe dans les prérogatives de contrôle du conseil de surveillance, suscitant ainsi une nouvelle vague de critiques.

#### **b-La réduction des actes soumis à l'autorisation du conseil de surveillance**

**1252.** Une hirondelle ne fait pas toujours le printemps, mais la modification apportée à l'article L. 225-68 du code de commerce n'en est pas moins significative d'un recul des attributions du conseil de surveillance. Bastion d'un système de contrôle optimal et équilibré,

---

<sup>1067</sup> F-X. Lucas, art. cit., n°122.

on s'étonne de la disposition législative issue de la loi *Sapin II* du 9 décembre 2016 tendant à réduire les actes soumis à l'autorisation du conseil de surveillance<sup>1068</sup>.

**1253.** C'est pour aligner le régime de cette société sur celui de la société anonyme à conseil d'administration, que la liste des actes nécessairement soumis à autorisation préalable du conseil de surveillance a été réduite. Depuis l'entrée en vigueur de la loi, échappent désormais à l'obligation légale d'autorisation préalable la cession d'immeubles par nature, la cession totale ou partielle de participations et la constitution de sûretés. Ces actes, qui sont sans doute parmi les plus graves peuvent donc être accomplis par le directoire, car entrant dans la compétence générale que lui confère l'article L. 225-64 du code de commerce.

**1254.** On peut déplorer que le conseil de surveillance soit désinvesti d'une telle prérogative de contrôle. Si la volonté du législateur était un alignement des régimes juridiques des différentes sociétés anonymes, elle ampute néanmoins le contrôle de la gestion d'un élément considérable. Quelle est l'opportunité d'une telle mesure venant à rebours du contrôle des affaires sociales exercé par des contre-pouvoirs.

**1255.** Cette suppression n'empêche pas de réinvestir le conseil de surveillance de cette prérogative par la voix conventionnelle. Mais le risque exposé plus haut de ne pas user de ce recours ne permet pas de compenser cette réduction légale. De plus, dans ce cas, les actes qui seraient conclus par l'organe de direction sans l'obtention préalable de l'autorisation du conseil de surveillance demeureraient opposables à la société par les tiers, puisqu'il ne s'agirait que d'une restriction statutaire à un pouvoir légal. A la vue de ces considérations, la volonté d'alignement ne devait pas primer sur la possibilité d'un contrôle *a priori* pour des actes aussi importants. Un autre fait marquant de la part du législateur consiste dans le recul des compétences de l'assemblée générale.

## **B-Un recul des compétences de l'assemblée générale**

**1256.** Dans un contexte visant à stimuler les assemblées générales pour leur redonner une place effective dans le fonctionnement social, certaines dispositions législatives peuvent surprendre.

---

<sup>1068</sup> Sur le sujet V. notamment : B. Saintourens et P. Emy, *La réforme du droit des sociétés par la loi du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique* (« Sapin 2 »), Rev. soc. 2017, p.131 ; J. Mestre, *La loi Sapin II et le droit des sociétés : ce qu'il faut retenir*, RLDA 2017, n° 122 ; D. Poracchia, *Aspects de droit des sociétés de la loi relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique du 9 décembre 2016*, BJS 2017, n° 1, p. 64.



**1257. Augmentation du capital** - Il s'agit notamment de l'augmentation du capital. Initialement cette délibération relevait de la compétence exclusive de l'assemblée générale extraordinaire des actionnaires avec une possibilité de déléguer le pouvoir d'en définir les modalités et de réaliser l'opération au conseil d'administration. Cependant pour faciliter la gestion, le droit a opéré un transfert de compétence par l'ordonnance du 24 juin 2004 puis celle du 10 mai 2017. Pour faciliter ce mode de financement, la loi confère au conseil, au directoire ou aux gérants, le pouvoir d'en arrêter le principe même. Plus qu'une délégation de pouvoirs, la loi institue une véritable délégation de compétence. Les statuts peuvent cependant par exception réserver à l'assemblée le pouvoir de décider ou d'autoriser l'émission d'obligations. Dès lors la compétence de principe de l'assemblée s'est muée en compétence d'exception. *« La réforme se traduit donc par une consécration de l'appropriation du pouvoir par les dirigeants. Cette conséquence pose le problème de la place et de la fonction de l'associé dans la société <sup>1069</sup> »*

**1258. L'émission d'obligations** – Le même glissement s'est opéré en matière d'émission d'obligations pour les sociétés anonymes et les commandites par actions. L'ordonnance de 2004 a relégué l'assemblée générale ordinaire à un rôle subsidiaire et réserve son intervention dans deux hypothèses : d'une part si les statuts attribuent une compétence exclusive à l'assemblée générale pour décider l'émission ou l'autoriser et d'autre part, lorsque l'assemblée décide d'elle-même d'exercer ce pouvoir.

**1259.** Or même si cette compétence de l'assemblée était considérée par beaucoup comme « formelle », contrairement à l'opinion du législateur, il n'est pas opportun de faire de cette émission d'obligation une décision de gestion banale. Ces réformes traduisent une consécration de l'appropriation du pouvoir par les dirigeants pour des décisions qui sont loin d'être anodines car elle engage la société sur long terme. Le pouvoir de décision laissé à l'assemblée permettait d'avoir un contrôle sur la proposition émanant de la direction. De plus les subdélégations en allongeant la chaîne décisionnelle crée un risque d'opacité de l'opération, même si les personnes désignées ont l'obligation d'en rendre compte.

**1260.** Ces réformes témoignent donc de la difficulté de concilier l'ensemble des impératifs qui s'imposent au législateur. Les dispositions venant à rebours du contrôle manifestent en général, la volonté de privilégier d'autres impératifs. Dès lors, une mise en concurrence des impératifs peut desservir le contrôle au profit d'autres considérations.

---

<sup>1069</sup> G. Damy, art. cit., p. 3

## §2-L'altération du contrôle de la gestion au profit d'autres impératifs du droit des sociétés

**1261.** « *La mode juridico-médiatique de la « corporate governance » serait-elle proche de périlcliter ?*<sup>1070</sup> ». Prendre sur l'un pour donner à l'autre, voilà la réalité à laquelle est confronté en permanence le législateur. Le droit des sociétés est en quelque sorte un système de vases communicants. Du point de vue strict du contrôle de la gestion, la conciliation de cet impératif avec les considérations du droit des sociétés fondées sur la nécessité de façonner un droit qui permettent aux sociétés d'être performantes sur le plan économique réduit indubitablement la portée du contrôle. Sans pour autant périlcliter, les principes de gouvernement d'entreprises peuvent parfois s'estomper au profit d'autres impératifs parfois contradictoires. Le positionnement du législateur est discutable car si des procédures de contrôles trop tatillonnes risqueraient de constituer un frein à la performance économique, on peut aussi affirmer que tout ce qui va dans le sens de la transparence, d'un meilleur contrôle évite à une société bien des déconvenues, voire des difficultés d'ordre économique.

**1262.** Le droit est une science sociale en perpétuel mouvement. Au gré des circonstances, le droit s'adapte pour apporter une réponse satisfaisante. Dès lors les impératifs qui s'imposent à l'aune de l'actualité jouent au jeu des chaises musicales. Le gouvernement d'entreprise laisse la place à d'autres concepts. Si l'impératif de contrôle est apparu ces dernières années comme l'impératif principal de l'ensemble des acteurs en droit des sociétés, aujourd'hui d'autres impératifs prennent le pas sur ce dernier. En ce sens, on constate un recul du contrôle au profit de la relance de l'économie. La simplification du droit, la volonté de promouvoir la croissance économique, la facilitation de l'accès au financement des entreprises, autant de considérations qui imprègnent le droit à l'heure actuelle (A). Dès lors, pour atteindre ces nouveaux objectifs, c'est de nouveau un vent de libéralisme qui soufflent sur le droit des sociétés et a pour effet de revaloriser la fonction de dirigeant (B). On en veut pour preuve le secret des affaires qui retrouve une nouvelle jeunesse<sup>1071</sup>.

---

<sup>1070</sup> C. Champaud et D. Danet, *Droit des sociétés, gouvernance et transparence. Loi pour la confiance et la modernisation de l'économie. Conseil d'administration. Suppression du rapport sur la préparation du CA et sur les procédures de contrôle interne*, RTD com. 2005, p. 747.

<sup>1071</sup> V. supra p. 340 et s.

## **A-Une préférence actuelle pour l'allégement des formalités d'information**

**1263.** Les mesures d'incitation à la création d'entreprises qui visent à supprimer tous les obstacles dissuasifs pour les entrepreneurs<sup>1072</sup> altèrent l'impératif de contrôle. La société par action simplifiée en est le parfait exemple. Libérée de nombreuses contraintes relatives aux autres formes sociales, cette société connaît un engouement compréhensible. Dans le même but, le législateur a pris certaines dispositions visant à alléger le formalisme pesant sur les sociétés commerciales de taille modeste. Malgré l'importance de la transparence des comptes sociaux et d'autres documents sociaux majeurs, pourtant pilier et conditions d'un contrôle effectif, le législateur a pris le parti de limiter la portée de cette obligation. Ainsi, différentes mesures vont dans ce sens.

**1264. Allégement des obligations relatives aux comptes sociaux** - L'ordonnance du 30 janvier 2014 avait ouvert aux micro-entreprises la possibilité de ne pas rendre publics les comptes annuels déposés au greffe du tribunal. La loi *Macron* du 6 août 2015, permet quant à elle, aux petites sociétés de ne pas rendre publics leurs comptes de résultat.

**1265.** Toutefois, les petites entreprises et les micro-entreprises ont l'obligation de déposer leurs comptes financiers afin que ces derniers soient accessibles aux autorités judiciaires et administratives et à la Banque de France. A y observer de plus près, on peut souligner que le droit français ne respecte pas pleinement les prescriptions européennes. La directive comptable du 26 juin 2013<sup>1073</sup> a prévu, en effet, pour les micro-entreprises, que les informations relatives au bilan soient transmises au registre d'entreprise afin qu'une copie puisse être obtenue sur simple demande ; elle ne limite donc pas les personnes pouvant obtenir ces informations. Par ailleurs, le président du Conseil national des greffiers des tribunaux de commerce a relevé que les greffiers n'avaient pas la possibilité de vérifier que les sociétés demandant la dispense remplissaient bien les critères de la micro-entreprise ; ils doivent alors se contenter d'une déclaration sur l'honneur du déclarant, ce qui pourrait favoriser la fraude à la loi.

**1266.** Néanmoins, il faut noter que ces mesures n'entachent pas l'efficacité du contrôle en interne mais plutôt en externe, dans la mesure où, ce sont les tiers qui sont impactés. En revanche, l'allégement relatif à l'établissement des comptes sociaux pour ces mêmes catégories de sociétés affecte l'information comptable des associés puisque celle-ci perd en

---

<sup>1072</sup> Sur le sujet notamment : V. Legrand, *Le projet de loi Sapin II ou l'art de redonner confiance aux entrepreneurs par un accès plus aisé aux statuts limitatifs de responsabilité*, LPA 2016, n° 113, p. 7.

<sup>1073</sup> Directive comptable n° 2013/34/UE du 26 juin 2013.

exhaustivité. Par conséquent l'objectif de transparence comptable est occulté par les impératifs d'allégement et de simplification du droit des affaires. Une autre obligation fondamentale est mise au banc : la publicité du rapport de gestion.

**1267. Suppression de l'obligation de publicité du rapport de gestion** - La loi de simplification du droit du 22 mars 2012 surprime l'obligation de déposer dans les sociétés à responsabilité limitée, le rapport de gestion au registre du commerce et des sociétés. Le dépôt du rapport de gestion est remplacé par une obligation de le tenir à disposition et lorsqu'il est encore obligatoire, il doit être déposé en un seul exemplaire et non plus deux. Ce nouvel apport est très contestable du point de vue du contrôle de la gestion. Il limite incontestablement l'accès à une source d'information majeure puisque les personnes intéressées seront tenues d'en faire la demande. Est ainsi instaurée une nouvelle procédure, dans un domaine où la simplicité était encore de mise.

**1268.** Le législateur a pris le parti de réduire l'information comptable de certains associés et priver les tiers du libre accès à l'information, au profit de chefs d'entreprise qui critiquaient ces diverses formalités non pas pour leurs lourdeurs insupportables, mais parce qu'elles engendraient une atteinte au secret de leurs affaires. En faisant ainsi pencher la balance du côté des dirigeants, le législateur reconsidère d'une certaine manière la fonction de dirigeant de société.

## **B- Une reconsidération incidente de la fonction de dirigeant**

**1269.** La revalorisation de l'autonomie de gestion qui résulte d'un contrôle allégé pour les dirigeants n'est pas pleinement affiché par le législateur. Toutefois si les réformes affichent leurs volontés de simplifier le droit des sociétés, sous couvert de ces considérations le législateur cherche de manière incidente à mettre en œuvre cet objectif. Pour ce faire, le secret des affaires reprend toute sa place, laissant ainsi au dirigeant la faculté de soustraire certains éléments au contrôle de sa gestion. De plus, la volonté de préserver les dirigeants du contrôle se manifeste aussi par la politique législative visant à ne pas sanctionner trop sévèrement ces derniers.

**1270. Revalorisation incidente du secret des affaires** – Les mesures de simplification du droit, prises *a priori* pour soulager les dirigeants sociaux des contraintes formelles trop importantes pesant sur eux, sont implicitement un moyen de redonner une consistance effective au secret des affaires. Malgré le dogme de la transparence, le secret des affaires tend

à revenir sur le devant de la scène. En témoigne la directive européenne adoptée le 13 avril 2016 et la loi *Macron* qui avait elle aussi, mais sans succès tenté d'introduire le secret des affaires lors des travaux parlementaires.

**1271.** Avant même ce renouveau législatif, le secret des affaires était déjà pris en considération par les juges. Par exemple un arrêt du 7 janvier 1999<sup>1074</sup>, montre que le secret peut être allégué par un dirigeant en vue d'obtenir le rejet d'une demande d'expertise. Si le secret n'est pas considéré en lui-même comme un obstacle à la mesure de contrôle, il est néanmoins pris en considération pour apprécier la légitimité de la procédure. A ce titre, le juge peut considérer que la réponse globale du dirigeant est satisfaisante dans le cadre d'une expertise de gestion, même s'il a refusé de répondre à une question au motif de protéger le secret des affaires. Cet argument peut être accueilli favorablement comme en atteste un arrêt du 17 janvier 2006<sup>1075</sup>. La protection de la gestion du dirigeant en ressort renforcée alors que celle de l'associé est amoindrie.

**1272.** Le secret des affaires ainsi réaffirmé a vocation à coexister avec la transparence elle-même vectrice de contrôle. Il convient d'articuler ces deux impératifs sans que le premier ne prenne le pas sur le second, surtout à l'heure où de nouveaux scandales rappellent la nécessité d'une transparence accrue<sup>1076</sup>.

**1273.** D'ailleurs, le culte du secret si cher aux dirigeants sociaux n'a pas été totalement proscrit durant les années phares de la transparence, comme en atteste le revirement du législateur en matière de publication des rémunérations. Si la loi NRE de 2001 prescrivait la publication des rémunérations de chaque mandataire social à l'adresse de l'ensemble des structures sociétaires cotées et non cotées deux modifications substantielles sont intervenues dans l'année suivante pour réduire la portée de cette avancée légale. Une première volte-face législative s'est opérée au travers de la loi de sécurité financière du 1er août 2003. La nouvelle mouture du dispositif légal, prenant en compte la spécificité des petites et moyennes entreprises, astreint, désormais, à l'obligation de publicité, les seules sociétés non cotées sous contrôle, direct ou indirect, au sens de l'article L. 233-16 du code de commerce, d'une société dont les titres sont admis sur un marché réglementé. Puis l'adoption de l'ordonnance du 24 juin 2004 marque une ventilation de l'impératif de transparence selon le degré d'ouverture au marché de la structure sociétaire. D'une transparence totale en 2001, le régime de publicité des

---

<sup>1074</sup> Cass. 2<sup>e</sup> civ., 7 janv. 1999, n° 95-21.934.

<sup>1075</sup> Cass.com., 17 janv. 2006, n° 05-10.167, Rev. soc. 2006, p. 574, note A. Cérati-Gauthier.

<sup>1076</sup> Sur le sujet V. notamment : J. Lapousterle, *Les secrets d'affaires, du serpent de mer au JO ?* D. 2016, p.1072.

rémunérations des mandataires sociaux s'est progressivement resserré autour des sociétés cotées et de leurs filiales en 2003. Dès lors, pour les sociétés non cotées, seuls les mécanismes généraux du droit des sociétés permettent de connaître la rémunération du dirigeant et constituent ainsi la seule source d'information des actionnaires. Fléchissant sous la pression des « lobbies », le législateur a préféré finalement soustraire ce domaine à un contrôle trop poussé. Ce revirement manifeste clairement l'intention de la loi ne pas porter le contrôle sur des terres encore sous l'influence des dirigeants.

**1274.** Ainsi l'ère du contrôle n'a pas évincé le culte du secret qui tend à revenir sur le devant de la scène de manière indirecte. Sans valoriser celui-ci de manière explicite, le législateur redonne une impulsion au secret des affaires, réduisant ainsi corrélativement le domaine du contrôle de la gestion au profit des dirigeants. D'ailleurs, la revalorisation de la fonction ne passe pas seulement par le regain du secret des affaires mais aussi par la volonté législative de ne pas sanctionner trop sévèrement les dirigeants fautifs des sociétés *in bonis*.

**1275. Volonté de ne pas sanctionner trop fermement les dirigeants sociaux-** Le droit on l'a vu révèle certaines lacunes<sup>1077</sup>. Cependant, dans certains domaines, cette passivité peut être interprétée comme une volonté de ne pas sanctionner trop rigoureusement les dirigeants afin de préserver leur dynamisme. Ainsi le cas de la sanction pour non publication des comptes constitue un bon exemple.

**1276.** En 2013, 800 000 sociétés françaises ne respectaient pas cette obligation soit environ 40 % d'entre elles. Ces chiffres témoignent clairement d'une faiblesse très importante de la répression en la matière. Pourtant, la directive comptable européenne impose aux États membres de prévoir la responsabilité des dirigeants et des administrateurs en cas de violation de l'obligation de publier les comptes. De plus, selon la directive n° 2009/101/CE, les États membres doivent prévoir des sanctions « *appropriées* », « *au moins* » en cas de défaut de publicité des comptes annuels<sup>1078</sup>. Or au vu de ces données chiffrées, le constat est clair : les sanctions prévues par le droit français ne sont pas « *appropriées* » et ce malgré l'obligation de respecter les directives.

**1277.** *Un changement a-t-il été opéré à la suite de la loi n° 2017-256 du 28 février 2017 de programmation relative à l'égalité réelle outre-mer et portant sur d'autres dispositions en matière sociale et économique ?* Ce texte crée une nouvelle obligation à la charge du greffier

---

<sup>1077</sup> V. supra p. 409 et s.

<sup>1078</sup> B. Lecourt, *Transparence des sociétés : l'importance des informations publiées au registre du commerce et des sociétés*, Rev. soc. 2017, p. 318.

du tribunal de commerce qui doit informer, non seulement le président du tribunal de commerce, mais également, désormais, en vue de renforcer la pression sur les entreprises, le représentant de l'État dans le département. Il reste à savoir si cette procédure sera réellement efficace car il est loin d'être certain que le préfet dispose des moyens pour faire cesser le manquement.

**1278.** D'ailleurs, la faiblesse de la répression pénale en la matière n'est pas un phénomène isolé. Ce type de responsabilité n'est mis en cause que pour les cas les plus graves tel que l'escroquerie, le faux en écriture, l'abus de bien social... Dès lors, nombreuses sont les situations de fraude qui ne sont pas visées par les textes et lorsqu'elles le sont, elles sont faiblement sanctionnées à l'instar de la non publication des comptes sociaux. Une seule interprétation semble s'imposer : le législateur français ne souhaite pas faire peser un risque pénal trop élevé à l'encontre des dirigeants de peur d'une désertification de la fonction.

**1279.** Cette attitude très souple du législateur se manifeste aussi par le maintien de l'irresponsabilité et de l'impunité relatives des dirigeants sociaux dans les sociétés *in bonis*. Si les revendications formulées par la doctrine n'ont pour l'heure aucune incidence sur le régime de la responsabilité du dirigeant en cette matière malgré le flot de réformes, cela révèle la réticence du législateur et de la jurisprudence à sanctionner les dirigeants de sociétés *in bonis*. En outre, même si l'étude ne concerne pas les sociétés en difficulté, la loi *Sapin II*, qui allège la responsabilité des dirigeants pour simple négligence dans la gestion d'une société en liquidation est une nouvelle manifestation de la tendance exposée.

**1280.** Le libéralisme n'a finalement jamais cessé d'irriguer le droit des sociétés. La volonté de préserver l'autonomie du dirigeant se retrouve en filigrane des réformes. On n'a jamais douté de l'intention de la loi de protéger la fonction de dirigeant ; simplement celle-ci semblait quelque peu s'estomper lors de l'intégration des principes du gouvernement d'entreprise dans le droit français. Aujourd'hui, cette tendance tend à s'inverser.

**1281.** Au cœur de cette construction législative, c'est un mouvement de balancier qui perdure entre l'autonomie et le contrôle. Pour l'heure, un vent de libéralisme un peu plus soutenu paraît souffler sur le droit des sociétés, créant ainsi des îlots sur lesquels le contrôle de la gestion a moins de prises.





## *Conclusion du Chapitre II*

**1282.** Les lacunes législatives attestent d'une certaine relativité du contrôle de la gestion. Des interférences viennent atténuer l'efficacité du système de contrôle.

**1283.** La transparence est un outil du contrôle, sauf lorsqu'elle est dévoyée et devient un moyen de donner aux yeux de tous, l'image d'une gestion efficace et rationnelle. Elle s'instrumentalise alors pour ne devenir qu'apparence. Il s'agit d'une des dérives potentielles et certaines dispositions légales peuvent favoriser ce dévoiement. Lorsque les obligations n'imposent qu'un contrôle formel sans vérification de la substance des informations transmises, alors le contrôle est d'une efficacité relative. Il convient donc de procéder à une refonte de ces obligations afin de leur conférer une efficacité.

**1284.** Un autre facteur de relativité a été exposé. Il s'agit de la géométrie variable du contrôle. Il va sans dire que c'est sans doute un des critères déterminants de l'efficacité du contrôle. La physionomie du contrôle diffère suivant les formes sociales et les effets de seuil. Pourtant ce procédé n'est pas pleinement satisfaisant. Deux critiques peuvent être formulées à son égard. Il est intrinsèquement une source de complexité, puisque selon certains paramètres l'intensité du contrôle diffère manifestement. Ainsi la mise en œuvre du contrôle ne s'en trouve pas facilitée. En outre, les répercussions de ce positionnement ne sont pas toujours positives. En effet lorsque les sociétés ne satisfont aucun des critères déclencheurs d'un contrôle plus poussé, celles-ci sont alors réduites à un contrôle de leur gestion des plus limité.

**1285.** Quant aux dispositions à rebours, elles témoignent de la nécessité de concilier cet impératif avec les autres considérations du droit des sociétés. Pour certaines il ne s'agit que de dispositions dont la portée demeure limitée. Malheureusement pour d'autres, les choix opérés sont pour le moins critiquables surtout lorsqu'ils opèrent un recul des prérogatives de contrôle de certains organes. Dès lors en procédant à cet arbitrage, le législateur place le dogme du contrôle en conflit avec l'autonomie des dirigeants. Ce retour au libéralisme, s'il ne remet pas en cause les instruments juridiques de contrôle de la gestion, le contrôle voit néanmoins son rôle quelque peu ébranlé. Seule l'évolution future du droit, indiquera le positionnement du contrôle vis-à-vis des autres impératifs. En ce sens, on attend avec intérêt les ordonnances gouvernementales à venir.



