HAL
open science

Responsabilité civile et contrôle de la société

Etienne Grosbois

To cite this version:

Etienne Grosbois. Responsabilité civile et contrôle de la société. Droit. Université de Caen, 2012. Français. NNT : 2012CAEN0100 . tel-00821471

HAL Id: tel-00821471

https://theses.hal.science/tel-00821471

Submitted on 10 May 2013

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

UNIVERSITE DE
CAEN BASSE-NORMANDIE
U.F.R. DE DROIT ET DES SCIENCES POLITIQUES
ECOLE DOCTORALE DROIT-NORMANDIE ED-98

THESE

présentée par

M. Etienne GROSBOIS

et soutenue

Le 4 décembre 2012

en vue de l'obtention du

DOCTORAT DE L'UNIVERSITE DE CAEN BASSE-NORMANDIE
Spécialité : droit privé et sciences criminelles
Arrêté du 7 août 2006

RESPONSABILITE CIVILE
ET
CONTROLE DE LA SOCIETE

MEMBRES DU JURY

M. François-Guy TREBULLE, *Professeur à l'Université Paris I, Panthéon-Sorbonne* ***(directeur de thèse)***

Mme Mireille BACACHE-GIBEILI, *Professeur à l'Université Paris-Descartes* ***(rapporteur)***

M. Thierry BONNEAU, *Professeur à l'Université Paris II, Panthéon-Assas* ***(rapporteur)***

Mme Corinne REGNAUT-MOUTIER, *Professeur à l'Université de Caen Basse-Normandie*

Mme Jocelyne VALLANSAN, *Professeur à l'Université de Caen Basse-Normandie*

A la mémoire de ma Grand-Mère,
pour Jean-Baptiste-Jacques Élie de Beaumont

Je remercie très sincèrement Monsieur le Professeur François-Guy Trébulle pour sa disponibilité, la patience dont il a toujours su faire preuve et l'attention qu'il porta à mes travaux. Je ne peux que louer ses nombreux et judicieux conseils ainsi que ses qualités humaines d'écoute, de compréhension et ses encouragements sans lesquels cette thèse n'aurait jamais vue le jour.

Je remercie tous les enseignants de la faculté de droit de Caen ainsi que mes collègues « doctorant », qui sont devenus pour beaucoup des amis, et avec qui nous avons partagé tant de si bons moments que nous en avons oublié les moins bons. Je pense surtout à Alexandrine, Fanny, Géraldine, Loïc, Marie, Mathieu, Olivier et Thibault.

Je remercie encore tous les étudiants que j'ai eu la chance et le plaisir d'avoir dans mes TD. Ils ne se douteront sans doute jamais combien ils ont pu parfois inspirer ce travail.

Je remercie enfin ma famille pour son indéfectible soutien et surtout mon Thomas envers qui ma dette de Lego va se compter en semaines voire en mois.

TABLE DES PRINCIPALES ABREVIATIONS

Act. proc. coll.	Actualité des procédures collectives
Actes prat. ing. sociétaire	Actes pratiques et ingénierie sociétaire
Administrer	Revue Administrer
AFEP	Association française des entreprises privées
AJ	Actualité jurisprudence
AJDA	Actualité juridique de droit administratif
AJF	Actualité juridique famille
AJP	Actualité juridique pénale
ALD	Actualité législative Dalloz
AMF	Autorité des marchés financiers
AN	Assemblée nationale
Ann. Univ.	Annales de l'Université de…
Annonces Seine	Les Annonces de la Seine
Argus	Argus de l'assurance
art.	article
Banque et droit	Revue banque et droit
Banque mag.	Banque magazine
BDEI	Bulletin du droit de l'environnement industriel
BF Lefebvre	Bulletin fiscal Francis Lefebvre
BRDA	Bulletin rapide de droit des affaires Francis Lefebvre
Bull. civ.	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation (chambres civiles)
Bull. CNCC	Bulletin de la Compagnie national des commissaires aux comptes
Bull. COB	Bulletin mensuel de la COB
Bull. crim.	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation (chambre criminelle)
Bull. Joly Bourse	Bulletin Joly Bourse et produits financiers
Bull. Joly Entr. Diff.	Bulletin Joly Entreprises en Difficulté
Bull. Joly Sociétés	Bulletin Joly Sociétés
CA	Cour d'appel
Cah. Dr. entr.	Les Cahiers de droit de l'entreprise
Cah. Soc. barreau Paris	Cahiers sociaux du barreau de Paris
Cass. 1re civ.	1ère chambre civile de la Cour de cassation
Cass. 2e civ.	2ème chambre civile de la Cour de cassation
Cass. 3e civ.	3ème chambre civile de la Cour de cassation
Cass. ass. plén.	Assemblée plénière de la Cour de cassation
Cass. civ.	Chambre civile de la Cour de cassation
Cass. com.	Chambre commerciale de la Cour de cassation
Cass. req.	Chambre des requêtes de la Cour de cassation

Cass. soc.	Chambre sociale de la Cour de cassation
CDE	Cahier de droit de l'entreprise
CE	Conseil d'Etat
Chron.	Chronique
CJCE	Cour de justice des Communautés européennes
CNCC	Compagnie national des commissaires aux comptes
CNPF	Conseil national du patronat français
COB	Commission des opérations de bourse
Comm.	Commentaire
Contrats conc. consom.	Contrats, concurrence, consommation
CPC	Code de procédure civile
D.	Recueil Dalloz
D. affaires	Dalloz affaires
Defrénois	Répertoire du notariat Defrénois
dir.	sous la direction de
Doc. fr.	Documentation française
Doctr.	Doctrine
DP	Dalloz périodique
Dr. adm.	Droit administratif
Dr. env.	Droit de l'environnement
Dr. et société	Droit et société
Dr. ouvrier	Droit ouvrier
Dr. social	Droit social
Dr. sociétés	Droit des sociétés
Droit et patrimoine	Revue Droit et patrimoine
Droits	Revue Droits
Eco. et compt.	Economie et comptabilité
Ed.	Edition
Gaz. Pal.	La Gazette du Palais
inf. rap.	Informations rapides
JCl.	JurisClasseur
JCP A	La semaine juridique, édition administration et collectivités territoriales
JCP CI	La semaine juridique édition commerce et industrie
JCP E	La semaine juridique, édition entreprise
JCP G	La semaine juridique, édition générale
JCP N	La semaine juridique, édition notariale
JCP S	La semaine juridique, édition sociale
JO	Journal officiel
JOCE	Journal officiel des Communautés européennes
Journ. not.	Journal des notaires et des avocats

Journ. sociétés	Journal des sociétés
Journée soc. législ. comp.	Journées de la société de législation comparée
JSL	Jurisprudence sociale Lamy
Jurispr.	Jurisprudence
Jurisp. soc. UIMM	Jurisprudence sociale de l'UIMM
Liaisons soc.	Liaisons sociales
LPA	Les petites affiches
n° spéc.	numéro spécial
MEDEF	Mouvement des entreprises de France
OCDE	Organisation de coopération et de développement économiques
ONIAM	Office national d'indemnisation des accidents médicaux
Option fin.	Option finance
PCG	Plan comptable général
prat.	pratique
préc.	précité
Propr. intell.	Propriété intellectuelle
Quot. jur.	Quotidien juridique
RCS	Registre du commerce et des sociétés
RD aff. int.	Revue de droit des affaires internationales
RD bancaire et bourse	Revue de droit bancaire et de la bourse
RD bancaire et fin.	Revue de droit bancaire et financier
RDC	Revue des contrats
RDP	Revue du droit public et de la science politique
Rec.	Recueil Lebon
Rép.	Répertoire
Rép. civ. Dalloz	Répertoire civil Dalloz
Rép. com. Dalloz	Répertoire commercial Dalloz
Rep. Min.	Réponse ministérielle
Resp. civ. et assur.	Responsabilité civile et assurance
Rev. AMF	Revue mensuelle de l'AMF
Rev. crit. DIP	Revue critique de droit international privé
Rev. huissiers	Revue des huissiers de justice
Rev. jur. env.	Revue juridique de l'environnement
Rev. Lamy dr. aff.	Revue Lamy droit des affaires
Rev. Lamy dr. civ.	Revue Lamy droit civil
Rev. Lamy dr. conc.	Revue Lamy droit de la concurrence
Rev. loyers	Revue des loyers
Rev. proc. coll.	Revue des procédures collectives
Rev. sociétés	Revue des sociétés
RFDA	Revue française de droit administratif

RGDA	Revue générale du droit des assurances
RID comp.	Revue internationale de droit comparé
RID éco.	Revue internationale de droit économique
RJ com.	Revue de jurisprudence commerciale
Rev. jur. env	Revue juridique de l'environnement
RJIF	Revue juridique d'Ile de France
RJDA	Revue de jurisprudence de droit des affaires
RJPF	Revue juridique personnes et famille
RJS	Revue de jurisprudence sociale
RPDS	Revue pratique de droit social
RRJ	Revue de la recherche juridique
RSC	Revue de sciences criminelle
RT CA Versailles	Revue trimestrielle de la Cour d'appel de Versailles
RTD civ.	Revue trimestrielle de droit civil
RTD com.	Revue trimestrielle de droit commercial
RTDE	Revue trimestrielle de droit européen
RTDF	Revue trimestrielle de droit financier
S.	Recueil Sirey
SA	Société anonyme
SARL	Société à responsabilité limitée
SAS	Société par actions simplifiée
SCS	Société en commandite simple
SCA	Société en commandite par actions
SNC	Société en nom collectif
somm.	sommaire
spéc.	spécialement
TGI	Tribunal de grande instance
T. com.	Tribunal de commerce
V.	Voir