## *Conclusion du Titre II*

**1286.** Le droit français n'est pas encore pleinement opérant. Procédant à tâtons, en proclamant puis revenant sur les dispositions annoncées, la législation manque de pragmatisme. Le droit manque encore parfois de prises sur la réalité des sociétés. Trop de dispositions sont inappliquées qu'ils s'agissent du dépôt des comptes sociaux, l'édition de rapports, l'instauration d'un contrôle interne, la réunion effective des conseils d'administration.... *Quelles en sont les raisons ?*

**1287.** En l'absence de dispositions pragmatiques, d'uniformité<sup>1079</sup>, de sanctions effectives, auxquelles s'ajoutent des concepts parfois flous et sans consistance « *dans nos pays de la vieille Europe, il était socialement prévisible que le principe de réalité finirait par reprendre le dessus*<sup>1080</sup> ».

**1288.** La difficulté d'engager la responsabilité civile des dirigeants incite les associés à adopter une position plutôt passive en la matière. A cela s'ajoutent les difficultés procédurales liées à la mise en œuvre des instruments de contrôle. Cet état de fait, conduit à relever la nécessité de réformer un pan du système du contrôle de la gestion. D'ailleurs, cette nécessité est renforcée par la présence sporadique de dispositions légales allant à rebours du contrôle de la gestion ainsi que par la persistance de lacunes en la matière.

**1289.** Or malgré ces éléments qui limitent la portée de l'efficacité du contrôle de la gestion, d'autres sanctions permettent d'asseoir celle-ci à l'instar de la révocation du dirigeant. Elles pourraient alors circonscrire les limites de l'efficacité du système. Cependant, pour certaines sociétés notamment celles où la participation aux dettes sociales est illimitée, l'effectivité de la révocation peut être remise en cause par le jeu interne des pouvoirs. De ce fait, le besoin d'intervenir sur le droit de la responsabilité civile s'impose.

**1290.** De plus, la prévalence du droit conventionnel en droit des sociétés, pose certaines difficultés en matière de contrôle. S'il peut constituer une arme au service des associés, lorsqu'il n'est pas ou mal utilisé, il peut être un facteur limitatif de l'efficacité du contrôle de la gestion. En ce sens, le risque d'imprévision ou d'imprécision des statuts sociaux, renforce le besoin d'un ordre public *a minima* en la matière. Toutefois, la géométrie variable des

---

<sup>1079</sup> J. Delga, *L'administrateur indépendant en France : un mythe ? - ou : Un exemple des dangers de l'uniformité en matière de "corporate governance"*, JCP E 2004, n° 5, 150.

<sup>1080</sup> J. Delga, *ibid.*

dispositions légales impératives, nuance la position quant à l'efficacité générale du système de contrôle de la gestion.



## *Conclusion de la seconde Partie*

**1291.** L'efficacité du système de contrôle de la gestion des sociétés commerciales est une équation complexe. La diversité des curseurs actionnés par le législateur et la jurisprudence attestent de cette difficulté. Compte tenu de l'ampleur du système de contrôle, il est délicat de parvenir à une cohérence globale, ce qui explique notamment que le système révèle encore certaines limites. D'autant qu'au-delà des éléments intrinsèques au système, d'autres impératifs du droit des sociétés l'impactent plus ou moins directement.

**1292.** Malgré ces difficultés, l'ensemble des protagonistes du système a fait l'objet d'une réflexion sur la manière de rendre la plus efficace possible leur intervention. Qu'ils s'agissent des associés, des commissaires aux comptes ou des conseils d'administration, tous ont vu leur régime juridique réformé afin de favoriser l'exercice de leur prérogative de contrôle. Suivant cette même finalité, les commissaires aux comptes ont vu leur responsabilité renforcée tandis qu'un véritable devoir de contrôle a été proclamé pour d'autres. Une attention particulière a donc été portée sur ce que l'on considère comme l'environnement direct du contrôle de la gestion. En parallèle, le législateur a amélioré l'efficacité de certains mécanismes de contrôle et les juges en ont élargi la portée. C'est à ce titre par exemple que l'expertise de gestion, mécanisme central du contrôle de la gestion a été étendue.

**1293.** Les conséquences du contrôle en tant qu'élément crucial du système ont aussi été adaptées. Suivant ces considérations, un large panel de sanctions est mis à disposition des contrôleurs. Afin de faciliter le contrôle, le législateur a d'une part amélioré les sanctions permettant de garantir la transparence de la gestion. D'autre part, pour faciliter la mise en cause des dirigeants fautifs, le législateur a par exemple multiplié les hypothèses légales de mise en jeu de la responsabilité tant civile que pénale des dirigeants sociaux. De même, que les juges ont façonné le régime de certaines infractions dans un sens favorable aux organes de contrôle ainsi que les sanctions applicables aux dirigeants fautifs. C'est aussi dans le but de renforcer le pouvoir de contrôle des associés que les juges ont érigé des nouveaux devoirs à la charge des dirigeants. Le devoir de loyauté peut ainsi être appréhendé comme une nouvelle arme au service des associés dans l'exercice de leur contrôle de la gestion du dirigeant. Il vient compléter les hypothèses de mise en cause de la responsabilité des dirigeants et par conséquent élargir la portée du contrôle. On peut aussi citer l'émergence de concept comme l'unité économique et sociale qui permet d'éviter que les dirigeants ne se dérober du contrôle de leur gestion.

**1294.** Les mesures prises par le droit des sociétés pour assurer l'efficacité du système de contrôle de la gestion sont donc diverses et variées. Si le bilan reste à faire, il est d'ores et déjà possible d'affirmer que l'approche systémique du contrôle de la gestion des sociétés commerciales est à ce jour parfaitement appréhendée par le droit des sociétés.





## ***Conclusion générale***

**1295.** A la question, *le système de contrôle de la gestion est-il efficace ?* Il n'est pas facile de répondre. Les juristes savent que les tendances qui se dessinent sont rarement univoques et la fragmentation du droit des sociétés ne permet pas une réponse unitaire. Une chose est certaine, le droit des sociétés ne peut pas être blâmé d'immobilisme. Perméable aux considérations du gouvernement d'entreprise, le droit français a su faire évoluer le système de contrôle de la gestion des sociétés commerciales.

**1296.** Naviguant entre souplesse et impérativité, le législateur a su faire preuve de compromis en la matière. Le contrôle de la gestion n'est pas le seul impératif du droit des sociétés. Celui-ci gravite avec d'autres parmi les impératifs affectant la matière. Le choix du législateur s'est porté sur une complémentarité du droit conventionnel et la loi pour régir le système de contrôle. Cette ambivalence du droit doit être saluée car elle hisse le droit des sociétés dans l'ère post-moderne empreinte de pragmatisme.

**1297.** La loi a su déléguer au droit conventionnel une partie importante du contrôle. Cette position s'adapte parfaitement au besoin de malléabilité exigé par le droit des affaires. En outre, qui sont plus légitimes que les associés pour décider du degré de contrôle de la gestion voulu ? Les techniques contractuelles sont à même de satisfaire les intérêts légitimes des associés en matière de contrôle de la gestion. En ce sens, la doctrine et la jurisprudence ont permis le développement d'une panoplie considérable de clauses permettant d'influer sur le contrôle de la gestion. Evidemment, cette liberté n'est pas sans limites et doit respecter certains principes. C'est d'ailleurs, à ce titre que la loi reste indispensable surtout dans un domaine où le besoin de sécurité juridique doit demeurer.

**1298.** La loi n'a pas abandonné la question du contrôle de la gestion des dirigeants, bien au contraire. On en veut pour preuve l'arsenal législatif et réglementaire imposant se rapportant au sujet. Un nombre de dispositions considérables participent au contrôle plus ou moins directement. Elles ont pour objet aussi bien l'information, la participation des associés en assemblée ou encore plus directement les procédures d'expertises... L'efficacité du système a pu être relevé justement parce que le législateur a agi sur l'ensemble des paramètres du contrôle de la gestion.

**1299.** Soutenu dans sa tâche par la jurisprudence, le droit a su optimiser les moyens de contrôle au service des organes investis de cette prérogative. Qu'ils s'agissent de rationaliser

la circulation de l'information, d'étendre le périmètre du contrôle, de multiplier les autorités de surveillance, de renforcer les mécanismes de mise en œuvre de la responsabilité ou encore de créer de nouvelles obligations à la charge des dirigeants. Ainsi le droit est en quête d'efficacité du contrôle.

**1300.** Grâce à cette démarche globale, les doléances les plus emblématiques autrefois dirigées contre les sociétés anonymes ont été corrigées. A ce titre, le professeur Couret<sup>1081</sup> proclame, la fin d'un mythe issu de la loi de 1966 fondé sur la légende de la passivité des organes sociaux et sur l'omnipotence corrélative des dirigeants sociaux. Le droit des sociétés post moderne a fait évoluer les pratiques. Empreint de plus de pragmatisme, il a su rééquilibrer les positions de l'ensemble des protagonistes. L'activisme actionnarial est devenu une réalité, d'autant plus que la sociologie de celui-ci a participé à promouvoir son action. Majoritairement composée d'investisseurs professionnels montrant une volonté d'infléchir efficacement le fonctionnement social, la souveraineté des assemblées d'actionnaires n'est plus à présent une formule creuse et « *ce d'autant que des pouvoirs lui sont transférés aujourd'hui dont elle n'avait jamais disposé : pouvoirs en matière de rémunérations...*<sup>1082</sup> ». Quant au conseil d'administration, les exigences de la gouvernance pour certaines ratifiées par la loi, ainsi que la responsabilisation de ses membres, ont conduit cet organe à voir modifier sa position et son rôle dans le fonctionnement social. Aujourd'hui il est difficile pour un conseil d'être purement passif.

**1301.** Pour ce qui est des dirigeants sociaux, si pour les sociétés ouvertes, la situation a passablement évolué, le marché régule les débordements ce qui limite les abus. En revanche, pour les PME, il semble que le mythe de la toute-puissance reste inchangé. D'ailleurs, à ce propos, un parallèle avec les autres formes sociales s'impose. Dans ces dernières, la toute-puissance des dirigeants reste une réalité. *Est-ce à dire que le contrôle des sociétés n'est pas efficace ?* Cela n'est pas certain.

**1302.** L'objectif est de parvenir à un équilibre afin d'optimiser le fonctionnement social. La toute-puissance des dirigeants n'est pas elle-même un problème si elle est régulée par le contrôle des autres organes. Dans ce cas, le système remplit sa fonction car le but n'est pas de mettre fin à l'autonomie des dirigeants sociaux. Le libéralisme est nécessaire pour promouvoir l'économie. A trop resserrer la contrainte pesant sur les dirigeants, il faut s'attendre à une stigmatisation de la fonction.

---

<sup>1081</sup> A. Couret, *L'état du droit des sociétés, 50 ans après la loi du 24 juillet 1966*, BJS 2016, n° 7- 8, p. 433.

<sup>1082</sup> A. Couret, *ibid.*

**1303.** Conscient de cette problématique, le droit français semble-t-il a su parvenir à cet équilibre. Grâce à des réformes successives, il confère aujourd'hui aux organes de contrôle les moyens nécessaires pour encadrer la puissance des dirigeants. Des ajustements sont encore possibles pour parfaire l'efficacité du système. A cette fin, plusieurs pistes peuvent être avancées. Les procédures de contrôle bien connues des sociétés par actions pourraient être étendues aux sociétés de personnes à l'exemple de l'expertise de gestion ou de la procédure des conventions règlementées. Au sein de structures où la responsabilité des associés est sans limite, on peut s'interroger sur l'absence de tels mécanismes au sein de ces dernières. Elles permettraient d'impliquer encore plus les associés dans le contrôle de la gestion sans pour autant créer un risque de blocage dans le fonctionnement de ces sociétés. Dans le même ordre d'idées, la procédure d'alerte pourrait être généralisée à l'ensemble des sociétés commerciales. Toutefois, ces propositions ne sont que résiduelles et c'est un sujet de fond qui cristallise l'attention de la doctrine.

**1304.** Elle sollicite une réforme au sujet de la responsabilité civile des dirigeants *in bonis*. En effet, un chantier mérite d'être entrepris en ce sens. L'impunité de fait des dirigeants au plan civil, reste une brèche grande ouverte dans le système. Si d'autres sanctions permettent de faire appliquer le contrôle, le système ne peut faire l'économie de la force normative de la responsabilité surtout lorsque du fait de la géométrie variable du contrôle, cette responsabilité est presque l'unique recours de l'associé soucieux d'exercer son contrôle sur la gestion sociale. La responsabilité civile des dirigeants sociaux dans les sociétés *in bonis* est une question particulièrement complexe qui nécessiterait au même titre que le contrôle de la gestion de faire l'objet d'une approche systémique. La réalité des pratiques doit être prise en considération pour gommer les dysfonctionnements du régime légal. En ce sens, l'action en responsabilité des associés à l'égard des dirigeants est trop restrictive compte tenu de l'ineffectivité de l'action sociale. De même, l'aspect procédural lié à la mise en œuvre de la responsabilité doit impérativement être pris en compte. C'est donc une approche plus pragmatique du législateur qui doit animer la réforme de la responsabilité civile des dirigeants sociaux. La sévérité envers les dirigeants sociaux est de mise malgré l'argument visant à stigmatiser la responsabilité comme un frein à l'initiative économique. Cet argument n'est pas selon nous légitime dans la mesure où les juges ne sanctionnent que les fautes de gestion. En effet, la jurisprudence laisse aux dirigeants une marge d'erreur, inhérente à toute prise de décision. L'obligation de compétence, de diligence à la charge du dirigeant n'est qu'une obligation de moyen ; la faute doit être prouvée de même que le préjudice. Ainsi les dirigeants

normalement diligents, prudents et actifs n'ont pas à craindre de la rigueur du régime de responsabilité. De plus, cette sévérité à l'égard des dirigeants sociaux serait toujours tempérée par l'assurance de responsabilité des dirigeants sociaux.

**1305.** Néanmoins, dans l'ensemble, le droit des sociétés avance pour s'adapter au mieux à la réalité des pratiques. *La réforme du droit des contrats, constituera-t-elle l'impulsion qui manquait pour réformer le régime de la responsabilité des dirigeants sociaux ?* L'avenir le dira.

**1306.** Mais l'avenir proche semble plutôt se diriger vers d'autres réformes. La loi *Sapin II* ayant autorisé le gouvernement à procéder à des modifications substantielles par voie d'ordonnances, semble vouloir réformer des modalités importantes du contrôle de la gestion. Les droits des associés, les modalités d'information dans les petites et grandes entreprises ainsi que la participation des associés aux décisions collectives sont dans le viseur du gouvernement « *sans que l'on soit d'ailleurs totalement sûr que le résultat leur soit favorable*<sup>1083</sup> ».

**1307.** Toutefois, le droit a ses limites et le droit des sociétés ne déroge pas à la règle. Des facteurs non juridiques viennent interférer avec le système de contrôle instauré par la loi. Cette dernière se révèle impuissante face à certaines réalités : à l'instar du jeu des pouvoirs. La détention du capital est indéniablement un facteur limitant du contrôle de la gestion des dirigeants. En effet, lorsque le dirigeant est associé majoritaire ou lorsqu'il bénéficie de la confiance des majoritaires, l'intensité du contrôle des autres associés est largement atténuée par les rouages du fonctionnement sociétaire fondé sur la loi de la majorité. Il est vrai que dans le cas des sociétés de personnes où le gérant est associé majoritaire, le besoin de contrôle est moins pressant puisque le risque social pèse principalement sur ce dernier. Toutefois, lorsque la société est à responsabilité illimitée, dans cette hypothèse, un contrôle est indispensable pour la protection des minoritaires. Or, le caractère minoritaire dans le capital social et la réalité processuelle, ne permettent pas une protection efficace de ces derniers. Dans cette configuration, le système de contrôle ne prend pas assez en compte ce paramètre pour être pleinement efficace dans ce type de structure.

**1308.** De même, le droit n'a aucune emprise sur la volonté des associés qui peuvent à leur gré user de leur liberté conventionnelle ou user de leurs outils légaux de contrôle mis à leur disposition. L'inapplication du droit est un facteur freinant l'efficacité du système. Le nombre

---

<sup>1083</sup> B. Saintourens et P. Emy, art. cit., p. 131.

réduit de condamnations de dirigeants dans les sociétés *in bonis*, incite à s'interroger sur les raisons de l'inertie des contre-pouvoirs. La tendance s'inverse lorsque la société connaît des difficultés financières. Ce sont donc les difficultés économiques qui paraissent déclencher le contrôle des associés. La prévention, au cœur pourtant du dispositif de contrôle n'a, semble-t-il, pas encore intégré les considérations des associés. C'est notamment le cas pour les actionnaires de sociétés cotées. Ces derniers ne prennent le plus souvent la parole qu'en période de crise. La confiance des marchés envers ces sociétés et leurs dirigeants est fondamentale. Dans ces circonstances, « *les actionnaires hésitent donc à poser les questions qui risqueraient de la miner et qui auraient pourtant permis de détecter certaines failles*<sup>1084</sup> ». C'est une autre faiblesse intrinsèque du système à laquelle il conviendra aussi de trouver une solution pour éviter la répétition de la bulle et du crash des valeurs.

**1309.** Peut-être ce n'est que la bascule vers le domaine des entreprises en difficulté qui entraîne une prise de conscience de la juridicité qui entoure le fonctionnement des sociétés commerciales. De même ce n'est que dans l'hypothèse d'un conflit que les associés semblent s'intéresser aux dispositifs substantiels de contrôle. Par conséquent, le curseur devrait être déplacé et c'est peut-être en ce sens qu'une réflexion doit être entreprise sur le droit des sociétés. Cependant, à n'en pas douter la complexité du droit des sociétés, ne facilite pas l'exercice du contrôle de la gestion et les lois de simplification ou de modernisation de la vie économique, aux titres évocateurs n'inversent malheureusement pas la tendance. Le problème de l'accessibilité du droit des sociétés pour des associés et même pour des dirigeants non spécialistes en la matière, explique que le contrôle reste confiné à un contrôle *a posteriori*. Ce n'est que la maîtrise des rouages juridiques qui peut permettre d'exercer un contrôle *a priori* aux vertus préventives. En l'état, la technicité du droit empêche une appréhension de toute les potentialités du contrôle par les associés. Le droit des sociétés ne reste-t-il pas encore un droit trop dogmatique encore trop étanche à la réalité sociologique des entreprises ?

**1310.** Enfin, l'ensemble des mesures si opportunes soient-elles ne peut mettre fin aux pratiques coupables ou à l'inaction de quelques dirigeants. Les agissements illicites ou simplement inconséquents ne peuvent être totalement prévenus. Ce serait présumer des capacités opérationnelles du droit.

---

<sup>1084</sup> P. Burbidge, *Quels boucliers ? Quelles préventions ? Quelles couvertures du risque ?* in colloque *La gouvernance dans les sociétés anonymes Un bouclier pour les dirigeants ?* RLDA 2009, n° 41.

*« Le contrôle garantit contre certains risques ou évite certains abus. Il ne donne pas, et ne peut donner, une sécurité absolue <sup>1085</sup>».*

---

<sup>1085</sup> Y. Guyon, *Droit des Affaires*, T1, Economica, 2003, p. 408.



## **BIBLIOGRAPHIE**

### **I-TRAITES, DICTIONNAIRES ET OUVRAGES GENERAUX**

**BOUIN (X.) et SIMON (F.-X.)**

*Les nouveaux visages du contrôle de gestion*, Dunod, 3ème éd., 2009

**BOUQUIN (H.)**

*Le contrôle de gestion*, PUF, 9ème éd., 2010

**CARBONNIER (J.)**

*Droit civil, Introduction*, PUF, 26ème éd., 1999

**CORNU (G.)**

*Vocabulaire juridique*, PUF, 8ème éd., 2000

**COZIAN (M.), VIANDER (A.) et DEBOISSY (F.)**

*Droit des sociétés*, LexisNexis, 25ème éd., 2012

**DIDIER (PH.)**

*De la représentation en droit privé*, LGDJ, 2000

**DIDIER (P.) ET DIDIER (PH.)**

*Droit commercial, Les sociétés commerciales*, T. 2, Economica, 2011

**DONDERO (B.)**

*Droit des sociétés*, Dalloz, 2ème éd., 2012

**GERMAIN (M.) avec le concours de MAGNIER (V.)**

*Traité de droit commercial, Les sociétés commerciales*, LGDJ, 2009

**GIBIRILA (D.)**

*Droit des sociétés*, Ellipses, 4ème éd., 2012

**GUINCHARD (S.) et DEBARD (T.)**

*Lexique des termes juridiques*, Dalloz, 25ème éd., 2017

**GUYON (Y.)**

*-Droit des affaires, Droit commercial général et Sociétés*, T.1, Economica, 12ème éd., 2003

*-Droit des affaires*, T. 2, *Entreprises en difficulté, Redressement judiciaire, Faillite*, Economica, 9ème éd., 2003

**HILAIRE (J.)**

*Introduction historique au droit commercial*, PUF, 1986

**JACQUEMONT (A.)**

*Droit des entreprises en difficulté*, Litec, 7ème éd., 2011



**JEANTIN (M.)**

*Droit des sociétés*, Montchrestien, 3<sup>ème</sup> éd., 1994

**De JUGLART (M.) et IPPOLITO (B.)**

*Traité de droit commercial*, vol. 2, *Les sociétés*, T. II, par E. du Pontavice et J. Dupichot, Montchrestien, 1982

**LE CANNU (P.) ET DONDERO (B.)**

*Droit des sociétés*, Montchrestien, 6<sup>ème</sup> éd., 2014

**De LEYSSAC (M-P.) et MIHMAN (A.)**

*Droit pénal des affaires*, Economica, 2009

**LEMEUNIER (F.)**

*Société anonyme, Création, Gestion, Evolution*, Delmas, 20<sup>ème</sup> éd., 2007

**MERLE (P.)**

*Droit commercial, Sociétés commerciales*, Dalloz, 20<sup>ème</sup> éd., 2017

**MONSERIE-BON (M-H.) et GROSCLAUDE (L.)**

*Droit des sociétés et des groupements*, Montchrestien, 2009

**PEROCHON (F.)**

*Entreprises en difficulté*, LGDJ, 9<sup>ème</sup> éd., 2012

**PETIT (B.)**

*Droit des sociétés*, Litec, 4<sup>ème</sup> éd., 2008

**RIPERT (G.) et ROBLLOT (R.)**

*Traité de droit commercial*, T. I, vol. 2, par M. Germain, LGDJ, 19<sup>ème</sup> éd., 2009

**ROUBIER (P.)**

*Théorie générale du droit*, 1951, Sirey, rééd. Dalloz, 2005

**SAINT-ALARY-HOUIN (C.)**

*Droit de entreprises en difficulté*, Montchrestien, 7<sup>ème</sup> éd., 2011

**TERRE(F.), SIMLER(PH.) ET LEQUETTE(Y.)**

*Droit civil, les obligations*, Dalloz, 13<sup>ème</sup> éd., 2013

**VIDAL (D.)**

*Droit des sociétés*, LGDJ, 7<sup>ème</sup> éd., 2010

## **II- REPERTOIRES ET OUVRAGES PRATIQUES**

### **ANDERNACK (I.)**

*Inventaire et comptes annuels*, Rép. sociétés Dalloz, 2011

### **ARAKELIAN (R.)**

*Action de préférence*, Rép. sociétés Dalloz, 2015

### **BACH (L.)**

*Jurisprudence*, Rép. civil Dalloz, 2009

### **BOUGNOUX (A.)**

*Sociétés à responsabilité limitée – Organes de contrôle*, J.-Cl « sociétés traité », fasc. 76-10, 2014

### **CAUSSAIN (J.-J.)**

*Conseil de surveillance*, J.-Cl. « sociétés traité », fasc. 133-60, 2014

### **CHARVERIAT (A.), COURET (A.), PIQUEREAU (T.), ZABALA (B.), BEETSCHEN (A.), CLEMENT (C.), GOUTHIERE (B.), GUTMANN (D.), MERCIER (J.-Y.) et BOUBLI (B.)**

*Sociétés commerciales*, Mémento Pratique Francis Lefebvre, 2017

### **CRUVELIER (E.)**

*Comptabilité*, Rép. commercial Dalloz, 2010

### **DEVEZE (J.) ss dir.**

*Lamy droit du financement*, 2017

### **GERMAIN (M.) ET PERIN (P.-L.)**

*Sociétés par actions simplifiée*, J.-Cl « sociétés traité », fasc. 155-10, 2016

### **GODON (L.)**

*Expertise de gestion*, Rép. sociétés Dalloz, 2003

### **GUYON (Y.)**

*Assemblées d'actionnaires*, Rép. sociétés Dalloz, 2002

*Administration- Responsabilité civile des dirigeants*, J.-Cl, « sociétés traité », fasc. 132-10, 2016

### **GUYON (Y.) et M. BUCHBERGER (M.)**

*Administration, responsabilité civile des dirigeants*, J.-Cl « sociétés traité », fasc. 132-10, 2016

### **JEULAND (E.) et MANIN (F.)**

*Injonction de faire*, Rép. sociétés Dalloz, 2013

### **LECOURT (A.)**

*Statuts et actes annexes*, Rép. sociétés Dalloz, 2015

**MAGNIER (V.)**

*Gouvernance des sociétés cotées*, Rép. sociétés Dalloz, 2010

**MALECKI (C.)**

*Cumul de mandats sociaux*, Rép. sociétés Dalloz, 2011

**MARCENAC (P.)**

*Le concept de l'image fidèle*, Journal des assoc. Dalloz, 2011

**MATSOPOULOU (H.)**

*Infractions comptables*, Rép. sociétés Dalloz, 2014

**MESTRE (J.), VELARDOCCIO (D.) et MESTRE-CHAMI (A-S.)**

*Sociétés commerciales*, Lamy, 2016

**MONNET (J.)**

*Sociétés anonymes, Conseil d'administration-Statut des administrateurs*, J.-Cl « commercial », fasc. 1377, 2015

**MONSERIE-BON (M-H.)**

*Entreprises en difficulté (Détection des difficultés)*, Rép. sociétés Dalloz, 2012

**MORVAN (M-J.) et DOS SANTOS (M.)**

*Comptable*, Mémento Pratique Francis Lefebvre, 2017

**MOULIN (J-M.)**

*Sociétés anonymes, Pactes d'actionnaires*, J.-Cl « commercial », fasc. 1486, 2015

*Sociétés anonymes, Droits des actionnaires*, J.-Cl « commercial », fasc. 1484, 2002

**NURIT-PONTIER (L.)**

*Devoir de loyauté*, J.-Cl « sociétés traité », fasc. 45-10, 2013

**De QUENAUDON (R.)**

*Comité d'entreprise (Mise en place, composition, fonctionnement)*, Rép. travail Dalloz, 2004

**PAGNUCCO (J-C.)**

*Administration-Conseil d'administration*, J.-Cl « sociétés traité », fasc.131-10, 2009

**PORACCHIA (D.), MERLAND (L.) et LAMOUREUX (M.)**

*Commissaires aux comptes*, Rép. sociétés Dalloz, 2016

**RABELAIS (F.)**

*Commissaire aux comptes – Missions*, J.-Cl « sociétés traité », fasc. 134-20, 2011

**SORTAIS (J-P.)**

*Protection des minoritaires*, Rép. sociétés Dalloz, 1993

**STORCK (M.)**

*La promesse de porte fort*, J.-Cl « civil code », art. 1120, fasc. unique, 2012

**VATINET (R.)**

*Expertise de gestion*, J.-Cl « Commercial », fasc. 1079, 2010

### **III- OUVRAGES SPECIAUX**

**BASDEVANT (F.), CHARVERIAT (A.) et MONOD (F.)**

*Le guide de l'administrateur de société anonyme, Réglementation Statut et responsabilité Gouvernement d'entreprise Formules pratiques*, Litec, 2<sup>ème</sup> éd., 2004

**BEBEAR (C.) et MANIERE (P.)**

*Ils vont tuer le capitalisme*, Plon, 2003

**BERR (Cl.)**

*L'exercice du pouvoir dans les sociétés commerciales*, Sirey, 1961

**BLANC (G.)**

*La prévention des difficultés des entreprises*, ouvrage coll. PUAM 2004

**BOUCOURECHLIEV (J.), SERBAT (H.), LEVI (A.), BOUYSSI (M.) ET BASCHET(D.)**

*La pratique de la société à directoire*, Litec, 1980

**BOUILLET-CORDONNIER (G.)**

*Pactes d'actionnaires et privilèges statutaires*, Efe, 1992

**BOURRIE-QUENILLET (M.) et STEPHANY (E.)**

*La prévention des entreprises en difficultés*, CREGO – Université Montpellier II.

**BRICARD (A.), LACROIX-PHILIPS (E.), LEGRAIN (T.), MORIN (M.), CHEVILLON (C.) et VAROCLIER (J.)**

*Accompagner le chef d'entreprise en difficulté, De la prévention au rebond*, Litec, 2006

**BRISSY (Y.), GUIGOU (D.) et MOUROT (A.)**

*Gouvernance et communication financière*, Eyrolles, 2008

**BURGARD (J-J.)**

*L'information des actionnaires*, Dunod, 1970

**CARBONNIER (J.)**

*Flexible droit - pour une sociologie du droit sans rigueur*, LGDJ, 10<sup>ème</sup> éd., 2007

**CAUSSAIN (J-J.)**

*Le gouvernement d'entreprise, Le pouvoir rendu aux actionnaires*, Litec, 2005

**CHAPUT (Y.)**

*Le commissaire aux comptes, partenaire de l'entreprise*, Presses de Sciences Po, 1999

*La société à directoire, forme d'élection de la gouvernance*, CREDA, coll., 2006.

**CHARREAUX (G.)**

*Le gouvernement des entreprises, Corporate Governance, Théories et Faits, Economica, 1997*  
*Le rôle de la confiance dans le système de gouvernance des entreprises, 1998*

**CHARTIER (Y.)**

*La gestion et le contrôle des sociétés anonymes dans la jurisprudence, Librairies techniques, 1978*

**CHARTIER (Y.) et MESTRE (J.)**

*Les grandes décisions de la jurisprudence, Les sociétés, PUF, 1988*

**CHEN (C-W.)**

*Apparence et représentation en droit positif français, LGDJ, 2000*

**CLERMONTÉL (P.)**

*Le droit de la communication financière, Lextenso, 2009*

**COHEN (M.) et MILET (L.)**

*Le droit des comités d'entreprise et des comités de groupe, LGDJ, 12<sup>ème</sup> éd., 2016*

**COLLARD (C.) et ROQUILLY (C.)**

*La performance juridique : pour une vision stratégique du droit de l'entreprise, LGDJ, 2010*

**COLLARD (C.), DELHAYE (C.), LOOSDREGT (H.-B.) et ROQUILLY (C.)**

*Risque juridique et Conformité, Manager la compliance, Lamy Conformité, 2011*

**CONTIN (R.)**

*Le contrôle de la gestion des sociétés anonymes, Biblio. De droit de l'entreprise, 1975*

**DAUNIZEAU (J-M.) et LEIMBACH (M.)**

*Contrôle des risques, Mieux comprendre les fonctions juridiques et de conformité, RB, 2011*

**FRISON-ROCHE (M-A.) ss dir. de**

*Les leçons d'Enron, Capitalisme, la déchirure, Autrement Frontières, 2003*

**GAILLARD (E.)**

*Le pouvoir en droit français, Economica, 1985*

**GODON (L.)**

*Les obligations des associés, Economica, 1999*

**GOMEZ (P-Y.)**

*La république des actionnaires, Le gouvernement des entreprises, entre démocratie et démagogie, Syros, 2001*

**GOMEZ (P-Y.) et HARRY (C.)**

*L'entreprise dans la démocratie, une théorie politique du gouvernement des entreprises, Deboeck, 1<sup>er</sup> éd., 2009*

**G'SELL (F.) et DURAND-BARTHEZ (P.)**

*La protection du secret des affaires, État des lieux en droit civil français et projet européen, Lextenso-Fondation pour le droit continental, 2015*

**GUENGANT (A.), VENDEUIL (S.), DOVADET (D.) et ENGEL (P.)**

*Juge et droit des sociétés en 70 thèmes*, Litec Professionnels, 2008

**GUYON(Y.)**

*-Les salariés et les opérations sociétaires*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1996

*-Traité des contrats, Les sociétés, Aménagements statutaires et conventions entre associés*, LGDJ, 5<sup>ème</sup> éd., 2002

**HANNOUN (C.) et LE BARS (B.)**

*Le contrôle des entreprises, Evolution et perspectives*, L'Harmattan, 2007

**IGALENS (J.) et POINT (S.)**

*Vers une nouvelle gouvernance des entreprises, L'entreprise face à ses parties prenantes*, Dunod, 2009

**INSTITUT DE L'AUDIT INTERNE et PRICEWATERHOUSECOOPER**

*La pratique du contrôle interne, Coso Report*, Editions d'Organisation, 1992

**INSTITUT MONTAIGNE**

*Mieux gouverner l'entreprise*, 2003

**JOLY (E.) et JOLY-BAUMGARTNER (C.)**

*L'abus de biens sociaux à l'épreuve de la pratique*, Economica, 2002

**LABARDE (P.) et MARIS (B.)**

*La bourse ou la vie, la grande manipulation des petits actionnaires*, Albin Michel, 2000

**LEFEBVRE (T.)**

*L'expertise face à la production d'informations financières des sociétés*, PUAM, 2004

**L'HELIAS (S.)**

*Le retour de l'actionnaire, Pratiques du Corporate governance en France, aux Etats- Unis et en Grande- Bretagne*, Gualino, 1997

**LYON-CAEN (A.) et URBAN (Q.)**

*Le juge et la décision de gestion*, Dalloz, 2006

**MAGNIER (V.)** dirigé par

*La gouvernance des sociétés cotées face à la crise, Pour une meilleure protection de l'intérêt social*, LGDJ, 2010

**MONEGER (J.) et GRANIER (T.)**

*Le commissaire aux comptes*, Dalloz, 1995

**MONSALLIER (M-C.)**

*L'aménagement contractuel du fonctionnement de la société anonyme*, LGDJ, 1998

**NAVARRO (L.)**

*Droit des sociétés, Le juge et la société*, Mémento de la jurisprudence, Les fondamentaux, 2011

**NOIROT (Ph.) et WALTER (J.)**

*100 questions pour comprendre et agir, Le contrôle interne*, Afnor, 2009

**NURIT-PONTIER (L.) et ROUSSEAU (S.)**

*Risques d'entreprise : quelle stratégie juridique ?* LGDJ, 2012

**ORANGE (M.) et JOHNSON (J.)**

*Une faillite française*, Albin Michel, 2003

**PAILLUSSEAU (J.)**

*La société anonyme, technique d'organisation de l'entreprise*, T.18, Biblio. de droit commercial, Sirey, 1967

**PELTIER (F.)**

*La Corporate Governance au secours des conseils d'administration*, Dunod, 2004

**PERELMAN**

*L'empire rhétorique, Rhétorique et argumentation*, Vrin, 1977

**PEYRELEVADE (J.)**

*Le gouvernement d'entreprise ou Les fondements incertains d'un nouveau pouvoir*, Economica, 1999

**PIGE (B.)**

*Gouvernance, contrôle et audit des organisations*, Economica gestion, 2008

**PY (E.) et GARINOT (J.-M.)**

*La protection des secrets d'affaires, Enjeux et perspectives*, LexisNexis, 2015

**REYGROBELLET (A.)**

*Les vertus de la transparence, L'information légale dans le droit des affaires*, Presses de Sciences Po-Creda, 2011

**ROUBIER(P.)**

*Théorie générale du droit, Histoire des doctrines juridiques et philosophie des valeurs sociales*, Dalloz, 2005

**ROSNAY (J.)**

*Le microscope*, Seuil, Paris, 1975

**SAYAG (A.) ss dir.**

*Le commissaire aux comptes. Renforcement ou dérive ?* Litec, 1990

**SCHOLASTIQUE (E.)**

*Le devoir de diligence des administrateurs de sociétés, droit français et anglais*, LGDJ, 1998

**SCHMIDT (D.)**

*Les conflits d'intérêts dans la SA*, Joly, coll. Pratique des affaires, 1999

**SMITH (A.)**

*Recherches sur la nature et les causes de la richesse des nations*, T. IV, 1776

**SOLUS (H.)**

*La réforme du droit des sociétés par les décrets-lois de 1935 et 1937*, Sirey, 1938

**SOTIROPOULOU (A.)**

*Les obligations d'information des sociétés cotées, en droit de l'Union européenne*, Larcier, 2012

**TERRE (F.) ss la dir.**

*L'Américanisation du droit*, Arch. Philo. Droit, Dalloz, 2001

**TUNC (A.)**

*Le droit américain des sociétés anonymes*, Economica, 1985

**VERDUN (F.)**

*La gestion des risques juridiques*, éd. d'Organisation, 2005

*Le management stratégique des risques juridiques*, LexisNexis, 2013

**IV- THESES**

**ARNAUD-GROSSI (I.)**

*Les devoirs des dirigeants sociaux : bilan et perspectives*, th., Université Aix Marseille, 1998

**BARBIER (H.)**

*La liberté de prendre des risques*, th., Université Aix Marseille, 2011

**BOUILLET-CORDONNIER (G.)**

*Pactes d'actionnaires et privilèges statutaires*, Efe, 1992

**BURGARD (J-J.)**

*L'information des actionnaires*, Dunod, 1970

**CHRETIEN (P.)**

*Les règles de droit d'origine jurisprudentielle*, th., Lille, 1936

**DAVID (R.)**

*La protection des minoritaires dans les sociétés par actions*, th., Sirey, 1929

**DJIAN (Y.)**

*Le contrôle de la direction des sociétés anonymes dans les pays du marché commun*, th., Sirey, 1965

**FRANCONI (V.)**

*L'actualité des attributions du comité d'entreprise en matière économique*, th., Lyon 2, 2010

**GARAUD (E.)**

*La transparence en matière commerciale*, th., Limoges 1995



**GRANGER (R.)**

*La nature juridique des rapports entre actionnaires et commissaires chargés du contrôle dans les sociétés par actions*, th., Paris, 1950

**HADJI-ARTINIAN (S.)**

*La faute de gestion en droit des sociétés*, th., Litec 2001

**HAWARI (A.)**

*Le contrôle au sein de la société anonyme en droit français*, th., Aix-Marseille, 2012

**JAPIOT (R.)**

*Des nullités en matière d'actes juridiques*, th., Dijon, 1909

**LANGÉ (D.)**

*Le commissariat aux comptes et le phénomène des groupes de sociétés*, th., Tours, 1979

**MESSAI-BAHRI (S.)**

*La responsabilité civile des dirigeants sociaux*, th., Paris I, 2005

**MEUNVEITHER-PERRIN**

*Permanence et renouvellement du principe d'égalité entre les actionnaires dans les sociétés anonymes*, th., Aix-Marseille, 1994

**MIGNON-COLOMBET (A.)**

*L'exécution forcée en droit des sociétés*, th., Paris I, 2002

**MONSALLIER (M-C.)**

*L'aménagement contractuel du fonctionnement de la société anonyme*, LGDJ, 1998

**MOUILLON (G.)**

*L'indétermination de la norme et la procéduralisation du droit : l'exemple de l'arbitrage en droit interne*, th., Paris I, 2001

**MOULIN (J-M.)**

*Le principe d'égalité dans la société anonyme*, th., Paris V, 1999

**MUKA TSHIBENDE (L-D.)**

*L'information des actionnaires, source d'un contre-pouvoir dans les sociétés anonymes de droit français et du périmètre OHADA*, th., Université Aix Marseille, 2009

**NEMEDEU (R.)**

*Le contrôle des dirigeants de la société anonyme*, th., 2000

**PAILLUSSEAU (J.)**

*La Société anonyme, Technique d'organisation de l'entreprise*, Sirey, 1967

**PASQUALINI (F.)**

*L'image fidèle, facteur d'évolution du droit comptable*, th., Paris 2, 1992

**PIGNATEL (I.)**

*Liens personnels entre sociétés, contrôle et gouvernance*, th., Université Aix Marseille, 2007

**ROBINEAU (S.)**

*L'autocontrôle*, th., Le Mans, 1998

**RUELLAN (C.)**

*La loi de la majorité dans les sociétés commerciales*, th., Paris II, 1997

**SCHILLER (S.)**

*Les limites de la liberté contractuelle en droit des sociétés, les connexions radicales*, th., 1999

**SCHMIDT(D.)**

*Les droits de la minorité dans la société anonyme*, th., Sirey, 1979

**SOLUS (H.)**

*La réforme du droit des sociétés par les décrets-lois de 1935 et 1937*, Sirey, 1938

**SOUSI (G.)**

*L'intérêt social dans le droit français des sociétés commerciales*, th., Lyon, 1974

**STORCK (M.)**

*Essai sur le mécanisme de la représentation dans les actes juridiques*, LGDJ, 1982

**TUNC (A.)**

*Le droit américain des sociétés anonymes*, Economica, 1985

**VELARDOCCHIO-FLORES (D.)**

*Les accords extra-statutaires entre associés*, th., 1991

**V-ARTICLES, CHRONIQUES, CONTRIBUTIONS A DES MELANGES**

**ABLARD (T.)**

*Insécurité juridique : impuissante publique ?* Cah. dr. entr. 2008, n°1, doss. 4

**ADOM (J-K.)**

*-La révocation des dirigeants de sociétés commerciales*, Rev. soc. 1998, p. 488

*-Le secret des affaires et la participation des salariés à la gestion de l'entreprise*, BJS 2003, n° 2, p. 113

**ALBERT (M.)**

*L'irruption du Corporate Governance*, Rev. éco. fin. 1994, n° 31, p. 11

**ALEXANDRE (H.) ET PAQUEROT (M.),**

*Efficacité des structures de contrôle et enracinement des dirigeants*, in *Finance Contrôle Stratégie*, V. 3, n° 2, 2000, p. 5

**ALIBERT (B.)**

*La gestion : essai de définition juridique*, LPA 1997, n° 25, p. 10

**AMIAUD (A.)**

*L'évolution du droit des sociétés par actions*, in *Le droit privé français au milieu du XXe siècle : études offertes à Georges Ripert*, T. 2, *La propriété, contrats et obligations, la vie économique*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1950

**ARNAUD-GROSSI (I.)**

*-La situation des dirigeants sociaux au lendemain de la loi sur les nouvelles régulations économiques*, Dr. et patr. 2001, n°98, p. 50

*-Nouvelles recommandations sur le gouvernement d'entreprise : le rapport Bouton*, RLDA 2002, n° 54

*-La responsabilité des dirigeants*, Dr. et patr. 2003, n° 118

**ASENCIO (S.)**

*Le dirigeant de société, un mandataire « spécial » d'intérêt commun*, Rev. soc. 2001, p. 683

**ASTAIX (A.)**

*Violation du secret des affaires : création d'un délit*, D. Actu. 26 janv. 2012

**ATHLAN (L.)**

*L'obligation du conseil de motiver les décisions d'autorisation des conventions réglementées*, Cah. dr. entr. 2015, n° 2, doss. 10

**AUBERGER (P.)**

*La loi de sécurité financière n'est plus intelligible*, Banque magazine, 2003, n° 648, p. 14

**AUTRET (F.)**

*Droit de vote en Europe, la libéralisation aménagée*, L'Agefi hebdo 2006, p. 18

**AZAVANT (M.)**

*La sanction civile en droit des sociétés, Ou l'apport du droit commun au droit spécial*, Rev. soc. 2003, p.441

**AZIERES (O.) et FLEURIOT (P.)**

*Comités d'audit : vers un meilleur exercice de la responsabilité des administrateurs*, LPA 1995, n° 116, p. 29

**BAILLOD (R.)**

*-L'information des administrateurs des sociétés anonymes*, RTD com. 1990, p. 1

*-Mission de contrôle du conseil de surveillance d'une holding*, BJS 2006, n° 2, p. 205

**BAILLOD (R.) et DERRUPE (J.)**

*L'information des administrateurs de sociétés anonymes*, RTD com. 1990, p. 1

**BAKER (A.)**

*-L'effervescence anglaise*, LPA 1995, n° 116, p. 9

*-L'américanisation du droit par la fiance, mythe ou réalité ?* in *L'Américanisation du droit*, Dalloz, 2001

**BANCEL (F.)**

*Les dirigeants et l'internationalisation de l'actionnariat des grandes entreprises*, Rev. française de gestion, 2004, Vol. 30, p. 51

**BARANGER (G.)**

*Le rapport spécial du président du conseil d'administration sur le fonctionnement du conseil et les procédures de contrôle interne*, BJS 2004, n° 1, p. 169

**BARBIER (H.)**

*Qu'est-ce que le risque ?* Journ. sociétés 2013, p. 9

**BARBIERI (J-F.)**

*-De l'administrateur indépendant à l'auditeur indépendant et efficace (L. n° 2003-706, 1er août 2003, « de sécurité financière », Titre III)*, BJS 2004, n°1, p.5

*-Contestation d'une dette sociale et présentation de comptes infidèles*, BJS 2009, n° 11, p. 101

**BARDOS**

*Détection précoce des défaillances d'entreprises à partir des documents comptables*, Bull. Banque de France 1995, p. 59

**BARRIERE (F.)**

*-Nouvelles dispositions relatives au commissariat aux comptes et incohérences en matière de nullités*, BJS 2006, p. 989

*-Le whistleblowing, A propos de l'arrêt du 8 décembre 2009 de la Chambre sociale de la Cour de cassation*, Rev. soc. 2010, p. 483

*- Eclairage. Les « comités spécialisés » : quelques interrogations pratiques*, BJS 2010, n° 2, p. 116

*-La rémunération des dirigeants sociaux : un encadrement évolutif*, Dr. sociétés 2013, n° 10, étu. 18

**BEBE-EPALE (A.)**

*-Quel cadre législatif pour le cumul des mandats sociaux ?* LPA 2011, n° 158, p. 6

*-L'administrateur inerte*, BJS 2011, n° 196, p.6

**BENNINI (A.)**

*La procéduralisation du droit des sociétés*, RTD com. 2010, p. 499

**BERENBEIM (R.E.)**

*Les relations des sociétés avec les investisseurs institutionnels*, Revue d'économie financière 1994, n° 31

**BERGERAC (M.) et BERNARD (A.)**

*Fantaisie à deux voix, A propos de Dominique Schmidt, Les conflits d'intérêts dans la société anonyme*, D. 2000, p. 315

**BERNARD (A.)**

*Le marché autorégulé, « une idée folle » ?* D. 2009, p. 2289

**BERR (Cl.-J.)**

*La place de la notion de contrôle en droit des sociétés*, in Mél. D. Bastian, T. 1, *Droit des sociétés*, Librairie techniques, 1974

**BERTREL (J.P.)**

*Liberté contractuelle et sociétés, Essai d'une théorie du « juste milieu » en droit des sociétés*, RTD com. 1996, p. 595

**BETHOUX (E.)**

*Les comités d'entreprise européens en quête de légitimité*, Travail et Emploi 2004, n° 98, p. 21

**BERTIN-MOUROT (B.) et LAPOTRE (M.)**

*Gouvernement d'entreprise : fonctionnement des organes de contrôle et rôle des représentants des salariés*, Rapport d'étude, Caris, 2003

**BEYNEIX (I.) ET HEBERT (S.)**

*La « corporate governance » des PME : un oxymore apparent*, JCP E 2011, n° 43, 1760

**BEZARD (P.)**

*-Le nouveau visage du juge économique et financier*, in *Droit et vie des affaires, Etudes à la mémoire d'Alain SAYAG*, Litec, 1997, p. 147