INTRODUCTION

« *Mon attitude à l'égard de mes fonctions est très différente selon que je suis le* trustee *d'une institution ou l'agent des investisseurs. Si je suis un* trustee*, qui sont les bénéficiaires du* trust *? A qui dois-je mes obligations ? Ma conception est la suivante. Trois groupes de personnes ont un intérêt dans l'institution. L'un d'eux se compose de quelque cinquante mille personnes qui ont apporté leur capital à la société : il s'agit des actionnaires. Un autre groupe est formé de près de cent mille personnes qui consacrent à la société leur travail et leurs vies. Le troisième groupe est celui des consommateurs et du public en général. Les consommateurs ont le droit de demander qu'une entreprise aussi importante que la notre ne conduise pas simplement ses affaires honnêtement et correctement, mais que, de plus, elle soit à la hauteur de ses obligations publiques et satisfasse à ses devoirs publics – qu'en un mot, lourd de sens, elle soit un bon citoyen…* »[1].

1. Le contrôle-surveillance de la société. En 1929, Young avait déjà bien conscience du rôle Social de l'entreprise. L'activité économique n'est pas une fin en soi, elle est guidée par l'idée de service rendu à un intérêt qui lui est supérieur : l'intérêt général.

Le législateur autorise les entrepreneurs, pour mutualiser les moyens et pour organiser leur entreprise, à constituer des sociétés. Ces dernières, sauf le cas de la société en participation , seront dotées de la personnalité morale. Cette notion est apparue en droit romain mais n'a véritablement fait l'objet d'une discussion doctrinale qu'au moment de la Révolution française puis de la rédaction du Code civil[2]. Les auteurs se sont alors opposés, entre tenant de la théorie de la fiction et théorie de la réalité. Le député Thouret, partisan de la première, soutenait que la personnalité morale ne pouvait qu'être une création de la loi, tandis que Savigny militait pour une reconnaissance de la personnalité morale indépendamment de toute consécration législative. Le premier l'a emporté. Aujourd'hui, il n'existe pas en principe de personne morale sans qu'une inscription ou un enregistrement soit nécessaire : la personne morale n'existe que par la volonté de l'autorité étatique[3].

Dès lors que la personnalisation du groupement n'est qu'une autorisation particulière de la loi, on se doit d'admettre que la personnalité morale existe dans un but autre que le simple intérêt propre de ses membres. L'entreprise qui accède au statut de personne joue un rôle Social. Son existence se justifie par la place qu'elle tient dans l'ordonnancement économique.

---

[1] O. D. YOUNG, Président de la *General Electric*, 1929. Cité par A. TUNC, « La société anonyme et l'intérêt général *», in Droit et liberté à la fin du XXe siècle, influence des données économiques et technologiques – Etudes offertes à Claude-Albert Colliard*, Ed. Pedone 1984, p. 607, spéc. p. 612

[2] A.-M. PATAULT, *introduction historique ou droit des biens*, PUF 1986, n° 170 et s.

[3] par exception, la jurisprudence admet pourtant parfois la théorie de la réalité pour permette à des groupements d'accèder au juridiction

Elle est source de richesse tant pour ceux qui l'ont constituée que pour ceux qui l'ont autorisée. Les sociétés ont en effet une importance capitale dans l'économie nationale et mondiale. Il suffit pour s'en convaincre de constater l'inquiétude partagée des citoyens et de l'autorité face à la crise financière et aux difficultés des entreprises nationales et internationales. Le gouvernement est aujourd'hui au chevet de ces « malades ». Le gouvernement français actuel en a même créé un ministère : le redressement productif. Que ce soit par le Président de la République, Monsieur Hollande, ou Monsieur Montebourg, son ministre, l'Etat est représenté au côté des salariés et des représentants des collectivités locales dans la lutte pour la sauvegarde de l'outil de production. On peut penser tout particulièrement à l'usine ArcelorMittal de Florange ou encore au site d'Aulnay-sous-Bois de PSA[4].

La société se trouvant au cœur d'un système économique internationalisé, elle n'est plus la chose des associés. Elle doit être reconnue comme une entité propre dotée d'un intérêt personnel distinct de celui de ses membres et dont la conduite, comme tout citoyen, doit aussi être guidée par le bien commun. Dès lors, le pouvoir de décision quant aux affaires sociales ne doit pas être confié aveuglément à une poignée de dirigeants car cela présente un risque trop important. La succession de crises économiques mondiales[5] a conduit la doctrine puis le législateur à s'intéresser aux théories relatives à la *corporate governance*[6].