*- Le droit des sociétés français face aux défis de la mondialisation*, Rev. soc. 2000, p. 55

*-La mondialisation, la crise des marchés financiers et l'évolution de la réglementation applicable aux sociétés*, in *Aspects actuels du droit des affaires*, Mél. Y. Guyon, 2002

*-Face à face entre la notion française d'intérêt social et le gouvernement d'entreprise*, LPA 2004, n° 31, p. 45

**BEZARD (P.), BISSARA (P.), BLANQUET (F.), CHAMPAUD (C.), COURET (A.), DAIGRE (J.-J.), DIDIER (P.), FOYER (J.), RANDOUX (D.), SAINTOURENS (B.), SERLOOTEN (P.) et VATINET (R.)**

*Le changement de millénaire et le droit des sociétés*, Rev. soc. 2000, p. 3

**BIEGALA (M.)**

*Le pouvoir des actionnaires peut-il et doit-il s'exercer à travers le conseil d'administration : l'expérience britannique*, LPA 1995, n° 116, p. 35

**BIENVENU-PEROT (A.)**

*Des censeurs du XIX siècles au gouvernement d'entreprise du XXI siècles*, RTD com. 2003, p. 449

**BISSARA (P.)**

*-L'inadaptation du droit français des sociétés aux besoins des entreprises et les aléas des solutions*, Rev. soc. 1990, p. 553

*-Les véritables enjeux du débat sur le gouvernement d'entreprise*, Rev. soc. 1998, p. 5

*-L'intérêt social*, Rev. soc. 1999, p. 5

*-Au seuil d'un nouveau millénaire : quelles perspectives d'évolution pour le droit des sociétés ?* Rev. soc. 2000, p. 69

*-L'influence de la professionnalisation de l'actionnariat des sociétés cotées sur le fonctionnement de ces dernières*, in Mél. M. Vasseur, Banque éditeur, 2000, p. 11

*-Interdépendance et coopération des organes sociaux de la société anonyme classique*, in *Aspects actuels du droit des affaires*, Mél. Y. Guyon, 2002

*-Le gouvernement d'entreprise en France : faut-il légiférer encore et de quelle manière ?* Rev. soc. 2003, p. 51

*- Loi NRE et redéfinition de la faute civile des dirigeants*, Rev. soc. 2003, p. 210

**BLANC (G.)**

*-La situation du commissaire aux comptes après la loi n°84-148 du 1er mars 1984*, JCP E 1984, n° 14304

*- Ethique, régulation, réglementation : des instruments de gouvernance en question : l'exemple des institutions financières*, Acte du 20ème colloque International GRET, in « Etat, gouvernementalité et gestion du changement », Rabat, L'Harmattan, 2015, p. 167

**BLANC-JOUVAN (G.)**

*L'unité économique et sociale et la notion d'entreprise*, Dr. soc., 2005, p. 68

**BLAZY (R.)**

*La pertinence économique de l'incrimination de l'abus de biens sociaux*, LPA 2005, n° 99, p. 29

**BOLARD (G.)**

*Administration provisoire et mandat ad hoc : du fait au droit*, JCP E 1995, n° 49, 509

**BONFILS (P.)**

*L'action civile en droit pénal des affaires*, Dr. et patr. 2006, n° 149

**BON-GARCIN (I.)**

*Les créanciers face aux crises politiques des sociétés*, Rev. soc. 1995, p. 649

**BONNEAU (Th.)**

*L'information n'est-elle précise que s'il est possible de déterminer le sens, à la hausse ou à la baisse, de la variation sur le cours du titre ?* BJB 2014, p. 15

**BOUCOBZA (X.)**

*La loi de la majorité dans les sociétés de capitaux*, in *Droit bancaire et financier*, Mél. AEDBF-France III, 2001

**BOUFFIER (N.)**

*La montée en puissance de l'expertise de comité d'entreprise*, Dr. social 2013, p. 126

**Du BOULLAY (E.)**

*Règlement des conseils d'administration*, BRDA 2014, n° 3

**Du BOULLAY (E.) et COLOMB (J-B.)**

*L'apport de l'évaluation des conseils d'administration au gouvernement d'entreprise*, Cah. dr. entr. 2016, n° 2

**BOULMIER (D.)**

*Les experts-comptables du comité d'entreprise : états des lieux*, Dr. sociétés 2014, p. 745

**BOULOC (B.)**

*-Le dévoiement de l'abus de biens sociaux*, RJ com. 1995, p. 301

*-La dépénalisation dans le droit pénal des affaires*, D. 2003, p. 2492

**BRAC (M.)**

*Codes de bonne conduite : quand les sociétés jouent à l'apprenti législateur*, in *Le droit mou : une concurrence faite à la loi*, Travaux du CEDCACE, 2004, p. 13

**BRIGNON (B.)**

*Les pactes d'associés : que la force soit avec eux !* Dr. sociétés 2014, n° 6, alert. 20

**BROSSES (V.) et HAELLING (J.)**

*L'utilisation des moyens de télécommunication aux conseils et assemblées générales des sociétés anonymes*, BJS 2002, n°10, p. 1089

**BRUNET (A.) et GERMAIN (M.)**

*L'information des actionnaires et du comité d'entreprise dans les sociétés anonymes depuis les lois du 28 octobre 1982, du 1<sup>er</sup> mars 1984 et du 25 janvier 1985*, Rev. soc. 1985, p. 1

**BUREAU (D.)**

*La loi relative aux nouvelles régulations économiques. Aspects de droit des sociétés*, BJS 2001, n° 6, p.553

**CADIET (L.)**

*Brèves observations sur l'expertise préventive en droit des sociétés*, in *Prospective du droit économique*, Dialogue avec M. JEANTIN, Dalloz, 1999

**CALENDINI (J-M.)**

*Les comités de direction*, BJS 1992, p. 851

**CANU (V.) et De SAINT-MARS (B.)**

*Les associations d'actionnaires, élément du gouvernement d'entreprise ?* RD banc. et fin., 2000, n°1, étud. 100003

**CARBONNIER (J.)**

*Propos introductifs*, in Colloque Deauville *La transparence*, RJC 1993, n° spécial, p. 9

**CARRE (J-F.)**

*Le pouvoir du conseil d'administration d'engager la société à l'égard des tiers*, RJDA 2007, p. 1171

**CASTET (J-P.)**

*Le droit au service de la comptabilité ou la comptabilité investie par le droit*, D. 2008, p. 860

**CATHIARD (C.)**

*L'utilisation des moyens de télécommunication pour la préparation et la tenue des conseils et assemblées des sociétés anonymes*, JCP E 2007, n° 20-21, 1660

### **CAUSSAIN (J-J)**

*-L'administrateur de la société anonyme : un responsable sans pouvoirs*, Les Echos, 1995, n° 16835, p. 13

*-À propos du devoir de loyauté des dirigeants de sociétés* in Mélanges Mercadal, éd. Francis Lefebvre, 2002, p. 307

*-L'influence mondiale et européenne*, Cah. dr. entr ; 2005, n°5, p. 27

### **CAVALLINI (J.)**

*Le juge des référés et les mandataires de justice dans les sociétés in bonis*, Rev. soc. 1998, n° 2, p. 247

### **CERATI-GAUTHIER (A.)**

*L'assistance de l'expert-comptable pour l'examen des comptes annuels*, Les cahiers Lamy du CE, juill. 2004, p. 10

### **CHACORNAC (J.) et BOURRIER-SOIFER (F.)**

*Sociétés cotées : les dernières évolutions sur l'information des investisseurs*, Actes prat. ing. Sociétaire, 2015, n° 144, p. 4

### **CHAMPAUD (C.) et DANET (D.)**

*-En cas de carence de la société, le juge doit désigner un mandataire chargé de déposer les comptes annuels au greffe du tribunal de commerce*, RTD. com. 1999, p. 876

*-Information obligatoire des associés ou des actionnaires, des obligataires ou des tiers. Substitution d'une exécution forcée de l'obligation à la menace pénale*, RTD com. 2002, p. 95

*-Associés minoritaires. Information. Expertise de gestion. Groupe de sociétés. Question écrite préalable*, RTD com. 2002, p.103

*-Droit de sociétés et technique de communication à distance. Loi « Breton », pour « la confiance et la modernisation de l'économie ». Délibération des organes sociaux, Visioconférence*, RTD com. 2005, p. 747

*-Droit des sociétés, gouvernance et transparence. Loi pour la confiance et la modernisation de l'économie, Conseil d'administration, Suppression du rapport sur la préparation du CA et sur les procédures de contrôle interne*, RTD com. 2005, p. 747

### **CHAPUT (Y.)**

*-Le monde idéal : les principes de la gouvernance d'entreprise*, Cah. dr. entr. 2005, n°5, p. 25

*-La transparence : clair-obscur juridique d'un concept économique*, in Colloque Deauville Entreprise : information et rumeur, RJC 2005, n° spécial, p. 11

*-La société à directoire, forme d'élection de la gouvernance*, colloque CREDA, 2006

### **CHARREAUX (G.)**

*-Conseil d'administration et pouvoirs dans l'entreprise*, Rev. éco. fin. 1994, n° 31, p. 49

*-Le rôle de la confiance dans le système de gouvernance des entreprises*, 1998

### **CHARREAUX (G.) et DESBRIERES (P.)**

*L'actionnaire*, Rev. française de gestion 2002, Vol. 28/141, p. 7



**CHARTIER (Y.)**

*-L'expertise de l'article 226 de la loi du 24 juillet 1966, JCP G 1972, I, 2507*

*-Société à directoire ou société à conseil de surveillance ? in Etudes dédiées à R. Roblot, Aspects actuels du droit commercial français, LGDJ 1984, p. 335*

**CHAZAL (J-P.) et REINHARD (Y.)**

*Les administrateurs dans la loi sur les nouvelles régulations économiques (NRE), RTD. com. 2001, p. 935*

**CHEVAL (J.)**

*Responsabilité pénale des dirigeants de l'entreprise en difficulté : un regrettable statu quo, RLDA 2011, n° 64*

**CLEMENT (P.)**

*Rapport d'information sur la réforme du droit des sociétés, déc. 2003, n° 1270*

**COFFY de BOISDEFFRE (M-J.)**

*L'autocontrôle dans les sociétés commerciales et la loi du 12 juill. 1985, Gaz. Pal. 1987, doct., p. 432*

**COHEN (D.)**

*Le « gouvernement d'entreprise » : une nécessité en droit français ? in Mél. P. Malaurie Liber Amicorum, Defrénois, 2005*

**COHEN (M.)**

*Les nouvelles attributions des comités d'entreprise depuis la loi de modernisation sociale, Dr. social 2002, n° 2, p. 298*

**COLLARD (C.)**

*Le risque juridique existe-t-il ? Contribution à la définition du risque juridique, Cah. dr. entr. 2008, n°1, p. 24*

**CONAC (P-H.)**

*-L'avenir des réformes : les nouveaux organes, LPA 2007, n° 154, p. 32*

*-Obligation pour les sociétés cotées d'instaurer des droits de vote double sauf vote contraire, texte voté en première lecture par l'Assemblée nationale le 1er octobre 2013, Rev. soc. 2014, p. 64*

*-La loi du 21 juin 2016 réformant le système de répression des abus de marché, BJB 2016, n° 7-8, p. 323*

**CONSTANTIN (A.)**

*-Retour sur une question contentieuse : le rôle de l'objet social dans la délimitation des pouvoirs des organes sociaux, RLDA 2009, n° 34*

*-L'utilité de l'assurance des dirigeants sociaux au regard de la jurisprudence de la Cour de cassation, BJS 2010, n° 9, p. 762*

**COURET (A.)**

*-Quelle est l'exacte mission d'un contrôleur de gestion ? BJS 1994, n° 12, p. 1337*

*-L'intérêt social, Cah. dr. entr. 1996, n° 4, p. 1*

*-Le désintérêt social*, in Mél. P. Bézard, *Le juge et le droit de l'économie*, Montchrestien, 2002

- Rapport de synthèse, *Splendeurs et misères du gouvernement d'entreprise*, Colloque Amiens du 21 mars 2003, LPA 2004, n° 31, p. 55

*-Les dispositions de la loi sécurité financière intéressant le droit des sociétés*, JCP E 2011, n° 37, 1290

*-Corporate governance, RSE et communication financière*, in *La responsabilité sociale des entreprises : un nouvel enjeu fiscal*, Dr. fisc. 2012, n° 6, p. 131

*-L'état du droit des sociétés, 50 ans après la loi du 24 juillet 1966*, BJS 2016, n° 7- 8, p. 433

*-Comply or explain : les destinées françaises du principe*, BJS 2017, n° 3, p. 202

#### **COURET (A.) et TUDEL (M.)**

*Le nouveau contrôle légal des comptes*, D. 2003, p. 2290

#### **CRUEGE (M.-D.)**

*La dualité des organes de contrôle dans les sociétés anonymes à directoire*, Rev. soc. 1975, p. 573

#### **CUZACQ (N.)**

*-Plaidoyer en faveur de l'avènement de la démocratie actionnariale en matière de fixation de la rémunération des dirigeants des sociétés anonymes*, LPA 2012, n° 67, p. 10

*-De l'éthique de la rémunération à la rémunération éthique du dirigeant*, BJS 2013, n° 10

*-Eclairage sur la version révisée du code Afep-Medef*, RLDA 2013, n° 85

#### **DAIGRE (J.-J.)**

*Le petit air anglais du devoir de loyauté des dirigeants* in Mélanges P. Bézard, LPA 2002, p. 79

#### **DAILLE-DUCLOS (B.)**

*Le devoir de loyauté du dirigeant*, JCP E 1998, p. 1486

#### **DALSACE (A.)**

*Evolution du contrôle des sociétés anonymes en France*, Rev. soc. 1953, p. 120

#### **DAMY (G.)**

*La remise en cause de la notion classique d'associé : vers une atteinte aux fondements du droit des sociétés*, LPA 2007, n° 149, p. 3

#### **DANIEL (J.)**

*Alinéa 8*, in *Le Préambule de la Constitution de 1946, Histoire, analyse et commentaires*, Dalloz, 2001, p. 179

#### **DARROIS (J.-M.)**

*Le rôle des contre-pouvoirs dans l'entreprise*, LPA 2003, n° 152, p. 20

#### **DAOUD (E.)**

*Introduction* in *Le risque pénal de l'entreprise : approche pratique des évolutions actuelles*, RLDA 2011, n°64

**DAVID (J-H.)**

*Le fonctionnement en France du Conseil d'administration*, LPA 1995, n° 116, p. 14

**DEBOISSY (F.)**

*-Le droit des sociétés : l'expérimentation de la panoplie des sanctions*, in *Dépénalisation, régulation et renouvellement des sanctions en droit comparé des affaires*, Litec, 2009, p. 71

*-L'essentiel des réformes : le renforcement de la démocratie actionnariale*, LPA 2007, n° 154, p.13

**DEHARO (G.)**

*La gestion du risque juridique dans l'entreprise*, LPA 2011, n° 2, p. 6

**DELATTRE (Ch.)**

*-Le rôle du ministère public dans la prévention*, Rev. Procédures Collectives 2011, n° 6, comm. 163

*-La crise économique peut-elle exonérer le dirigeant de ses responsabilités ?* Rev. Procédures Collectives 2012, n° 5, alerte 25

**DELGA (J.)**

*L'administrateur indépendant en France : un mythe ? - ou : Un exemple des dangers de l'uniformité en matière de "corporate governance"*, JCP E 2004, n° 5, 150

**DELSALLE (F.)**

*Objectif d'image fidèle et aspect pénal du droit comptable sont-ils compatibles ?* LPA 2000, n° 237, p. 4

**DELGA (J.)**

*-Ethique, éthique d'entreprise, éthique du gouvernement d'entreprise*, D. 1999, p. 397

*-De l'inexistence juridique de l'administrateur indépendant en France aux risques encourues*, Cah. dr. entr. 2005, n° 5, p.40

**DESCORPS-DECLERE (F.)**

*Pour une réhabilitation de la responsabilité civile des dirigeants sociaux*, RTD com. 2003, p. 25

**DESPLAN (M.)**

*Le juge pénal et l'abus de biens sociaux*, in *Le juge et la décision de gestion*, Dalloz, 2006, p. 158

**DESPLANQUES (M.)**

*Les délégations de pouvoirs : principes et actualités*, RLDA 2011, n° 64, p. 96

**DEZEUZE (E.)**

*La réparation du préjudice devant la juridiction pénale*, Rev. soc. 2003, p. 261

**D'HOIR (P.) et KESZTENBAUM (G.)**

*L'actionnariat salarié a-t-il encore un avenir ?* Les cahiers pratiques de l'argus de l'assurance 2012, n° 7289-7290

**DIDIER (P.)**

*QPC et marché financier*, LPA 2011, n° 194, p. 49

**DION (N.)**

*Entreprise, espoir et mutation*, D. 2001, p. 762

**DOM (J-P.)**

-*Cumul des mandats (Cf. Note \*) : Et si le remède s'avérait pire que le mal ?* BJS 2002, n° 10, p. 1095

-*Les dimensions du groupe de sociétés après les réformes de l'année 2001*, Rev. soc. 2002, p. 1

-*Le gouvernement d'entreprise, technique d'anticipation des risques*, Dr. sociétés 2012, n° 8, étude n° 12

**DOMPE (M-N.)**

*Les propositions de réflexion de la commission des opérations de bourse*, LPA 1995, n°116, p. 26

**DONDERO (B.)**

-*Réflexions sur les mécanismes d'autorisation des sûretés et garanties consenties par les sociétés anonymes*, D. 2004, p. 405

-*La rémunération des dirigeants sociaux : utilisons les dispositifs existants !* Gaz.Pal. 2012, n° 280, p. 7

-*Le commissaire aux comptes et les conventions règlementées*, Gaz. Pal. 2012, n° 224, p. 8

- *Éclairage – Conventions règlementées : réduire les incertitudes*, BJS 2012, n° 3, p. 190

**DONDERO (B.), GALLAND (M.), LEPLAT (F.), LAPRADE (J-M.) et MOULIN (J-M.)**

*Droit des marchés financiers*, JCP E 2007, n° 8, 1218

**DONDERO (B.) et LE CANNU (P.)**

*Les droits des actionnaires dans les sociétés cotées*, RTD. com. 2011, p. 124

**DRUMMEN (J-B.), OMAGGIO (A.) et SCHILLER (S.)**

*Les conflits entre associés*, Cah. dr. entr. 2010, entre. 5

**DUBOIS (E.) ET CHACORNAC (J.)**

*Les limites de l'autorégulation en droit des sociétés*, BJS 2013, n° 11

**DUCOULOUX-FAVARD (C.)**

*Grandeur et décadence des assemblées générales d'actionnaires*, in *Aspects actuels du droit des affaires*, Mél. Y. Guyon, 2002

**DUFOUR (O.)**

-*Contrôle interne : les sociétés cotées peuvent mieux faire*, LPA 2005, n° 5, p. 20

-*A propos du gouvernement d'entreprise et du contrôle interne*, LPA 2008, n° 246, p.4

-*Le say on pay prend ses marques en France !* LPA 2014, n° 195

**DUHAMEL (J-C.)**

*Bilan de l'application du comply or explain par les sociétés françaises du SBF 120*, BJB 2009, n° 6, p. 524

**DURAND-BARTHEZ (P.)**

*Le principe « appliquer ou expliquer », Réflexions sur ses fondements et sa mise en œuvre dans le domaine du gouvernement d'entreprise*, Cah. dr. entr. 2016, n° 2, doss.11

**DUVAL-HENRI (J.) et GERMAIN (M.)**

*Gouvernement des entreprises : qui dirige*, in Mél. D. Tricot, Dalloz, 2011, p. 657

**ESMEIN (P.)**

*La jurisprudence et la loi*, RTD civ. 1952, p. 20

**FAGES (B.)**

*-Rôle, valeur et bon usage des codes de gouvernement d'entreprise*, BJS 2009, n° 4, p.428

*-Consultation sur la rémunération des dirigeants d'entreprise*, Rev. soc. 2012, p. 598

**FAVARIO (T.)**

*-La faute de gestion au sens de l'article L. 651-2 du Code de commerce*, Rev. Procédures Collectives 2011, n° 3, étude 15

*-L'intérêt social, reflet d'une éthique libérale*, Cah. dr. entr. 2013, n° 2, doss. 11

**FELIX (A.)**

*Le contrôle interne : le concept*, LPA 2007, n° 74, p.5

**FEUILLET (P.)**

*La consolidation des comptes*, Rev. soc. 1985, p. 599

**FRANCOIS (B.)**

*Loi Sapin 2 : adoption d'un say on pay contraignant*, Rev. soc. 2017, p. 59

**FRANCOUAL (P.)**

*Utilité sociale, objet social étendu et intérêt social élargi : de nouveaux horizons pour les sociétés...* RLDA 2016, n° 117

**FREYRIA (C.)**

*Le commissariat aux comptes : Mission d'intérêt public ?* JCP E. 1996, n° 1, p. 1

**FRIANT (A.)**

*Les juristes d'entreprises aux prises avec le risque juridique : perception du risque et réponses*, Cah. dr. entr. 2008, n° 1, doss. 7

**FRISSON-ROCHE (M-A.)**

*-Réflexions sur l'article de G. FARJAT, Réflexions sur les codes de conduite privés*, in Etudes offertes à B. GOLDMAN, *Le droit des relations économiques internationales*, Litec, 1982, p.47-66

*-L'esprit de la future loi de sécurité financière comparée à la loi NRE*, Les Echos, janv. 2003, n° 18830, p. 43

**GAEDE (G.)**

*L'ordonnance relative au droit des sociétés, choc de simplification ou esthétique du fragment ?* RDLA 2014, n° 98

**GALLOIS (J.)**

*Quand la gouvernance d'entreprise redistribue les cartes du jeu pénal*, RLDA 2015, n° 103

**GALLOIS-COCHET (D.)**

*Exercice de l'action en injonction de publier les comptes sociaux*, Dr. sociétés 2012, n° 6, comm. 100

**De GANAY d'INDY et ENGEL (L.)**

*Les comités d'audits*, BJS 2003, n° 7, p. 723

**GARINOT (J-M.)**

*La loyauté en droit des sociétés : une obligation en clair-obscur*, RLDA 2014/91, n° 5013

**GAUDEMET (A.)**

*Information privilégiée : le sens de la variation du cours des instruments financiers concernés importe-t-il ?* RD bancaire et fin. 2014, n° 1, p. 65

**GERMAIN (M.)**

*-De quelques limites à la nullité des décisions sociales prévue par l'article 360 de la loi de 1966*, BJS 1992, p. 491

*-L'intérêt commun des actionnaires*, Cah. dr. entr. 1996, n° 4, p. 13

*-Les droits des minoritaires (Droit français des sociétés)*, RIDC 2002, n° 2, p. 401

*-La responsabilité civile des dirigeants sociaux*, Rev. soc. 2003, p. 284

*-De la gouvernance à la dirigeance*, in *Gouvernance et dirigeance : l'art de diriger une entreprise*, LPA 2016, n° 10, p. 6

**GERSCHEL (C.)**

*Le principe de non- immixtion en droit des affaires*, LPA 1995, n° 104, p. 8

**GIAMI (P.)**

*Le commissaire aux comptes : une mission d'intérêt général*, JA 2005, n° 326, p. 25

**GINSTET (C.)**

*La dépenalisation du droit des sociétés ?* RLDA 2010, n° 46

**GINGLINGER (E.)**

*L'actionnaire comme contrôleur*, Rev. française de gestion 2002, Vol. 28/141, p. 37

**GODE (P.)**

*Réflexions conclusives*, in Colloque CREDA, *La gouvernance dans les sociétés anonymes, un bouclier pour les dirigeants ?* RLDA 2009, suppl. n° 81, p. 40

**GODON (L.)**

*-La protection des actionnaires minoritaires dans la loi relative aux nouvelles régulations économiques*, BJS 2001, n° 7, p. 728

*-Des actionnaires, des dirigeants et des salariés de sociétés anonymes, in Aspects actuels du droit des affaires, Mél. Y. Guyon, Dalloz, 2002*

*-Affirmation du droit individuel de l'actionnaire de critiquer librement la gestion sociale. Principe et limite, BJS 2004, n° 12, p. 1517*

*-Information de l'actionnaire et formalisme du droit des sociétés, BJS 2008, n° 7, p. 581*

*-L'éclatement des formes sociales, Rev. soc. 2017, p. 267*

**GOFFAUX-CALLEBAUT (G.)**

*La définition de l'intérêt social, Retour sur la notion après les évolutions législatives récentes, RTD. com. 2004, p. 35*

**GOLESTANIAN (M.)**

*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), BJS 2000, n° 11, p. 1017*

**GONTARD (T.)**

*Pour une « Corporate Governance » française, LPA 1995, n° 116, p. 16*

**GRANDJEAN (P.)**

*L'information légale dans les affaires : Quels enjeux ? Quelles évolutions ? Colloque CREDA, JCP E 1994, n° 39, p. 387*

**GRANIER (C.)**

*L'attrait du droit souple dans l'encadrement de la rémunération des dirigeants sociaux, Rev. soc. 2016, p. 207*

**GRANIER (T.)**

*Le commissaire aux comptes dans les sociétés qui font appel public à l'épargne, in Mélanges Y. Guyon, Dalloz, 2003, p. 457*

**GREVAIN-LEMERCIER (K.)**

*Les défis actuels de la gouvernance des sociétés cotées, Dr. sociétés 2013, n° 5*

**GUIGOU (H.)**

*L'unification des sociétés civiles et commerciales : vers un droit commun ? Gestion et contrôle, RTD. com. 1983, p. 525*

**GUYON (Y.)**

*-L'indépendance des commissaires aux comptes, JCP éd. G, 1977, I, 2831*

*-Les nouveaux aspects de l'expertise de gestion (L. du 24 juillet 1966, art. 226), JCP E 1985, n° 26, act. 14593*

*-L'information prévisionnelle, JCP E 1985, n° 27, act. 14608*

*-De l'inefficacité du droit pénal des affaires, Rev. Pouvoirs 1990, n° 55*

*-Faut-il des associations d'actionnaires et d'investisseurs ? Rev. soc. 1995, p. 207*

*-Dix ans d'évolution des conseils d'administration en France, RIDE 1998, n° 1, p. 7*

*-La société anonyme, une démocratie parfaite, in Mél. C. Gavaldà, Propos impertinents de droit des affaires, 2001, p. 133*

*-Les réformes apportées au droit des sociétés par la loi du 15 mai 2001 relative aux nouvelles réglementations économiques, Rev. soc. 2001, p. 503*

*-Eloge funèbre de la société à directoire en droit français, in Liber Amicorum L. Simont, Bruylant, 2002, p. 733*

*-Les dispositions du décret du 3 mai 2002 relatives aux assemblées générales d'actionnaires, Rev. soc. 2002, p.421*

**HANNOUN (C.)**

*L'impact de la financiarisation de l'économie sur le droit du travail, Rev. Droit du Travail 2008, p. 288*

**HASCHKE-DOURNAUX (M.)**

*-Les voies de la réforme du droit pénal des sociétés, BJS 2003, n° 4, p. 377*

*-Les sanctions dans la loi de sécurité financière, LPA 2003, n° 228, p. 11*

**HONIGMAN (C.) et MONDINO (J.)**

*La bonne foi dans le droit comptable : l'image fidèle, Gaz. Pal. 2009, n° 76, p.38*

**HOPT (K-J.)**

*Le gouvernement d'entreprise, Rev. soc. 2001, p. 1*

**HORSMANS (G.)**

*La gouvernance dans les sociétés anonymes, un bouclier pour les dirigeants ? Colloque CREDA, RLDA, aout/sept. 2009, suppl. n° 41.*

**HOULETTE (E.)**

*L'action du parquet national financier, BJB 2017, n° 2, p. 154*

**IDOT (L.)**

*-L'eupéanisation du droit des affaires, sens et portée, in Le droit des affaires du XXIe siècle, RJ com., n° spéc. 2001, p. 93*

*-La notion d'entreprise in Colloque L'entreprise sous les influences réciproques du droit européen et des droits nationaux, Rev. soc. 2001, p. 191*

**INFOREG**

*Les principales clauses du pacte d'actionnaires dans une SAS, Cah. dr. entr. 2015, n° 3, prat. 11*

**JAMET (V.) et TELLER (M.)**

*La directive « transparence » : étape décisive vers un big-bang annoncé de l'information financière ? BJB 2004, n° 4, p. 429*

**JARROSSON (C.)**

*Réflexions sur l'impérium in Mélanges P. Bellet, Litec, 1991*

**JEULAND (E.) et MANIN (F.)**

*Les incertitudes du référé injonction de faire en droit des sociétés, Rev. soc. 2004, p. 1*



**JOURDAIN-FORTIER (C.)**

*Voyage au cœur de l'empathie : Rapport de synthèse sur la Responsabilité Sociale des Entreprises*, RLDA 2013, n° 84

**KASPARIAN (P.)**

*Prise de décision stratégique « émergente » et risque d'omnipotence du directeur général*, BJS 2015, n° 1, p. 54.

**KEREBEL (F.)**

-« *Le membre indépendant* », *apanage de la gouvernance d'entreprise*, Dr. sociétés 2016, n° 4, al.19

-*La SAS sous forme de liste à la Prévert : de quelques pièges à déjouer...*, BJS 2014, n° 11, p. 463

**KIRRY (A.) et MONSALLIER-SAINT MLEUX (M.-C.)**

*Dirigeant de société et prise de risque*, JCP E 2009, n° 10, I 1223

**KLING (D.)**

*Le rôle des auditeurs dans la mise en place d'un gouvernement d'entreprise*, LPA 2004, n° 31, p. 16

**LAGARRIGUE**

*Réflexions sur l'image fidèle*, Rev. fr. de comptabilité 1983, n° 134, p. 140

**LAMBRECHT (P.)**

*L'adaptation en Europe du gouvernement d'entreprise*, LPA 2004, n° 31, p. 5

**LANGLADE (J.-P.)**

*Le pouvoir de fournir des sûretés dans les sociétés anonymes*, RTD com. 1979, p. 355

**LAPP (Ch.)**

*La nomination judiciaire des administrateurs provisoires de sociétés*, RTD com. 1952, p. 769

**LAPOUSTERLE (J.)**

*Les secrets d'affaires, du serpent de mer au JO ?* D. 2016, p.1072

**LATHELIZE-BONNEMAIZON (M.)**

*Bilan et perspective du devoir de loyauté en droit des sociétés*, LPA 2000, n° 125, p. 7

**LE BARS (B.)**

-*La rénovation du statut des associations d'actionnaires et d'investisseurs : un épiphénomène révélateur du besoin d'évolution en droit des sociétés (article L. 126 et s. de la loi relative à la sécurité financière du 1<sup>er</sup> août 2003)*, Rev. soc. 2003, p. 428

-*Associations d'actionnaires et d'investisseurs : un droit rénové d'ester en justice ?* LPA 2003, n°228, p. 102

**LE CANNU (P.)**

-*Les sociétés anonymes à directoire vingt ans après*, Rev. soc. 1986, p. 565

-*Éléments de réflexion sur la nature de l'expertise judiciaire de gestion*, BJS 1988, p.553

*-Légitimité du pouvoir et efficacité du contrôle dans les sociétés par actions, BJS 1995, n° 7-8, p. 637*

*-Loi de la majorité ou loi du dividende ? LPA 1995, n° 116, p. 43*

*-Attributions et responsabilités des associations de défense des actionnaires et des investisseurs, Rev. soc. 1995, p. 239*

*-Le principe de la contradiction et la protection des dirigeants, BJS 1996, p. 11*

*-Pour une évolution du droit des sociétés anonymes avec directoire et conseil de surveillance, BJS 2000, n° 5, p. 483*

*-L'expertise de gestion à la suite de la loi NRE : de la chicane au dialogue ? Droit 21, 2001*

*-Tendances de l'évolution et problèmes d'actualité, in Sociétés et groupes : questions d'actualité, Rencontres LPA, LPA 2001, p. 5*

*-Des questions sans réponse, in Aspects actuels du droit des affaires, Mél. Y. Guyon, Dalloz, 2003*

*-La télécommunication délibérative, RTD com. 2005, p. 761*

*-La gouvernance choisie, in La société à directoire, forme d'élection de la gouvernance ? Colloque, RLDA 2007, suppl. n°18*

*- L'encadrement des rémunérations des dirigeants de sociétés cotées, Rev. soc. 2007, p. 465*

*-Quand le beau-père veut faire enjoindre pour savoir comment se tient le conseil d'administration, RTD com. 2009, p. 579*

*-Les brumes de l'article L225-35 du Code de commerce, Attributions générales du conseil d'administration de la société anonyme, Rev. soc. 2010, p. 17*

*- Le code ADAE relatif à la gouvernance des entreprises moyennes françaises, BJS 2016, p. 118*

#### **LE CANNU (P.) et DONDERO (B.)**

*- La consécration des comités d'audit par l'ordonnance du 8 décembre 2008, RTDF 2009, p. 187*

*-Les comités d'audit, in Les défis actuels du droit financier, éd. Joly, 2010*

*-Le nouveau régime des conventions courantes : un retour en arrière bienvenu ? - Loi n° 2011-525 du 17 mai 2011 - art. 58, JCP E 2011, n° 24, 1453*

*-La coexistence de l'expertise in futurum et de l'expertise de gestion, C. pr. civ., art. 145 et C. com., art. L. 225-231, RTD com. 2011, p. 766*

#### **LECLAIR (G.)**

*Impasses et crises au sein d'une société : quelques mesures pour en sortir, JCP E 2009, n° 50, 2174*

#### **LECOMPTE (V.)**

*Le droit de contrôle des associés non gérants dans les sociétés en nom collectif, Journ. Sociétés 1934, p. 273*

#### **LECOURT (B.)**

*-Application des règles relatives au gouvernement d'entreprise au sein de l'Union européenne, Rev. soc. 2010, p. 127*

*-Directive n° 2007/36/CE du 11 juillet 2007 concernant l'exercice de certains droits des actionnaires de sociétés cotées : suite et fin de la transposition par la France*, Rev. soc. 2011, p. 130

*- Code de gouvernement d'entreprise : recommandation de la Commission européenne sur le principe « appliquer ou expliquer »*, Rev. soc. 2014, p. 683

*-Transparence des sociétés : l'importance des informations publiées au registre du commerce et des sociétés*, Rev. soc. 2017, p. 318

#### **LECUYER (H.)**

*Internet au secours de la démocratie actionnariale*, Rev. Com. com. électr. 2005, n°11, comm. 174

#### **LEFAILLET (C.)**

*Les comités d'audit : une nouvelle impulsion en 2010*, RLDA 2011, n° 60

#### **LE FEVRE (A.)**

*La participation des salariés aux conseils d'administration ou de surveillance des sociétés anonyme, Le régime institué par l'ordonnance n° 86-1134 du 21 octobre 1986*, Rev. soc. 1987, p. 189

#### **LEGRAND (V.)**

*Le projet de loi Sapin II ou l'art de redonner confiance aux entrepreneurs par un accès plus aisé aux statuts limitatifs de responsabilité*, LPA 2016, n° 113, p. 7

#### **LEIBLER (M-D.)**

*La remise en cause de l'information du public et des actionnaires aux États-Unis*, RIDC 1984, n° 3, p. 539

#### **LE NABASQUE (H.)**

*-Rôle et place des mécanismes fondamentaux du droit civil en droit des affaires, Le développement du devoir de loyauté en droit de sociétés*, RTD. com. 1999, p. 273

*-Le développement du devoir de loyauté en droit des sociétés*, RTD com. 1999, p. 273

*-Commentaire des principales dispositions de la loi du 15 mai 2001 sur les nouvelles régulations économiques intéressant le droit des sociétés (1ere partie)*, LPA 2001, n°133, p.3

*-Commentaire des principales dispositions de la loi n° 2003-706 du 1er août 2003 sur la sécurité financière intéressant le droit des sociétés*, BJS 2003, n° 8-9, p. 859

#### **LENOIR (N.)**

*Les lanceurs d'alerte, une innovation française venue d'outre-Atlantique*, JCP E 2015, n° 42, 1492

#### **LEOBON (T.)**

*L'information du conseil d'administration : gestion et responsabilités*, BJS 2006, n° 2, p.168

#### **LIENHARD (A.)**

*-La responsabilité du commissaire aux comptes dans le cadre de la procédure d'alerte*, Rev. proc. coll. 1996, p. 7

*-Responsabilité du dirigeant à l'égard de l'associé : préjudice personnel distinct*, D. 2010, p. 761

**LOCHMANN (S.)**

*Comment le gouvernement d'entreprise a transformé l'organisation d'une société : avancées et limites*, LPA 2004, n° 31, p. 22

**LOHIER (H.)**

*Le contrôle interne dans l'entreprise*, LPA 2007, n° 74, p. 7

**LUCAS (F.-X.)**

*-Commentaire de la loi NRE*, Dr. sociétés 2001, n° spé., n° 112

*-Loi de sécurité financière, corporate governance ou poudre aux yeux*, Dr. et patr, 2004, n° 122

*-Responsabilité du dirigeant qui ne recourt pas à la prévention*, Dr. entr. diff. 2012, n° 8, p. 1

**MAATI (J.)**

*Le gouvernement d'entreprise : l'approche financière des sciences de gestion*, LPA 2004, n° 31, p. 33

**MACORIG- VENIER (F.)**

*Détection des difficultés des entreprises. Analyse de l'information / contrôle de gestion*, RTD com. 2003, p. 806

**MAGNIER (V.)**

*-Le principe « se conformer ou s'expliquer », une consécration en trompe l'œil ?* JCP E 2008, n° 23, act. 280

*-La règle de conformité ou l'illustration d'une acculturation méthodologique complexe*, in *Nouveaux regards sur la gouvernance*, LGDJ, 2010, p. 249

*-Les manquements des sociétés cotées à la règle de conformité*, JCP E 2010, 1234

*-Qu'est-ce qu'un administrateur « prudent et diligent » ?* BJS 2012, n° 1, p.75

**MAGNIER (V.), NOURY (M.-A.) et GERMAIN (M.)**

*La gouvernance des sociétés cotées*, JCP E 2013, n° 47, 1638

**MAGNIER (V.) et PACLOT (Y.)**

*Les rémunérations des dirigeants des sociétés cotées : de l'ère du soupçon au temps des illusions*, D. 2009. Point de vue 1027

**MAIROT (A.)**

*L'encadrement coercitif des rémunérations des dirigeants ou l'Arlésienne des pouvoirs politiques*, Dr. sociétés 2013, n°10, al. 47

**MALECKI, (C.)**

*-La loi Breton et les rémunérations des dirigeants sociaux : le long chemin vers la transparence*, BJS 2005, n° 11, p. 1193

*-La gouvernance éclairée*, RLDA 2007, n°18

*-L'actionnaire sans frontières et la directive 2007/36/CE du 11 juillet 2007 concernant l'exercice de certains droits des actionnaires de sociétés cotées*, BJS 2007, n° 9, p. 927

*-Éclairage – La synthèse des réponses du Livre Vert « Le cadre de la gouvernance d'entreprise dans l'UE » : la soft law et la self-regulation plébiscitées*, BJS 2012, n° 2, p. 94

-« *Structure de gouvernance de l'entreprise : critères de décisions* » *Les 16 bonnes pratiques de l'IFA*, BJS 2013, n° 4, p. 242

-*Le décret du 24 avril 2012 relatif « aux obligations de transparence des entreprises en matière sociale et environnementale »*, BJS 2012, n° 7, p. 590

**MANGENET (D.), MARTIN (Y.) et ROBINE (D.)**

*Comités d'audit : une consécration entourée d'incertitudes*, Dr. sociétés 2010, n° 1, étu. 2

**MARINI (P.)**

*La place de la norme législative en matière de gouvernement des entreprises*, LPA 2004, n° 31, p. 27

**MARTIN (D.)**

-*L'intérêt des actionnaires se confond-il avec l'intérêt social ?* in Mél. D. Schmidt, Joly, 2005

-*Les manquements des sociétés cotées à la règle de conformité*, JCP E 2010, n° 9, 1234

**MARTIN (D.) et BUGÉ (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 –SERF (A.)**

*Action en comblement de passif*, Rev. pro. coll. 1998, n° 1998-3, p. 301

**MARTIN (D.) et TAT TIEU (O.)**

*Rôle et responsabilité du conseil d'administration en matière d'information financière*, JCP G 2009, n°10-11, doct. 122

**MARTINEAU-BOURGNINAUD (V.)**

*La légalisation de la responsabilité sociale des entreprises (RSE) au service du dialogue social : idéologie ou utopie ?* LPA 2016, n° 203, p. 6

**MASSON (A.) et BOUTHINON-DUMAS (H.)**

*L'approche "Law&Management"*, RTD.com. 2011, p. 233

**MATT et MIKOL**

*L'image fidèle, la doctrine et la loi*, RF compt. 1986, p. 39

**MATHEY (N.)**

*La communication de l'article L235-237 du Code de Commerce*, BJS 2002, n° 11, p. 1141

**MATHEZ (H.)**

*En matière de gouvernance des sociétés cotées, la perfection n'est probablement pas de ce monde*, BJS 2013, n° 6, p. 373

**MATSOPOULOU (H.)**

*Le renforcement de l'indépendance des commissaires aux comptes*, Rev. soc. 2003, p. 813

**MATTOUT (J-P.)**

*Information financière et responsabilité des dirigeants*, Dr. sociétés 2004, étu. 19

**MAZEAUD (D.)**

*L'exécution forcée en nature dans la réforme du droit des contrats*, D. 2016, p. 2477

**MEDAIL (V.)**

*-Le rapport du président du conseil sur les procédures de contrôle interne*, JCP E 2004, n° 20, 734

*-Contenu du rapport de gestion : l'inflation continue*, JCP E 2005, n° 7, 273

**MEDINA (A.)**

*Le dévoiement de l'abus de biens sociaux*, RJ com. 1995, p. 301

**MEDUS (J-L.)**

*De quelques problématiques contemporaines du droit comptable*, LPA 1999, n° 25, p. 13

**MEKKI (M.)**

*-L'ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, D. 2016, p. 494

*-Les incidences de la réforme du droit des obligations sur le droit des sociétés : rupture ou continuité ?* Rev. soc. 2016, p. 483

**MERCIER (V.)**

*Responsabilité sociétale des entreprises et droit des sociétés : entre contrainte et démarche volontaire*, Dr. sociétés 2011, étu. n° 6

**MERCINIER (E.)**

*La dégénérescence de l'article 121-2 du Code pénal*, RLDA 2011, n° 64, p. 90

**MERLE (C.)**

*- L'alerte éthique*, PA, 2007, n°60, p. 4

*- Les nouvelles responsabilités des comités d'audit*, BJS 2009, n° 2, p. 216

**MESTRE (J.)**

*-Réflexions sur les pouvoirs du juge dans la vie des sociétés*, RJ com. 1985, n° 4, p. 81

*-L'égalité en droit des sociétés (aspects de droit privé)*, Rev. soc. 1989, p. 399

*-Quelques éclairages récents sur le rôle du juge dans la vie des sociétés*, RLDA 2009, n° 40, p. 14

*-La loi Sapin II et le droit des sociétés : ce qu'il faut retenir*, RLDA 2017, n° 122

**MICHAT-GOUDET (G.)**

*Inopposabilité des cautions, avals et garanties irrégulièrement donnés par le président du conseil d'administration : une sanction critiquable*, JCP E 1998, 840

**MODAT (P.)**

*Les cellules de prévention : l'efficacité n'est pas contraire à la loi*, Rev. pro. coll. 2011, n° 2, étu. 10

**MORET-BAILLY (J.)**

*Règles déontologiques et fautes civiles*, D. 2002, p. 2820

**MOSSER (L.)**

*Vers une efficience de la prévention des conflits d'intérêts en droit des sociétés*, colloque *Les conflits d'intérêts en droit des affaires*, Gaz. Pal. 2011, n° 342, p. 9

**MOURY (J.)**

*Expertise de gestion : la concurrence indélicat de l'article 145 NCPC*, in *Dialogues avec M. Jeantin*, Dalloz, 1999

**MOUSSERON (P.)**

*Le nouveau régime de la capacité contractuelle des sociétés : la boussole de l'objet social*, D. 2016, p. 906

**MOUSOULAS (S.)**

*L'information financière, la coordination du droit des sociétés dans la Communauté et la protection des actionnaires et des tiers*, LPA 1989, pp. 71 s.

**MPINDI (D.)**

*Loi « Florange » : les mesures en faveur de l'actionnariat de long terme*, RLDA 2014, n° 94

**MULLER-LAGARDE (Y.)**

*La réforme européenne de l'audit : focus sur les entreprises*, RLDA 2016, n° 119

**LE NABASQUE (H.)**

*Commentaire des principales dispositions de la loi n° 2003-706 du 1er août 2003 sur la sécurité financière intéressant le droit des sociétés*, BJS 2003, n° 8-9, p. 859

**LE NABASQUE (H.) et BARBIER (H.)**

*Les clauses léonines*, Dr. sociétés, Actes pratiques, 1996, n° 29

**NAVARRO (J-L.)**

*-Le rapport sur les procédures de contrôle interne : de la loi du 1<sup>er</sup> août 2003 à la loi du 26 juillet 2005*, BJS 2006, n° 1, p. 135

*- Droit comptable chronique*, JCP E 2008, n° 42, 2265

*-L'intérêt bien exagéré du législateur français pour le commissaire aux comptes*, JCP E 2012, n° 24, 1390

**NEUVILLE (C.)**

*L'émergence d'un actionnariat actif en France*, LPA 1995, n° 116, p. 39

**OHL (D.)**

*Fixation du point de départ du délai de prescription en matière d'abus de biens sociaux*, JCP 2000, n° 38, II, 10386

**NICOLAS (E.)**

*-La notion de faute séparable des fonctions des dirigeants sociaux à la lumière de la jurisprudence récente*, Rev. soc. 2013, p. 535

*-Vers une « normalisation » de la faute séparable des fonctions sociale*, Rev. soc. 2016, p. 102

**OSMAN (F.)**

*Avis, directives, codes de bonne conduite, recommandations, déontologie, éthique, etc. : réflexion sur la dégradation des sources privées du droit*, RTD civ. 1995, p.509

**PACLOT (Y.)**

-*L'influence des rapports « à la française »*, Cah. dr. entr. 2005, n° 5, p. 30

-*La juridicité du code AFEP/MEDEF de gouvernement d'entreprise des sociétés cotées*, Rev. oc. 2011, p. 395

**PAILLUSSEAU (J.)**

-*La modernisation du droit des sociétés commerciales*, D. 1996, chron. p. 287, n° 19

-*L'organisation du pouvoir dans la SAS*, Dr. et patr. 2003, n° 113

**PASQUALINI (F.)**

-*Le choix de la forme sociale*, in *Etudes de droit privé offertes à P. Didier*, 2008, p. 363

-*Le vote de révocation par un mandataire de la gérante d'une SARL*, Rev. soc. 1994, p. 63

-*Les conventions extra-statutaires, outils de modulation de la rémunération des associés*, Rev. soc. 2010, p.79

**PASTRE (O.)**

*Le gouvernement d'entreprise, Questions de méthodes et enjeux théoriques*, Rev. éco. fin. 1994, n°31, p. 15

**PELTIER (F.)**

-*La limitation du droit d'accès aux assemblées d'actionnaires*, BJS 1993, n°11, p. 1107.

-*L'essentiel des réformes : Le renforcement du contrôle du management*, LPA 2007 n° 154, p. 9

**PERE (D.)**

*Assemblées houleuses et expulsion d'actionnaires : attention à la responsabilité pénale des dirigeants !* BJS 2004, n°11, p. 1437

**PEROCHON (F.)**

*Sanctionner et/ou sauvegarder : l'évolution du droit des entreprises en difficulté (1)*, in *Dépénalisation, régulation et renouvellement des sanctions en droit comparé des affaires*, Lietec, 2009, p. 53

**PERROUD (J.)**

*La condition de l'actionnaire*, in *Le droit privé français au milieu du XXe siècle : études offertes à G. Ripert, T. II : La propriété, contrats et obligations, la vie économique*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1950, p. 319

**PETIT (F.)**

*La mission de l'expert désigné dans le cadre du droit d'alerte économique du comité d'entreprise*, Rev. soc. 2010, p. 293

**PETITJEAN (M.)**

*L'accroissement des interdits et des incompatibilités déontologiques des commissaires aux comptes*, JCP E 2006, n° 2, 1076



**PICARD (J.)**

*L'acte conclu par un dirigeant avec dépassement de ses pouvoirs : nullité/inopposabilité*, Dr. sociétés 1998, chron. p. 6

**PIERRE (N.)**

*Appréciation et pouvoirs du comité d'entreprise lors du déclenchement et de la poursuite de la procédure d'alerte*, RTD com. 2006, p.733

**PIGE (B.)**

*La probabilité de rotation des PDG : une mesure du pouvoir de révocation du conseil d'administration*, Rev. éco. pol. 1996, n° 106, p. 889

**PINIOT (M-C.)**

*La Corporate Governance à l'épreuve de la jurisprudence de la chambre commerciale de la Cour de cassation*, in *Droit bancaire et financier*, Mél. AEDBF- France II, Banque éditeur, 1999

**PIOT (Ch.)**

*A quoi servent les comités d'audit ? Un regard sur la recherche empirique*, Comptabilité-Contrôle-Audit, T.15, 2009

**POINTRINAL (F-D.)**

*Pactes d'actionnaires Pactes d'actionnaires*, in Mél. P. Bézard, Montchrestien, 2002, p. 129

**POLACH (A.)**

*Risque et gestion des risques : notions*, Cah. dr. entr. 2008, n° 1, p. 21

**Du PONTAVICE (E.)**

*-Le droit des sociétés commerciales en question*, RJ com. 1989, p. 241

*- La notion d'image fidèle dans les comptes annuels des sociétés depuis la mise en harmonie de la loi sur les sociétés commerciales avec la quatrième directive*, in *Mélanges G. Flattet*, Lausanne, 1985, p. 85

**PORACCHIA(D.)**

*-Le rôle de l'intérêt social dans la société par actions simplifiée*, Rev. soc. 2000, p. 223

*-Regard sur l'évolution de la profession de commissaires aux comptes*, LPA 2004, n° 196, p. 3

*-La loi de sécurité financière et la réforme du commissariat aux comptes*, Dr. et patr. 2004, n° 122, p. 62

*-Aspects de droit des sociétés de la loi relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique du 9 décembre 2016*, BJS 2017, n° 1, p.65

*-Aspects de droit des sociétés de la loi relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique du 9 décembre 2016*, BJS 2017, n° 1, p. 64

**PORACCHIA (D.) et MARTIN (D.)**

*Regard sur l'intérêt social*, Rev. soc. 2012. p.475

**PORTIER (P.)**

*La vertu érigée en norme : vingt ans de réglementation des rémunérations des dirigeants*, BJB 2012, n° 12.

**POULLE (J-B.)**

*La mise à l'épreuve du principe « se conformer ou expliquer » au Royaume-Uni*, JCP E 2009, n° 5, 1123

**PRADA (M.)**

*Gouvernement d'entreprise et protection des actionnaires : premier bilan de deux ans de pratique, séminaire de l'AGEFI du 17 mars 1998*, Bull. COB, Avril 1998, n° 323, p. 5

**PREVOST (S.)**

*Complémentarité de l'expertise de gestion et de l'expertise in futurum ?* Rev. soc. 2015, p. 667

**PROD'HOMME (N.)**

*Promotion de lege lata d'un organe de régulation : l'expert de gestion*, RTD com. 2003, n° 4, p. 639

**QUIN (A.)**

*Transformations du capitalisme et renforcement des droits de contrôle des actionnaires dans les sociétés cotées : l'approche du droit communautaire*, LPA 2007, n°159, p. 3

**RAULT (O.)**

*Le point de départ de la prescription de l'action en responsabilité de l'article 247 de la loi du 24 juill. 1966*, JCP E, 2000, p. 1462

**RAYNAUD (N.)**

*La « nouvelle » expertise de gestion en droit des sociétés ?* LPA 2000, n° 70, p. 15

**REBEYROL (V.)**

*La réception du « whistleblowing » par le droit français*, JCP E 2012, n° 24, 1386

**REINHARD (Y.)**

*Information des membres du conseil d'administration*, RTD com. 1990, p. 416

**REYGROBELLET (A.)**

*L'autosaisine validée en matière d'injonction de publication des comptes*, Rev. soc. 2017, p. 15

**RICHARD (J.)**

*Comptes consolidés et comptes annuels*, JCP E 1985, I, 14072

**ROBERT (A.)**

*-Un manquement déontologique constitue nécessairement une faute civile*, D. 2011, p. 2782

*-Le rapport de gestion et l'environnement : obligations, contrôles et sanctions*, Environnement, 2012, n° 5, étud. 7

**ROBERT (J-H.)**

*-Dépénalisation saupoudrée, Dr. pén. 2003, comm. 114*

*-Tableau récapitulatif des dépénalisations opérées depuis 2003 dans le droit des sociétés par action, Dr. pén. 2005, étu 3.*

**ROBINE (D.) et MERVILLE (A-D.)**

*Les apports de la loi de sécurité financière au droit des sociétés : histoire d'un toilettage législatif, LPA 2003, n° 228, p. 69*

**RODOLPHE (P.)**

*-La responsabilité pénale, BJB 2007, n° 3, p. 335*

*-Richesses et dangers du gouvernement d'entreprise, BJS 1998, n° 48, p. 10*

**RONTCHEVSKY (N.)**

*Renforcement de la répression des abus de marché, BJB 2013, n° 12*

**ROQUILLY(C.)**

*Performance juridique et avantage concurrentiel : chronique 1, LPA 2007, n° 86, p. 7*

**ROSENPICK (P.)**

*Le droit de participation aux décisions collectives renforcé pour les actionnaires de SA et de SCA, RLDA 2011, n° 60*

**ROUAND (A-C.)**

*Les limitations statutaires au pouvoir d'agir en justice du représentant légal de société, Rev. soc. 2014, p. 415*

**ROUGER (M.)**

*Le juge et le contentieux entre actionnaires et dirigeants, LPA 1995, n° 116, p. 22*

**ROUSSEAU (S.)**

*-Quels boucliers, quelles préventions ? Quelles couvertures du risque ? in Colloque CREDA, 2009, p. 31*

*-Le code éthique : un instrument de gouvernance créateur de valeur, cah. dr. entr. 2014, n°4, doss. 27*

**ROUSSILLE (M.)**

*Ordonnance du 31 juillet 2014 : dispositions relatives aux conventions réglementées, Dr. sociétés 2014, n° 10, comm. 144*

**RUMEAU-MAILLOT (H.)**

*Les délais de prescription en droit des sociétés, Rev. soc. 2012, p. 203*

**SAINTOURENS (B.)**

*-Conventions réglementées et abus de majorité, Rev. soc. 1997, p. 527*

*-Le cumul des mandats sociaux au sein de la société anonyme après la loi du 29 octobre 2002, Rev. soc. 2003, p. 1*

*-Conventions réglementées au sein d'une SARL : autorisation préalable et validation postérieure de l'acte*, Rev. soc. 2009, p. 801

*-La déclaration d'inconstitutionnalité de l'ouverture du redressement judiciaire par saisine d'office du tribunal*, Rev. pro. coll. 2013, n° 1, étude 2

#### **SAINTOURENS (B.) et EMY (P.)**

*La réforme du droit des sociétés par la loi du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique (« Sapin 2 »)*, Rev. soc. 2017, p.131

#### **SALOMON (F.)**

*-Les commissaires aux comptes- L'appréhension originale de la responsabilité des commissaires aux comptes (Partie 1)*, Dr. sociétés 2002, n° 4, chron.5

*-Les commissaires aux comptes et le droit pénal - 1 partie*, Dr. sociétés 2004, n° 4, chron. 4

*-Responsabilité pénale des commissaires aux comptes*, Dr. sociétés 2011, n° 10, comm.182

#### **SANDRINI (M.)**

*Les nouvelles missions de l'expert-comptable*, LPA 2010, n° 199, p. 4

#### **SAVATIER (J.)**

*Le dynamisme de l'unité économique et sociale pour l'organisation des rapports collectifs de travail*, Dr. soc., 2004, p. 944

#### **SCHILLER (S.)**

*-L'égalité en droit des sociétés*, in *L'égalité*, Dalloz, p. 120

*-L'indemnisation du préjudice de l'actionnaire en cas de diffusion d'une information erronée*, Dr. sociétés 2009, p. 6

#### **SCHILLER (S.) et PATRIZIO (F.)**

*Les minoritaires sacrifiés dans les entreprises de taille intermédiaire*, D. 2013, p. 2862

#### **SCHLUMBERGER (E.)**

*Le caractère circonscrit du devoir de loyauté des dirigeants sociaux*, BJS 2016, n° 12, p. 709

#### **SCHMIDT (D.)**

*-Plafonnement du droit de vote et OPA*, Rev. dr. bancaire et de la bourse 1994, n° 44, p. 151

*-De l'intérêt commun des associés*, JCP 1994, I, n° 3793

*-De l'intérêt social*, JCP E. 1995, 488, n° 4

*-La responsabilité du conseil d'administration du fait de ses actes de gestion*, Cah. dr. entr. 1995, n° 4, p. 14

*-Le rapport sur les conditions de préparation et d'organisation de travaux du conseil d'administration*, in *Etudes offertes au Doyen P. Simler*, Dalloz, 2006

*-Le gérant détermine sa rémunération*, Rev. soc. 2012, p.38

*-Dispositions relatives aux conventions réglementées dans les sociétés anonymes*, Rev. soc. 2014, p. 616

**SCHOLASTIQUE (E.)**

*-L'administrateur indépendant, quelle indépendance, Cah. dr. entr. 2005, n° 5, p. 34.*

*-Le code éthique : un instrument de gouvernance créateur de valeur, Cah. dr. entr. 2014, n° 4, doss. 27*

**SIMLER (P.)**

*Histoire d'une impasse : la sanction du défaut d'autorisation des cautions, avals ou garanties consentis pour le compte des sociétés par actions, in Mél. D. Schmidt : liber amicorum, Joly, 2005*

**STASIAK (F.)**

*Les cumuls de sanctions en droit boursier, BJB 1997, p. 181*

**STORCK (M.)**

*-Du devoir d'alerte dans le droit des marchés financiers, in Mél. D. Schmidt : liber amicorum, Joly, 2005*

*- Gouvernement d'entreprise et gestion collective, in Etudes offertes à J. Béguin, Droit et Actualité, Litec, 2005, p. 701*

**SYLVESTRE (S.)**

*Le contrôle interne, LPA 2003, n° 228, p. 57*

**TELLER (M.)**

*-L'information des sociétés cotées et non cotées : une évolution certaine, de nouveaux risques probables, RTD. com. 2007, p. 17*

*- La reconfiguration comptable européenne : décryptage juridique de la directive comptable unique, BJS, 2014, p. 55*

**TELLER (R.) et JAMET(V.)**

*La directive « transparence » : une étape décisive vers un big-bang annoncé de l'information financière ? BJB 2004, p. 429*

**THEIMER (A.)**

*Le renforcement des pouvoirs du conseil d'administration depuis la loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques (Loi NRE), Dr. sociétés 2001, n° 12, p. 111*

**THOMAS (V.)**

*-Précisions sur la responsabilité du gérant SARL à l'égard des associés, Rev. Sociétés 2012, p. 485*

*-La RSE dans le droit des sociétés, RLDA 2013, n° 84*

**THOUCH (M.)**

*Le vote électronique dans les assemblées générales d'actionnaires, BJS 2008, n° 8, p. 734*

**TILLEMENT (G.)**

*Promesse de porte-fort et droit des sociétés, Rev. soc. 1993, p. 51*

## **TISSANDIER (H.)**

*Information et consultation du comité d'entreprise : rationalisation ou changement de paradigme ?* Dr. social 2015, p. 889

## **TRICOT (D.)**

« *Que reste-t-il des principes traditionnels des procédures collectives face au morcellement du traitement de la défaillance ?* » - Rapport de synthèse, Rev. pro. coll. 2012, n° 3, Doss. 21

## **TUNC (A.)**

-*Supprimer ou renforcer le conseil d'administration des sociétés anonymes*, RDAI 1991, n° 5, p. 669

-*Le gouvernement des sociétés anonymes le mouvement de réforme aux Etats-Unis et au Royaume-Uni*, RIDC 1994, n° 1, p. 59

-*La révolution américaine : présentation et application des « principes of corporate governance »*, LPA 1995, n° 116, p. 5

## **URBAN (Q.)**

*La difficulté pour le juge de caractériser l'abus de biens sociaux*, JCP 2005, n° 37, doct. 165

## **URBAIN-PARLEANI (I.) et BOIZARD (M.)**

-*L'objectif d'information dans la loi du 24 juillet 1966*, Rev. soc. 1996, p. 447

-*L'expertise de gestion et l'expertise in futurum*, Rev. soc. 2003, p.223

-*Les nouvelles obligations d'information des dirigeants envers les actionnaires*, Rev. soc. 2004, p. 779

## **VABRES (R.)**

-*Rémunération des dirigeants - Loi relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique (loi Sapin II)*, Dr. sociétés 2017, n°1, comm. 8

-*Loi relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique (loi Sapin II)*, Dr. sociétés 2017, n°1, comm. 8

## **VALUET (J-P.)**

-*L'identification des actionnaires des sociétés cotées, Le rapport du groupe de travail réuni à l'ANSA*, Rev. soc. 1996, p. 707

- *Les comités d'administrateurs : aspects juridiques et pratiques*, Dr. et patr. 1999, n°76

-*Conformité à la loi, conformité aux codes- Les mérites de la prévention*, JCP E 2012, n° 30, 1471

-*Le droit de vote des actionnaires en AG : le point sur deux sujets d'actualité Vote électronique des actionnaires-Vote des actionnaires non-résidents*, Rev. soc. 2014, n°7, étu. 13

## **VELARDOCCHIO (D.)**

*La transparence en droit des sociétés dans la loi sur les nouvelles régulations économiques*, Dr. et patr. 2001, n° 98

**VERDUN (F.)**

*Gestion des risques juridiques : quelques propositions méthodologiques*, Cah. dr. entr. 2008, n° 1, doss. 1

**VERKINDT (P-Y.)**

*Le droit d'alerte économique du comité d'entreprise et l'étendue de la mission de l'expert désigné*, BJS 2010, p. 16

**VIANDIER (A.)**

-*Observations sur les conventions de vote*, JCP 1986, I, n° 3253

-*Le règlement intérieur du conseil d'administration*, RJDA 2003, p. 1003

-*La soumission des indemnités de départ des dirigeants sociaux à la procédure des conventions réglementées*, JCP E 2005, n° 44-45, 1585

-*L'administrateur indépendants des sociétés cotées*, RJDA 2008, p. 599

-*L'avis consultatif de l'assemblée des actionnaires sur la rémunération des dirigeants sociaux (Code de gouvernement d'entreprise des sociétés cotées, juin 2013)*, JCP E 2013, 1417

- *Questions écrites des actionnaires*, Rev. soc. 2014, p. 306

**WALINE (M.)**

*Le pouvoir normatif de la jurisprudence* in Mélanges Scelle, T. 2, LGDJ, 1950, p. 613

**WDOWIAK (S.)**

*La faute détachable des fonctions, condition de l'action en responsabilité du tiers contre le dirigeant : entre incertitudes et hésitations*, Gaz. Pal. 2013, n° 96

**WESTER-OUISSE (V.)**

*Critique d'une notion imprécise : la faute du dirigeant de société séparable de ses fonctions*, D. Aff. 1999, n° 161, p. 782

**ZATTARA-GROS (A-F.)**

*Les commissaires aux comptes et les difficultés des entreprises*, Gaz. Pal. 2012, n° 224, p. 14

**ZEIDENBERG (S.)**

*Le renouveau des injonctions de faire*, Dr. et patr. 2001, n° 98

**ZENATI (F.)**

*La portée du développement des avis*, in Revet T. (dir), *L'inflation des avis en droit*, Economica, 1999, p. 101

**VI- NOTES, CONCLUSIONS ET COMMENTAIRES DE JURISPRUDENCE**

**AUZERO (G.)**

-Cass. com., 12 févr. 2008, n° 06-20121, BJS 2008, n° 5, p. 384

-Cass. com., 21 sept. 2016 n° 15-17.658, BJS 2016, p. 704

**AVIA (L.)**

CJUE, 11 mars 2015, aff. C-628/13, RLDA 2015, n° 106

**AZOULAY (F.)**

Cass. com., 7 juin 2016, n°14-17.978, JCP 2016, n°36, doct. 939

**BAILLOD (R.)**

CA Paris, 3e ch. A, 30 août 2005, n° 04-1208, BJS 2006, n° 2, p. 205

**BARBIER (H.)**

Cass. com., 11 mars 2014, n°13-10.366, RTD civ. 2014, p. 650

**BARBIERI (J.-F.)**

- Cass. com., 15 oct. 1991, JCP G 1992, II, 21877
- Cass. com., 4 juill. 1995, n°93-17.969, BJB 1995, n° 11, p. 968
- Cass. crim. 12 déc. 2000, Bull. crim. n° 372, BJS 2001, p. 508
- CA Paris, 6 déc. 2002, BJS 2003, p. 474
- Cass. com., 11 févr. 2003, n° 99-20139, BJS 2003, n° 5, p.549
- Cass. crim., 28 janv. 2004, n° 02-88.094, BJS 2004, p. 862
- Trib. corr. Paris, 12 sept. 2006, n° 0018992026, BJS 2007, n° 14, p. 119
- Cass. soc., 29 nov. 2006, n° 04-48.219, Rev. soc. 2007, p. 547
- CA Versailles, 14 févr. 2007, n° 06-05.831, BJS 2007, n° 7, p. 858
- CA Paris, 4 nov. 2008, BJS 2009, p.376
- Cass. com., 29 mars 2011, n° 10-17.667, Rev. soc. 2011, p. 563
- Cass.com., 26 juin 2012, n° 10-28.255, Rev. soc. 2012, p. 706
- Cass. com., 20 janvier 2015, n° 13-27.189, Rev. soc. 2015, p. 242

**BARBRY (P.)**

Cass. civ., 4 juin 1946, S. 1947, 1, p. 153

**BASTIAN (D.)**

Cass. civ., 4 juin 1946, JCP 1947, II, 3518

**BAUGARDET (M.) et BORGA (N.)**

Cass. com., 7 juin 2016, n°14-17.978, D. 2016, p. 2042

**BECKRER (B-O.), BUCHBERGER (M.) et CAFFIN-MOI (M.)**

Cass. com., 11 mars 2014, n°12-12.074, JCP E 2014, 1515

**BLANC (G.)**

Cass. com., 9 févr. 1999, Bull. Civ. IV, n° 4, JCP 1999. II. 10168

**BOILOT (C.)**

Cass. com., 14 mai 2013, n° 11-24.432, Rev. soc. 2014, p. 301

**BONNEAU (Th.)**

- Cass. 3e civ., 21 oct. 1998, n° 96-16.537, Dr. sociétés 1999, n° 2
- Cass. com., 11 juill. 2006, nos 05-18.528 et 05-18.337, Dr. sociétés 2006, comm. 165



**BOULOC (B.)**

- Cass. crim., 27 févr. 1978, Bull. crim., n° 76, Rev. soc. 1978, p. 496
- Cass. crim., 26 mai 1994, n° 9283.095, Rev. soc. 1994, p. 774
- Cass. crim., 20 mars 1997, n° 96-81.361, Rev. soc. 1997, p. 581
- Cass. crim., 28 janv. 2004, n° 02-88.094, Rev. soc. 2004, p. 722
- Cass. crim., 7 sept. 2005, n° 05-80.163, Rev. soc. 2006, p. 149
- Cass. crim., 25 oct. 2006, n° 04-81.502, Rev. soc. 2007, p. 146
- Cass. crim., 17 déc. 2014, n° 13-87.968, Rev. soc. 2015, p. 386
- Cass. crim., 20 mai 2015, n° 13-87.388, Rev. soc. 2015, p. 536
- Cass. crim., 4 mai 2016, n° 14-88.237, Rev. soc. 2017, p. 40

**BOUZAT**

CA Paris, 30 juin 1983, RTD com. 1984, p. 373

**CAUSSAIN (J-J.)**

CA Paris, 17 janv. 2003, JCP E 2003, n° 32-35, 1333

**CAUSSAIN (J-J.) et VIANDIER (A.)**

- CA Paris, 3e ch. A, 1er déc. 1992, JCP E 1993, 492
- Cass. com., 25 mars 1997, n° 95-10.995, JCP E 1997, I, n° 676, n° 1

**CERATI-GAUTHIER (A.)**

- Cass.com., 17 janv. 2006, n° 05-10.167, Rev. soc. 2006, p. 574
- Cass. com., 14 févr. 2006, n° 05-11.822, Rev. soc. 2006, p. 575
- Cass. com., 9 mars 2010, n° 08-21.547, RLDA 2010, n° 49
- Cass. com., 3 avril 2013, n° 12-14.202, Rev. soc. 2014, p. 30

**CHAMPAUD (C.)**

CA Paris, 24 mai 2002, n° 2002/01557, RTD com. 1991, p. 70

**CHAMPAUD (C.) et DANET (D.)**

- CA Paris, 3e ch., 12 sept. 1995, RTD com. 1996, p. 479
- CA Lyon 31 mars 1996, RTD com. 1997, p.107
- Cass. com. 24 fév. 1998, n° 96-12.638, RTD com. 1998, p. 612
- Cass. com., 15 juin 1999, n° 97-13.556, RTD com. 1999, p. 876
- Cass. com., 14 févr. 2006, n° 05-11.822, RTD com. 2006, p. 605
- Cass. soc., 29 nov. 2006, n° 04-48.219, RTD com. 2007, p. 144

**CHAPUT (Y.)**

Cass. com., 7 oct. 2008, n° 07-18.635, Rev. soc. 2009, p. 90

**CHAZAL (J-P.) et REINHARD (Y.)**

- CA Lyon, 5 nov.1999, RTD com. 2001, p. 142
- Cass. com., 8 oct. 2002, n° 99-11.421, RTD com. 2003, p. 327

**CHILSTEIN (D.)**

Cass. crim., 16 avr. 2008, n° 07-84.713, BJS 2009, n° 2, p. 145

**COHEN (M.)**

-Cass. soc., 16 mai 1990, n° 87-17. 555, Dr. sociétés 1991, p. 47

- Cass. soc., 8 mars 1995, n° 91-16.002, Dr. sociétés 1995, p. 393
- Cass. soc., 28 oct. 1996, n° 95-10.274, Dr. sociétés 1996, p. 1104

#### **CONTIN (R.)**

CA Paris, 22 mai 1965, D. 1968, p. 147

#### **COURET (A.)**

- CA Versailles, 12e ch., sect. 2, 29 juin 2000, JCP E 2001, p. 181
- CA Paris, 25 oct. 2002, n° 2202/05529, BJS 2003, n° 2, p. 213
- Cass. com., 30 mars 2010, n° 08-17.841, JCP E 2010, 1416
- Cass. com., 4 mai 2010, n° 09-13.205, Rev. soc. 2010, p. 222

#### **COURET (A.) et DONDERO (B.)**

- Cass. com., 31 mai 2011, n° 09-13.975, JCP E 2011, 1655
- Cass. com., 15 nov. 2011, n° 10-15.049, JCP E 2011. 1893

#### **DAGORNE-LABBE**

Cass. ch. Mixte, 26 mai 2006, n° 03-19.495 et n° 03-19.376, Gaz. Pal. 2006, p. 12

#### **DAIGRE (J-J.)**

- Cass. com., 11 février 1986, Bull. civ. IV n° 14, Rev. soc. 1986 p. 243
- Cass. com., 3 juin 1986, D. 1987, p. 95
- CA Paris, 30 juin 1995, JCP E 1996. II. 795
- Cass. com., 30 oct. 2000, n° 98-12.431, BJS 2001, p. 27
- Déc. sanction AMF, 18 nov. 2004, BJS 2005, p. 768
- Cass. com., 21 janvier 1997 n° 94-18.883, JCP E 1997, II, 965

#### **DALSACE (A.)**

Cass. com., 26 janv. 1965, D. 1966, jurispr. p. 469

#### **DANET (D.)**

CA Paris, 14e ch. B, 13 oct. 2006, RTD com. 2007, p. 375

#### **DELATRE**

TGI Avesnes-sur-Helpe, ord., 15 nov. 2007, JCP E 2008, n° 9, p. 36

#### **DERRIDA (F.)**

CA Aix-en-Provence, 29 mai 1981, Bull. CNCC n° 45, 1982, p. 44, D. 1982, IR 66

#### **DEZEUZE (E.)**

Trib. corr. Paris, 12 sept. 2006, n° 0018992026, BJB 2007, n° 4, p. 37

#### **DIDIER (Ph.)**

- Cass. com., 2 mai 1983, Rev. soc. 1984, p.775
- Cass. com., 24 avr. 1990, n° 88-17.218, Rev. soc. 1991, p. 347
- Cass. com., 24 juin 1997, n° 94-21.425, Rev. soc. 1997, p.792
- Cass. com., 21 oct.1997, Rev. soc. 1998, p. 82

#### **DOM (J-Ph.)**

-Cass. com., 7 juill. 2004, n° 01-15.677 et n° 01-15.763, BJS 2004, p. 1510

-Cass. com., 18 déc. 2012, n° 11-24.305, BJS 2013, p. 200

**DONDERO (B.)**

- Cass. com., 20 mai 2003, n° 99-17.092, D. 2003, p. 2623
- Cass. com., 30 mars 2010, n° 08-17.841, D. 2010, p. 1678
- Cass. com., 4 mai 2010, n° 09-13.205, BJS 2010, n° 134, p. 647
- CA Versailles, 19 mai 2011, n° 10.01.523, BJS 2011, n° 320, p. 597
- Cass. com., 18 oct. 2011, n° 10-18.989, BJS 2012, p. 116
- Cass. com., 3 déc. 2013, n° 12-19.881, Gaz. Pal. 2014, p. 18
- Cass. com., 15 janv. 2013, n° 11-28.244, RLDA 2013, n° 20
- Cass. com., 19 mai 2015, n° 14-10.348, Gaz. Pal. 2015, jur., p. 23

**DORSNER-DOLIVET (A.)**

Cass. 1re civ., 4 nov. 1992, Bull. civ. I, n° 275, Gaz. Pal. 1994, n° 1, p. 79

**DUCOULOUX-FAVARD (C.)**

Cass. com., 31 mars 2004, n° 03-14.991, BJB 2003, p. 427

**DURRY (A.)**

Cass. com. 7 déc. 1982, RTD civ. 1983, p.536

**FAGES (B.)**

Cass. crim., 25 sept. 2012, n° 10-82.938, RLDA 2013, n°78

**FEUGERE (W.)**

Cass. crim., 25 févr. 2009, nos 08-80.314 et 01-80.812, RLDA 2009, n° 39

**FORTUIT (P.)**

Cass. com., 15 juin 1999, n° 97-13.556, Rev. soc. 1999, p. 607

**GALLOIS-COCHET (D.)**

- CA Paris, 4 nov. 2008, Dr. sociétés 2009, n° 51
- Cass. soc., 21 oct. 2009, n°08-42.026, Dr. sociétés 2010, n°26, p. 140
- Cass. com, 25 sept. 2012, n°11-22.754, JCP R 2012, 1758

**GARANGER (G.)**

CA Paris, 10 janv. 2006, BJS 2006, n° 5, p. 597

**GARRIGUES (B.) et BONFILS (S.)**

Cass. com., 11 juill. 2006, nos 05-18.528 et 05-18.337, BJB 2006, p. 443

**GASTAUD (J-P.)**

Cass. com., 28 février 1977, n° 75-14.163, Rev. soc. 1978, p. 245

**GAUTIER P.Y. et MAINGUY,**

Cass. ch. Mixte, 26 mai 2006, nos 03-19.495 et 03-19.376, D. 2006, p. 1861

**GAVALDA (C.)**

- CA Paris, 3e ch. A, 1er déc. 1992, D. 1993, p. 301
- Cass. com., 14 déc. 1993, n° 92-21.225, Rev. soc. 1994, p. 494

**GERMAIN (M.) et PERIN (P-L.)**

CA Limoges, 28 mars 2012, BJS 2012, p. 623

**GHESTIN (J.)**

Cass. com., 27 févr. 1996, n° 94-11.241, JCP G 1996, II, 22665

**GIBIRILA (D.)**

Cass. com., 14 févr. 2006, n° 05-11.822, JCP E 2006, 1981

**GIL (G.)**

-Cass. com., 15 sept. 2015, n° 13-25.275, BJS 2015, n° 11, p. 581

-Cass. 2e Civ., 24 sept. 2015, n° 14-19.012, BJS 2015, p. 624

**GODON (L.)**

-Cass. com., 14 févr. 2006, n° 05-11.822, BJS 2006, p. 619

-Cass. com., 28 nov. 2006, n° 04-19.802, Rev. soc. 2007, p. 519

-Cass. com., 15 nov. 2011, n° 10-15.049, Rev. soc. 2012, p. 292

**GRANIER (T.)**

-Cass. com., 17 janv. 2012, n° 10-28.668, Rev. soc. 2013, p. 43

-CJUE, 3 oct. 2013, n° C-322/13, BJS 2014, n° 01, p. 28

**GROSCLAUDE (L.)**

Cass. com., 13 déc. 2005, n° 04-12.135, BJS 2006, p. 641

**GUILBERTEAU**

Cass. com., 21 avr. 1977, n° 75-12.918, Rev. soc. 1978, p. 252

**GUYENOT (Y.)**

Cass. com., 6 février 1979, n° 77-13.264, Rev. soc. 1979, p. 548

**GUYON (Y.)**

-CA Rennes, 27 mai 1975, Rev. soc. 1976, p. 120

-CA Reims, 17 juill. 1975, D. 1976, jur., p. 218

-Cass. com., 18 juin 1980, n° 78-16.419, Rev. soc. 1981, p. 83

-Cass. com., 8 mars 1982, n° 79-10.412, Rev. soc. 1983, p. 573

-Cass. com., 24 févr. 1987, Bull. civ. IV, n° 56, Rev. soc. 1987, p. 407

-Cass. com., 21 oct. 1997, n° 95-17.904, JCP G 1998, II, 10036

- Cass. com., 9 fév. 1999, Bull. Civ. IV, n° 4, JCP E 1999, n° 16, p. 724

**HALLOUIN (J-C.)**

-Cass. com., 21 janvier 1997 n° 94-18.883, D. 1998, p. 181

-Cass. 3e civ., 21 oct. 1998, n° 96-16.537, D. 2000, som., p. 232

-Cass. com., 9 fév. 1999, Bull. Civ. IV, n° 4, D. 2000. Somm. 231

-Cass. com., 15 juin 1999, n° 97-13.556, D. 2000, somm. 235

**HEINICH (J.)**

Cass. com., 12 juillet 2016, n° 14-23.310, Rev. soc. 2017, p. 44

### **HOUIN (R.)**

- Cass. Com. 22 avr. 1966, Bull. civ. III, n° 191, RTD com. 1966, p. 956
- CA Paris 17 déc. 1954, RTD com. 1975, p. 130
- TGI Strasbourg, 26 sept. 1969, RTD com. 1970, p. 150
- CA Rennes, 27 mai 1975, RTD com. 1976, p. 561

### **JOURDAIN (P.)**

- Cass. com. 9 mars 2010, n° 08-21.547, RTD civ. 2010, p. 575

### **LE CANNU (P.)**

- CA Paris, 12 février 1991, BJS 1991, p. 413
- CA Paris, 24 septembre 1981, Rev. soc., 1982, p. 283
- CA Paris, 16 nov. 1988, BJS 1989, n°2, p. 189
- CA Paris, 23 avr. 1985, RJ com. 1986, p.143
- Cass. com., 2 juill. 1985, Aff. *Cointreau*, Rev. soc. 1986, p. 231
- Cass. soc. 12 févr. 1987, Bull. civ. V, n° 73, BJS 1987, p. 384
- Cass. com., 24 févr. 1987, Bull. civ. IV, n° 56, BJS 1987, p. 211
- Cass. com., 1 déc. 1987, Rev. soc. 1988, p. 237
- Cass. com. 30 mai 1989, n° 87-18.083, BJS 1989, p.715
- Cass. com., 27 mars 1990, BJS 1990, p. 530
- Cass. com., 24 avr.1990, BJS 1990, p.531
- Cass. com., 9 mars 1993, n° 91-1468, Arrêt Flandin, BJS 1993, n° 5, p. 537
- CA Versailles, 13e ch., 21 oct. 1993, n° 507, BJS 1994, n° 1, p. 99
- Cass. com. 14 déc. 1993, n° 92-21.225, BJS 1994, p.147
- CA Versailles, 13e ch., 21 oct. 1993, BJS 1994, n° 1, p. 99
- CA Paris, 3e ch., 12 sept. 1995, BJS 1995, p. 1076
- CA Paris, 3 mai 1996, n° 95-003698, BJS 1996, n° 10, p. 805
- Cass. com., 1er oct. 1996, n° 94-16.315, BJS 1997, p. 138
- Cass. com., 21 janvier 1997 n° 94-18.883, BJS 1997, p. 312
- Cass. com., 28 avr. 1998, n° 96-10.253, BJS 1998, p. 808
- Cass. com., 7 juill. 1998, n° 96-13.117, BJS 1998, n° 12, p. 1297
- Cass. com., 9 fév. 1999, Bull. Civ. IV, n° 4, Rev. soc. 1999, p. 81
- Cass. com., 24 juin 2003, JurisData n° 2003-019633, BJS 2003, p. 1030
- Cass. com., 7 juill. 2004, n° 01-15.677 et n° 01-15.763, RTD com. 2004, p. 765
- Cass. com., 22 févr. 2005, n° 03-17.421, Rev. soc. 2005, p. 353
- Cass. com., 30 mars 2010, n° 08-17.841, Rev. soc. 2010, p. 304
- Cass. com., 18 mai 2010, Rev. soc. 2010, p.374
- CA Versailles, 19 mai 2011, n° 10.01.523, Rev. soc. 2012, p. 99
- Cass. com., 19 mars 2013, Rev. soc.2014, p. 51

### **LE CANNU (P.) et DONDERO (B.)**

- Cass. com. 9 mars 2010, n° 08-21.547, RTD com. 2010, p. 374
- CA Paris, 15 avr. 2010, n° 08/24496, RTD com. 2010, p. 746
- CA Versailles, 19 mai 2011, n° 10.01.523, RTD com. 2011, p. 368
- Cass. com., 18 oct. 2011, n° 10-18.989, RTD. com. 2011, p. 766

### **LECENE-MARENAUD**

- Cass. com., 4 janv. 1994, Bull. civ. IV, n° 10, Rev. soc. 1994, p. 278

**LECOURS (A.)**

CA Pau, 29 avr. 2009, n° 08-03.157, BJS 2009

**LEGROS (J-P.),**

Cass. com., 15 janv. 2013, n° 12-40.086, QPC, Dr. sociétés 2013, n° 4, comm. 69

**LE NABASQUE (H.)**

-Cass. crim., 26 mai 1994, n° 92-83.095, JCP E 1995, II, 644

-Cass. ch. Mixte, 26 mai 2006, nos 03-19.495 et 03-19.376, BJS 2006, p. 1072

-Cass. com., 9 mars 2010, Rev. soc. 2010, p. 230

**LIENHARD (A.)**

-Cass. com., 20 mai 2003, n° 99-17.092, D. 2003, p. 1503

-Cass. com., 14 févr. 2006, n° 05-11.822, D. 2006, p. 721

-Cass. com., 2 déc. 2008, n° 03-17.421, D. 2009, p. 12

-Cass. com., 23 juin 2009, n° 08-14.117, D. 2009. AJ. 1824

-Cass. com. 9 mars 2010, n° 08-21.547, D. 2010. 761

-Cass. com., 30 mars 2010, n° 08-17.841, D. 2010, p. 960

-Cass. com., 4 mai 2010, n° 09-13.205, D. 2010, p. 1206

-Cass. com., 18 oct. 2011, n° 10-18.989, D. 2011, p. 2596

-Cass. com., 3 avr. 2012, n° 11-17.130, D. 2012, p. 1006

-Cass. com., 10 sept. 2013, n° 12-16.509, D. 2013, p. 2168

**LOUSSOUARN (Y.)**

Cass. com., 2 juill. 1985, Aff. *Cointreau*, D. 1986, jur., p. 351

**LUCAS (F-X.)**

-CA Paris, 4 sept. 1998, BJS 1999, n° 42, p. 250

-Cass. com., 3 avr. 2012, n° 11-17.130, BJB 2012, n° 7, p. 545

**MATSOPOULOU (H.)**

Cass. com., 11 juill. 2006, nos 05-18.528 et 05-18.337, RLDA 2006, n° 10, p. 532

**MATTOUT (J-P.)**

CA Paris, 8 nov. 2016, n° 15/21473, Rev. soc. 2017, p. 218

**MEDINA (A.)**

Cass. crim., 15 sept. 1999, n° 9823.237, D. 2000, p. 319

**MENJUCQ (M.)**

CA Versailles, 4 juin 1999, n° 1200/99, BJS 1999, n° 11, p. 1123

**MERLE (P.)**

-Cass. com., 28 février 1977, n° 75-14.163, RJ com. 1978, p. 294

-Cass. com., 9 mars 1993, Arrêt *Flandin*, Rev.soc. 1993, p. 403

-Cass. com., 23 juin 2015, n° 14-14.242, Rev. soc. 2016, p. 51

**MESSAI-BAHRI (S.)**

Cass. com., 19 avr. 2005, n° 02-10.256, BJS 2005, p. 1252

**MESTRE (J.)**

- Cass. 3e civ., 19 févr. 1986, n° 84-12.467, RTD civ. 1987, p. 761
- Cass. com., 3 juin 1986, RTD civ. 1996, p. 151
- Cass. com., 4 oct. 1988, n° 86-18.974, RTD civ. 1989, n° 2
- Cass. com., 27 févr. 1996, n° 94-11.241, RTD civ. 1997, p. 114

**MONNET (J.)**

- CA Besançon, 11 déc. 2001, Dr. sociétés 2002, com. 119
- CA Paris, 24 mai 2002, n° 2002/01557, Dr. sociétés 2002, n° 11, comm. 98
- T. com. Paris, 3 déc. 2003, Dr. sociétés 2004, n° 46, p. 28

**MONSALLIER-SAINT MEULX (M-C.)**

T. com. Paris, 3 déc. 2003, Rev. soc. 2005, p. 847

**MONSERIE-BON (M-H.)**

Cass. com., 19 mars 2013, RTD com. 2013, p.530

**MORETTI (P.)**

- Cass. com., 1 déc. 1987, LPA 1987
- Cass. com., 9 fév. 1988, n° 86-13.121, LPA 1988, p. 13
- Cass. com., 28 juin 1988, n° 87-11.628, LPA 1988, p. 4

**MOULIN (J-M.)**

Cass. com., 7 juin 2016, n°14-17.978, Gaz. Pal., 2016, n° 30, p. 60

**MOULY (C.)**

CA Versailles, 7 janv. 1980, Rev. soc. 1980, p. 737

**MOURY (J.)**

Cass. com., 11 mars 2014, n°13-10.366, D. 2014, p. 215

**NEPVEU**

CA Paris, 22 mai 1965, JCP G 1965, II, 14274bis

**NICOLAS (E.)**

Cass. com., 31 mars 2015, n° 14-14.575, Rev. soc. 2016, p. 102

**OHL (D.)**

Cass. com., 28 avr. 1998, JCP G 1998. II. 10177, p. 1921

**OPPETIT**

CA Paris, 17 déc. 1954, Rev. soc. 1974, p. 685

**PACLOT (Y.)**

CA Paris, 7 oct. 2008, JCP E 2009. 1088

**PASQUALINI (F.)**

Cass. com., 29 juin 1993, n° 91-14.778, Rev. soc. 1994, p. 63

**PERIN (P-L.)**

Cass. com., 22 nov. 2016, n° 15-14.911, Rev. soc. 2017, p. 213

**PETIT (B.)**

-Cass. com., 13 janv. 1998, BJS 1998, n° 5, p. 516

-Cass. com., 24 févr. 1998, n° 96-19.006, BJS 1998, p. 815

**PETIT (B.) et REINHARD (Y.)**

Cass. com., 10 févr. 1998, RTD com. 1998, p. 370

**PICOD (Y.)**

Cass. com. 24 fév. 1998, n° 96-12.638, D. 1999, somm., p. 100

**PLAISANT**

CA Aix, 3 févr. 1966, Rev. soc. 1966, p. 437

**Du PONTAVICE**

- T. corr. Paris, 1er juill. 1977, Bull. CNCC 1978, p. 57

-CA Paris, 30 juin 1983, Bull. CNCC 1983, p. 471

**PORACCHIA (D.)**

-Cass. com., 15 janv. 2002, n° 97-10.886 : Dr. et patr. 2003, n° 112

-Cass. com., 20 mai 2003, n° 99-17.092, Dr. et patr. 2003, p. 91

-Cass. com., 7 juill. 2004, n° 01-15.677 et n° 01-15.763, Dr. et patr. 2005, n° 135, p. 99

-Cass. com., 19 avr. 2005, n° 02-10.256, Dr. et patr. 2005, n° 143, p. 91

-Cass. com., 22 févr. 2005, n° 03-17.421, Dr. et patr. 2005, p. 102

**RANDOUX**

-CA Paris, 30 nov. 1976, Rev. soc. 1977, p. 688

-Cass. com., 7 déc. 1982, JCP 1982. IV. 69 ; Rev. soc. 1984, p.54

**REBUT (D.)**

Cass. crim., 7 sept. 2005, n° 05-80.163, Rev. sc. crim 2006, p. 331

**REINHARD (Y.)**

-Cass. com., 2 juill. 1985, Aff. *Cointreau*, RTD com. 1986, p. 90

-Cass. com., 24 avr.1990, Rev. soc. 1990, p. 416

-CA Paris, 3e ch. A, 1er déc. 1992, RTD com. 1994, p.67

-Cass. com., 9 fév. 1999, Bull. Civ. IV, n° 4, RTD com. 1999, p. 902

**RENUCCI (J-F.)**

-Cass. crim., 28 nov. 1994, D. 1995, p. 506

- Cass. crim. 12 déc. 2000, Bull. crim. n° 372, Rev. Science crim., 2001, p. 396

**REYGROBELLET (A.)**

Cass. com., 3 mars 2015, n° 14-11.840, Rev. soc. 2015, p. 518

**ROBERT (J-H.)**

-CA Paris, 7 mars 2000, Juris-Data n° 2000-106246, Dr. pénal 2000, p. 13

-Cass. crim., 12 sept. 2001, n° 01-80.238, Dr. pén. 2002, comm. 6



- Cass. crim., 23 mars 2005, n° 0484.756, Dr. pén. 2005, comm. 91
- Cass. crim., 16 mai 2012, n° 11-85.150, Dr. pén. 2012, comm. 105

#### **RODIERE (R.)**

- Cass. com., 28 nov. 1961, RTD com. 1962, p. 425
- CA Paris, 22 mai 1965, RTD com. 1965, p. 619

#### **RONTCHEVSKY (N.)**

- T. corr. Paris, 17 décembre 1997, BJS 1998, p. 485
- T. corr. Paris, 27 décembre 1998, n° 98-07.599, BJS 1998, p. 927
- Cass. com., 9 mars 2010, n° 08-21.547, RTD com. 2010, p. 407

#### **ROUSSILLE (M.)**

- Cass. com., 30 mars 2010, n° 08-17.841, Dr. sociétés 2010, comm. 117
- Cass. com., 4 mai 2010, n° 09-13.205, Dr. sociétés 2010, comm. n° 139
- Cass. com., 18 déc. 2012, n° 11-24.305, JCP E 2013. 1084
- CA Paris, 19 déc. 2013, n° 12-22.644, JCP E 2014, n° 30, 1396

#### **SAINTOURENS (B.)**

- Cass. com., 12 janv. 1993, Rev. soc. 1993, p. 426
- Cass. com., 8 fév. 2005, n° 01-14.292, BJS 2005, n° 6, p. 667
- Cass. com., 31 mai 2011, n° 09-13.975, BJS 2011, p. 817, n° 405
- Cass. com., 22 oct. 2013, n° 1224.162, Rev. soc. 2014, p. 105
- Cass. com., 11 mars 2014, n° 13-10.366, Rev. soc. 2014, p. 384

#### **SALOMON (R.)**

- Cass. crim., 16 avr. 2008, n° 07-84.713, Dr. sociétés 2008, comm. n° 135

#### **SALVAT (X.)**

- Cass. crim., 16 mai 2012, n° 11-85.150, BJS 2012, n° 7, p. 579

#### **SCHILLER (S.)**

- Cass. soc., 21 oct. 2009, n°08-42.026, JCP E 2010, n°1272
- Cass. com., 9 mars 2010, n° 08-21.547, JCP E 2010, 1483
- Cass. com., 3 févr. 2015, n° 13-28.164, BJS 2015 n°4, p. 188

#### **SCHMIDT (D.)**

- Cass. com., 27 févr. 1996, JCP E 1996, II, 838
- CA Paris, 7 oct. 2008, BSJ 2008, p. 976
- Cass. com., 9 mars 2010, n° 08-21.547, BJS 2010, n° 109, p. 537
- Cass. com., 12 mai 2015, n° 13-28.059, Rev. soc. 2016, p. 590
- Cass. com., 5 janv. 2016, n° 14-18.688, Rev. soc. 2016, p. 293

#### **SORTAIS**

- Cass. com., 19 juin 1990, n° 89-14.092, Rev. soc. 1990, p. 621

#### **THOMAS (V.)**

- Cass. com., 10 juill. 2012, n° 11-22.146, Rev. soc. 2012, p. 485

**THULLIER**

Cass. com., 22 févr. 2005, n° 03-17.421, D. 2005. Pan. 1430

**TISSANDIER (H.)**

Cass. com., 29 janv. 2008, n° 06-20.311, RDT 2008, p. 248

**URBAIN-PARLEANI (I.)**

-CA Paris, 14e ch., sect. B, 23 juin 2006, JurisData n° 2006-312319, Rev. soc. 2006, p. 665

-CA Paris, 29 Fév. 2008, Rev. soc. 2008, p. 433

**VALLAMAN (J.)**

CA Paris, 3e ch. A, 18 déc. 1990, JCP N 1993, II, p. 160

**VIANDIER (A.)**

-Cass. com., 2 juill. 1985, Aff. *Cointreau*, JCP 1985, II, n° 2058

-CA Orléans, 18 mars 1999, JCP E 2000, p. 31

-Cass. com., 15 juin 1999, n° 97-13.556, JCP E 2000, p. 30

-T. com. Paris, 27 juin 2002, JCP E 2002, II, n° 1253

-T. com. Paris, 3 déc. 2003, JCP E 2004. 87

-T. com. Paris, 11 mai 2004, JCP E 2004, 1154

-CA Paris, 19 décembre 2013, n° 12/22644, Rev. soc. 2014, p. 306

**VIANDIER (A.) et CAUSSAIN**

Cass. com., 18 déc. 2001, n° 97-22.024, JCP E 2002, n° 22, p. 899

**VIDAL (D.)**

-Cass. com., 8 mai 1963, JCP E 1963, II, 13282

-Cass. com., 11 juin 1965, Bull. civ. 1965, III, n° 361, D. 1965, jurispr. p. 782

-Cass. com., 9 déc. 1997, n° 1997-004936, Dr. sociétés 1998, comm. 47

-Cass. com., 3 mai 2000, Dr. sociétés 2000, n° 110

-Cass. com., 8 oct. 2002, n° 99-11.421, BJS 2003, n° 3, p. 353

**ZENATI (F.)**

Cass. com., 4 janv. 1994, Bull. civ. IV, n° 10, RTD civ. 1994, p. 644



## INDEX THÉMATIQUE

(Les numéros renvoient aux paragraphes)

### A

Abus de biens sociaux, 1016 s., 1061 s.  
Abus de crédit, 1022 s.  
Abus de marché, 978 s.  
Abus de pouvoir, 939 s., 1023 s.  
Abus de voix, 1024  
Actions de préférence, 295 s.  
Administrateurs indépendants, 183 s.  
Alerte,  
- Alerte professionnelle,  
(*whistleblowing*), 207  
- Procédure d'alerte, 551, 694 s.,  
1181 s.  
Association d'actionnaires, 791 s.  
Autocontrôle, 85 s.  
Auto-évaluation, 169  
Autoréglementation, 84  
Autorégulation, 83  
Autorité des marchés financiers, 610 s.

### C

Cautions, avals et garanties, procédure  
d'autorisation, 671 s.  
Clause d'autorisation préalable, 333 s.  
Clause de *bad leaver*, 329 s.  
Clause d'information, 336 s.  
Clause d'investigation, 339 s.  
Clause limitative de pouvoir, 322 s.  
Clause de majorité, 341 s.  
Clause révocation, 327 s.  
Code privé, 128 s.,  
Comité d'entreprise,  
Comités spécialisés, 181, 498 s.  
- Comité d'audit, 499, 603 s.  
- Comité de rémunérations,  
Commissaire aux comptes, Impartialité,  
785 s.

*Complain or explain*, 135, 140 s., 1203 s.,  
1221 s.  
Conflits d'intérêts, 161,  
Contrôle interne, 202 s.  
Conventions réglementées, 638 s., 654 s.  
Convention de vote, 274, 301 s.  
*Corporate governance*, 101, 135, 180, 954;  
969, 1007, 1070, 1100, 1108, 1261  
Cumul des mandats, 778 s.

### D

Délit de fausse information, 966, 970  
Devoir de loyauté, 1100 s.  
Dirigeance, 180  
Droit de critique des associés, 1107 s.  
Droit à l'information,  
- Des associés, 368 s.  
- Du conseil d'administration, 465 s.  
- Du conseil de surveillance, 470 s.  
- Du commissaire aux comptes, 475  
s.  
- Du comité d'entreprise, 479 s.  
Droit de poser des questions,  
- Avant l'assemblée générale,  
▪ pour les SA, 400  
▪ pour les SARL, 401  
▪ pour les SAS, 402  
- Durant l'exercice social,  
▪ pour les SA, 405  
▪ pour les SARL, 406  
▪ pour les SNC, 407  
▪ pour les SAS, 408  
▪ pour les SCS, 409  
▪ pour les SCA, 410  
Droit de se renseigner,  
- pour le conseil de surveillance, 488  
- pour le conseil d'administration,  
489

- pour le commissaire aux comptes, 494 s.

## E

Ecran de la personne morale, 1163 s.  
Principe d'égalité, 263  
Effet de seuil, 1178 s.  
Excès de pouvoir, 935 s.  
Expertise de gestion, 682 s., 814 s.  
Expertise *in futurum*, 713 s., 1183 s.

## F

Faute de gestion, 1033 s., 1070 s.  
Faute séparable des fonctions, 1165 s.  
Fraude, 938 s.

## G

Groupe de sociétés, 813 s.

## I

Immixtion dans la gestion,

- principe de non immixtion, 622 s.

Information permanente,

- pour les SNC, 374 s.
- pour les SARL, 376 s.
- pour les SA, 378
- pour les SCS, 379
- pour les SCA, 380
- pour les SAS, 381

Information périodique,

- pour les SARL, 385
- pour les SNC, 386 s.
- pour les SA, 388 s.
- pour les SCA, 394
- pour les SAS, 395

Informations spécifiques aux sociétés côtées, 414 s.

Injonction de faire, 884 s.  
Intérêt social, 271 s.

## L

Liberté contractuelle, 221 s.

- Limites à la liberté, 248 s.

## M

Mandataire *ad hoc*, 903 s., 1110 s.

## N

*Non bis in idem*, 978 s.  
Nullités, 768 s., 912 s.

## O

Obligations comptables, 523 s.

- Allègement des obligations, 1264 s.
- Groupe de sociétés, 525
- Image fidèle, 540 s.
- Régularité des comptes, 538
- Sincérité des comptes, 539

Obligation de déclarer les opérations effectuées sur les titres, 437 s.  
Obligation de déclarer les éléments de rémunération, 454 s.  
Obligation de surveillance, 491  
Observateurs de gestion, contrôleurs de gestion, 1110 s.  
Ordre public, 250 s.

## P

Pacte extra-statutaire, 286 s.

- Validité des pactes, 288 s.
- Efficacité des pactes, 290 s.

Prescription action en responsabilité, 1153 s.

Promesse de porte-fort, 307 s.

## Q

Quitus de Assemblée Générale, 632 s.

## R

Rapport annuel financier, 420 s.

Rapport financier semestriel, 428 s.

Rapport de gestion, 625 s., 820 s., 1208 s., 1267 s.

Règlement intérieur, 145 s.

Rémunération des dirigeants, 162

Responsabilités civiles,

- Des administrateurs, 842 s.
- Des commissaires aux comptes, 857 s.

Responsabilité civile des dirigeants,

- Hypothèses de mises en cause, 1030s.
- Action *ut singuli*, 1040, 1096 s., 1136 s.
- Action individuelle, 1040, 1092 s.

Responsabilité pénale des dirigeants, 1013 s.

Responsabilité sociale et environnementale (RSE), 826 s., 1223 s.

Révocation du dirigeant, 1044 s., 1081 s.

Risques juridiques,

- Identification des risques, 196 s.
- Analyse des risques, 199 s.
- Traitement des risques, 201 s.

## S

*Say on pay*, 163, 635 s.

Secret des affaires, 987 s., 1269 s.

Principe de séparation des pouvoirs, 267 s.

Seuil de représentativité, 772 s.

*Soft law*, 120 s., 148, 162, 969, 1003, 1007, 1218

Statuts sociaux,

- Clauses statutaires, 279 s.

## U

Unité économique et sociale, 1114 s.

## V

Visioconférence, 777 s.

Droit de vote double, 760 s.

Vote électronique, 753 s.

Vote par procuration, 763 s.



## TABLE DES MATIÈRES

<b>INTRODUCTION .....</b>	<b>1</b>
<b>PREMIERE PARTIE – LES INSTRUMENTS DE CONTRÔLE DE LA GESTION .....</b>	<b>26</b>
<b>TITRE I – LES DISPOSITIFS CONTRACTUELS DE CONTRÔLE.....</b>	<b>29</b>
<b>Chapitre I - Les dispositifs contractuels au service des dirigeants .....</b>	<b>31</b>
Section I - Le principe de l’autocontrôle .....	31
§1- Le principe de l’autocontrôle des dirigeants .....	32
A- La notion d’autocontrôle .....	32
B- La portée du principe de l’autocontrôle de la gestion.....	34
§2- Les avantages attendus .....	37
A- Les avantages de l’autocontrôle pour les dirigeants.....	37
a- Une limitation de la responsabilité des dirigeants .....	37
b- L’autocontrôle : un outil de prévention des risques .....	40
B- Les avantages de l’autocontrôle pour les associés.....	41
C- L’attrait de l’autocontrôle d’un point de vue normatif.....	42
Section II - La mise en œuvre de l’autocontrôle .....	44
§1- La formalisation de l’autocontrôle .....	44
A- Les codes privés .....	45
a- La juridicité des codes privés .....	45
b- Le maniement des codes privés.....	49
B- Le règlement intérieur .....	51
§2- L’objet des engagements d’autocontrôle.....	54
A- Les dispositifs de bonne gouvernance.....	54
a- Un renforcement volontaire des contraintes.....	55
1- Les contraintes volontaires liées au statut de dirigeant .....	55
2- Les contraintes volontaires liées au contrôle de la gestion du dirigeant .....	58
b- L’amélioration du fonctionnement de la dirigeance.....	60
B- Les dispositifs de gestion des risques .....	63
a- Les dispositifs de contrôle des risques .....	64
1- L’identification des risques .....	65
2- L’analyse des risques .....	66
3- Le traitement des risques.....	67



b-Le contrôle interne .....	67
<b>Conclusion du Chapitre I .....</b>	<b>70</b>
<b>Chapitre II - Les dispositifs contractuels au service des associés.....</b>	<b>72</b>
Section I- L'aménagement conventionnel du contrôle de la gestion par les associés .....	73
§1- L'utilité des mesures conventionnelles .....	73
A-Une liberté d'aménager le contrat social.....	74
a-Le rôle de la liberté contractuelle en droit des sociétés .....	74
b-Un usage de la liberté tourné vers le contrôle .....	75
1- La liberté contractuelle dans l'organisation de la société.....	76
2- La liberté des associés dans le fonctionnement social .....	79
B-Les limites à l'aménagement du contrôle de la gestion.....	81
a-L'ordre public.....	82
1/ L'ordre public légal.....	82
2-Un ordre public légal complété par les juges .....	84
α-Le caractère d'ordre public octroyé à des règles légales par le juge .....	85
β-Des principes érigés au rang d'ordre public par le juge .....	85
b-L'intérêt social .....	88
§2-L'exposé des différents supports.....	90
A-Les conventions sous forme de clause statutaire.....	90
B-Les conventions sous forme de pacte extra-statutaire .....	93
Section II - L'étude analytique des clauses renforçant le contrôle de la gestion.....	95
§1-Les techniques contractuelles.....	96
A-Les actions de préférence .....	96
B-Les conventions de vote .....	97
C-Les promesses de porte-fort.....	99
§2-Les clauses relatives au contrôle de la gestion.....	101
A-L'encadrement du pouvoir des dirigeants .....	101
B-Le renforcement des droits des associés.....	106
C-L'amélioration des modalités de prise de décisions .....	109
<b>Conclusion du Chapitre II .....</b>	<b>112</b>
<b>Conclusion du Titre I .....</b>	<b>113</b>

<b>TITRE II - LES DISPOSITIFS LÉGAUX DE CONTRÔLE .....</b>	<b>113</b>
<b>Chapitre I – La transparence : une condition du contrôle .....</b>	<b>116</b>
Section I - L'information des associés .....	117
§1- Des mécanismes d'information généraux des associés.....	118
A-L 'information spontanée à la charge des dirigeants sociaux.....	119
a-L 'information permanente.....	119
b-Les obligations d'information périodiques .....	122
B-L 'information réclamée .....	126
a-Le droit de questionner le dirigeant à l'occasion de l'assemblée générale.....	126
b-Le droit de questionner le dirigeant en cours d'exercice.....	128
§2- Les obligations d'information spécifiques aux sociétés cotées.....	130
A-Les obligations dues par la société au travers de ses dirigeants .....	131
a-Les obligations d'information périodiques.....	131
1-Les obligations d'information annuelle.....	131
2-Les obligations d'information semestrielles .....	133
b-Les obligations d'information permanentes .....	134
B- Les obligations propres aux dirigeants de sociétés cotées.....	137
a-L 'obligation de déclarer les opérations effectuées sur leurs titres.....	137
b-L 'obligation de rendre transparents les éléments de leur rémunération.....	139
Section II - L'information des organes de contrôle.....	141
§1-La consultation des dirigeants.....	141
A-Droit de recevoir l'information .....	141
a-Le conseil d'administration .....	142
b-Le conseil de surveillance .....	144
c-Le Commissaire aux comptes.....	145
d-Le comité d'entreprise.....	146
B-Le droit de se renseigner.....	149
§2- L'information recueillie auprès d'experts .....	152
<b>Conclusion du Chapitre I .....</b>	<b>156</b>
<b>Chapitre II - Les procédures légales de contrôle .....</b>	<b>157</b>
Section I - Le contrôle comptable .....	158
§1-Les normes imposées aux dirigeants en matière comptable.....	159
A-Les obligations comptables des dirigeants .....	159

a-Les obligations comptables annuelles des dirigeants .....	160
b-La simplification des règles comptables pour les petites structures.....	163
B-La qualité des comptes .....	165
§2- Les mécanismes de vérification des comptes sociaux .....	167
A-Un contrôle comptable réduit pour les petites sociétés .....	167
a-Les mécanismes individuels de contrôle des associés.....	168
b-Les mécanismes de contrôle de l'assemblée .....	170
B-Un contrôle comptable renforcé pour les sociétés cotées et/ou de taille importante ...	173
a-Le contrôle comptable dans les grandes sociétés commerciales .....	173
1-Les organes internes associés au contrôle comptable .....	173
α -Le contrôle de l'information financière par le conseil d'administration.....	173
β-Le contrôle de l'information financière par le conseil de surveillance .....	175
2-Les organes externes de contrôle des comptes.....	176
α-Le contrôle comptable du commissaire aux comptes.....	176
β-Le contrôle comptable du comité d'entreprise .....	181
b-Les mécanismes de contrôle comptable propres aux sociétés cotées.....	183
1-Le contrôle comptable du comité d'audit.....	184
2-Le contrôle de l'Autorité des marchés financiers.....	186
Section II - Le contrôle de la gestion.....	187
§1-Une gestion annuelle supervisée .....	188
A-Un examen annuel de la gestion.....	188
a-L 'approbation de la gestion .....	188
1-Le contrôle des informations relatives à la gestion transmises à l'assemblée.....	189
α-Le contrôle de l'information relative à la gestion par le commissaire aux comptes .....	189
β-Le contrôle préalable de l'information relative à la gestion par le conseil d'administration ou de surveillance.....	190
2-Le contrôle de la gestion par le vote des associés .....	191
b-Une délibération annuelle sur les conventions réglementées .....	193
B-Une analyse permanente de la gestion.....	197
a-Une compétence générale de contrôle .....	197
b-Des compétences particulières de contrôle : le mécanisme des autorisations préalables .....	198
1-L'autorisation préalable des conventions réglementées.....	198
2-L'autorisation préalable des cautions, avals et garanties .....	201
3-Les autorisations préalables du Conseil de surveillance .....	202

§2-Des décisions de gestion expertisées.....	203
A-Des mécanismes d'expertise de droit des sociétés .....	204
a-L 'expertise de gestion .....	204
b-La procédure d'alerte .....	208
1-Procédure d'alerte du commissaire aux comptes .....	210
2-Procédure d'alerte du comité d'entreprise .....	212
3-Procédure d'alerte des associés .....	215
B-Un mécanisme d'expertise de droit commun .....	216
<b>Conclusion du Chapitre II .....</b>	<b>219</b>
<b>Conclusion du Titre II .....</b>	<b>221</b>
<b>Conclusion de la Première Partie .....</b>	<b>222</b>
<b>SECONDE PARTIE – L'EFFICACITÉ DU SYSTÈME DE CONTRÔLE DE LA GESTION.....</b>	<b>225</b>
<b>TITRE I - UNE EFFICACITÉ RECHERCHÉE .....</b>	<b>227</b>
<b>Chapitre I - De l'effectivité du contrôle.....</b>	<b>229</b>
Section I - La valorisation des organes de contrôle.....	229
§1- L'amélioration des conditions du contrôle.....	229
A-Les réformes visant à favoriser la participation des associés .....	230
a-La promotion de la participation des associés à l'assemblée générale.....	230
1-La valorisation d'une participation directe.....	230
2-Facilitation de la transmission des droits de contrôle de l'actionnaire.....	235
b-Favoriser les actions de contrôle hors assemblée générale .....	239
B-Les réformes visant à mieux impliquer les autres contrôleurs .....	240
a-Mesures en faveur d'un investissement accru des membres des conseils .....	240
b-Mesures en faveur de l'impartialité des commissaires aux comptes.....	244
c-Faveur du législateur pour les regroupements d'actionnaires .....	246
§2- Le renforcement des prérogatives de contrôle .....	249
A-L'extension du contrôle de la gestion.....	249
a-L'extension du périmètre de contrôle.....	249
1-Des nouveaux aspects de la gestion de la société contrôlés .....	249
2-Une extension du contrôle au groupe de sociétés .....	253
b-Le domaine de l'information étendu .....	255

B-La multiplication des contrôleurs .....	259
Section II : La responsabilisation des organes de contrôle.....	260
§1-La responsabilisation des conseils en matière de contrôle.....	261
A-La responsabilité des membres du conseil de surveillance .....	261
B-La responsabilité des administrateurs.....	262
§2-La responsabilisation des commissaires aux comptes.....	268
<b>Conclusion du Chapitre I .....</b>	<b>276</b>
<b>CHAPITRE II - A l'efficacité du contrôle.....</b>	<b>277</b>
Section I : Une gestion éclairée grâce aux sanctions.....	278
§1-Les mécanismes informationnels efficacement sanctionnés .....	278
A-L'optimisation des sanctions correctrices .....	278
a-Le renouveau des sanctions civiles.....	279
1-La revalorisation de l'injonction de faire et le recul corrélatif des sanctions pénales .....	279
2-La nomination d'un mandataire .....	288
b-L'annulation des décisions prises en violation des droits au contrôle .....	292
1-Rappel du régime des nullités .....	292
2-L'intérêt de la nullité dans le contrôle de la gestion.....	299
B-Le maintien de sanctions dissuasives .....	307
a-Les incriminations relatives à l'information : source de responsabilité pénale du dirigeant.....	307
b-La répression administrative des dirigeants de sociétés cotées en matière d'information financière.....	314
c-La responsabilité civile des dirigeants en matière d'informations comptables et financières .....	318
§2- Un équilibre respecté.....	319
A- Un compromis salvateur : entre transparence et secret des affaires .....	320
B- Le contrôle de la gestion : limite de l'autonomie de gestion et des performances .....	323
Section II - Des dysfonctionnements réprimés.....	326
§1-Le pouvoir d'engager la responsabilité des dirigeants .....	327
A-Un large spectre d'hypothèses légales de responsabilité.....	327
a-La responsabilité pénale des dirigeants en matière de gestion .....	327
b-Les hypothèses légales de responsabilité civile des dirigeants .....	332
B- L'intangibilité du droit à la révocation des dirigeants .....	336
§2-Le soutien du juge dans la répression des dysfonctionnements .....	339
A-Une application extensive des infractions par le juge .....	340

a-L'extension du domaine des infractions.....	340
1-L'exemple de la définition extensive de l'abus de biens sociaux .....	340
2-La définition extensive de la faute de gestion .....	343
b-La facilitation du droit d'agir des associés.....	346
1-L'hypothèse de la révocation des dirigeants .....	347
2-L'hypothèse de l'action civile en droit pénal .....	349
B- Le recours à des techniques prétoriennes pour élargir la portée du contrôle.....	352
<b>Conclusion du Chapitre II .....</b>	<b>361</b>
<b>Conclusion du Titre I .....</b>	<b>362</b>
<b>Titre II - Une efficacité limitée .....</b>	<b>363</b>
<b>CHAPITRE I - L'« apathie rationnelle » des associés .....</b>	<b>365</b>
Section I - « L'introuvable » responsabilité civile des dirigeants de sociétés in bonis .....	365
§1-Une responsabilité civile inadaptée à l'égard des associés .....	366
A-Une action sociale manquant résolument de pragmatisme.....	366
B-Une action individuelle aux conditions de recevabilité trop restrictives.....	368
a-Un préjudice personnel difficilement admis par les juges.....	369
b-Un lien de causalité difficilement prouvé .....	370
c-Une prescription trop courte.....	371
§2-L'absence de palliatif des tiers en matière de responsabilité civile des dirigeants .....	373
Section II - Les difficultés procédurales inhérentes à l'exercice du contrôle .....	377
§1-Des conditions de fond de recevabilité trop strictes.....	378
§2-Des conditions procédurales de recevabilité trop complexes.....	380
<b>Conclusion du Chapitre I .....</b>	<b>382</b>
<b>CHAPITRE II - Les incohérences législatives persistantes .....</b>	<b>383</b>
Section I - La persistance de lacunes légales.....	383
§1-Un contrôle parfois limité à la forme .....	383
A- La possibilité d'une conformité de façade .....	384
B-Des mécanismes de contrôle non sanctionnés : la lex imperfecta .....	388
§2- La géométrie variable du contrôle.....	392
A-Fracture persistante entre sociétés cotées et non cotées .....	393
B-Un contrôle en fonction de la taille de la société.....	395
C- Le danger consubstantiel à la prévalence du contrôle de nature conventionnelle.....	396

Section II - Des dispositions à rebours d'une logique de contrôle .....	398
§1- Un recul à contre-courant des prérogatives de contrôle .....	398
A-Un recul des prérogatives des conseils .....	398
a-Un recul inopportun de l'information du conseil d'administration.....	398
b-La réduction des actes soumis à l'autorisation du conseil de surveillance.....	399
B-Un recul des compétences de l'assemblée générale .....	400
§2-L'altération du contrôle de la gestion au profit d'autres impératifs du droit des sociétés .....	402
A-Une préférence actuelle pour l'allègement des formalités d'information .....	403
B- Une reconsidération incidente de la fonction de dirigeant .....	404
<b>Conclusion du Chapitre II .....</b>	<b>408</b>
<b>Conclusion du Titre II .....</b>	<b>409</b>
<b>Conclusion de la Seconde Partie .....</b>	<b>411</b>
<b>Conclusion générale .....</b>	<b>413</b>
<b>BIBLIOGRAPHIE .....</b>	<b>419</b>
<b>INDEX THÉMATIQUE .....</b>	<b>470</b>
<b>TABLE DES MATIÈRES .....</b>	<b>473</b>









# **LE CONTRÔLE DE LA GESTION DES SOCIÉTÉS COMMERCIALES : APPROCHE SYSTÉMIQUE**

## **RÉSUMÉ :**

Les sociétés commerciales sont un des piliers de l'économie française. Génératrices de richesses, il est important d'assurer leur bon fonctionnement. Selon la tradition française, les dirigeants sociaux sont seuls maîtres aux commandes de la gestion et disposent à cette fin des pleins pouvoirs. Si cette hégémonie est un gage de performance et de dynamisme économique, cette prévalence des dirigeants est aussi porteuse de risques.

La bonne santé des sociétés et leur pérennité sont directement influencées par les agissements des dirigeants. Le besoin de contrôler la gestion de ces derniers n'est donc plus à démontrer. En revanche, la question de la réalité du contrôle se pose aujourd'hui.

L'étude du contrôle des sociétés commerciales conduit à poser la théorie selon laquelle le droit a érigé un véritable système. En effet, le droit des sociétés appréhende la question du contrôle dans sa globalité. A ce titre, un contrôle conventionnel complète un contrôle légal relativement perfectionné. Pour cause, au-delà des instruments juridiques à disposition des contre-pouvoirs, les conditions du contrôle et ses conséquences sont également prises en compte par le législateur. D'ailleurs, l'imbrication entre ces différents éléments confirme l'intérêt d'une approche systématique du contrôle des sociétés commerciales.

L'attention du législateur portée à ce système depuis plusieurs décennies le rend aujourd'hui pour le moins efficace. Si certaines réserves demeurent, le droit des sociétés permet un contrôle satisfaisant de la gestion des dirigeants.