Les décisions des dirigeants, et plus largement l'ensemble du fonctionnement social, doivent faire l'objet d'un contrôle. Le contrôle s'entend ici dans son sens premier : il s'agit de l'idée de vérifier, surveiller, voir s'informer. A côté des dirigeants sociaux, la loi a instauré des organes de contrôle de la société. Il s'agit du conseil d'administration, du conseil de surveillance, du commissaire aux comptes et surtout de l'assemblée générale. Ils ont pour mission principale de surveiller la gestion des dirigeants. Ce pouvoir, ou ce devoir, n'est pas un simple droit à l'information. Il est beaucoup plus efficace que cela car il est sanctionné : il confère au contrôleur des droits et des obligations en fonction de son résultat. Nous verrons que les organes de contrôle peuvent notamment révoquer le dirigeant indélicat ou au contraire augmenter la rémunération de celui faisant preuve de compétences exceptionnelles. La sanction de ce contrôle peut également être sanctionnée par le devoir d'en rendre compte dans un rapport, soit aux autres organes de contrôle, soit même à un tiers.

---

4 Cet intérêt n'est pas nouveau, le Président Nicolas Sarkozy avait lui même tenté d'empécher la fermeture de l'usine d'ArcelorMittal à Gandrange, sans y parvenir.

5 A. REBERIOUX, « Gouvernance d'entreprise et contrôle des dirigeants : 1932-2008, d'une crise à l'autre », *in La gouvernance des sociétés cotées face à la crise - Pour une meilleur protection de l'intérêt social*, V. MAGNIER (dir.), LGDJ 2010, p. 3

6 V. *infra* n° 54 et s.

Si le développement de la *corporate governance* a renforcé ce contrôle organique garantissant la compétence et l'autonomie de ces contrôleurs, il n'en reste pas moins que cette surveillance reste interne à la société. Il s'agit d'une forme d'autocontrôle de la société par ses organes sur ses organes. Or nous avons montré que l'entreprise ne pouvait plus être considérée à sa seule échelle mais que sa place dans le système économique conduit les autorités publiques et les tiers, partenaires ou simples voisins, à s'intéresser de plus en plus aux actes de ces dirigeants. Ces tiers intéressés constituent la masse des stackeholders[7]. Le risque que la société constitue pour eux impose qu'il dispose également d'un droit de regard sur les affaires sociales et les décisions directoriales. Ils vont donc également disposer d'un pouvoir de contrôle sur la société, soit par l'intermédiaire d'institutions publiques (AMF, ACP, Autorité de la concurrence, juridictions, préfet…), soit par l'intermédiaire d'un contrôle contractuel (audit, notation…). Tout comme pour les organes sociaux, leur contrôle sera finalisé et donc sanctionné.

2. Le contrôle-direction de la société. L'objet du contrôle-surveillance exercé par les organes sociaux et les tiers est l'action directoriale. Ce sont les actes du dirigeant qui vont faire l'objet d'une attention particulière et d'une appréciation. Ces dirigeants sont généralement eux-mêmes des organes sociaux. Sont ainsi qualifiés de dirigeants les gérants de sociétés, les directeurs généraux et directeurs généraux délégués, les administrateurs, les membres du directoire et le président de la SAS[8]. Ces organes de direction ne sont pas les seuls à disposer d'un pouvoir de décision au sein de la société. Le pouvoir directorial peut avoir été contractuellement délégué à un délégataire qui exercera les prérogatives normalement dévolues à un dirigeant de droit. Le pouvoir de direction de la société peut également avoir été investi judiciairement à un tiers en cas de dysfonctionnement des organes légaux : c'est le cas en cas de paralysie des organes de direction mais également lorsque la société se trouve en difficultés financières et qu'elle est placée en procédure collective. Enfin, une personne peut, par son seul comportement s'arroger les pouvoirs de direction : on parlera de dirigeant de fait.

Dans tous les cas, ces personnes titulaires, de droit ou de fait, du pouvoir de décision quant à la direction de l'entreprise se voient dotées d'un pouvoir de contrôle sur la société. Le terme contrôle doit alors s'entendre au sens de maitrise, direction. Le même mot peut en effet recouvrer deux significations : au sens commun, contrôler c'est tout autant surveiller que

---

7 F. G. TREBULLE, « Stakeholders Theory et droit des sociétés (1ère partie) », *Bull. Joly* Sociétés, 2006 n° 123, p. 1337, et « Stakeholder theory et droit des sociétés (2ème partie) », *Bull. Joly Sociétés* 2007, n° 1, p. 7

8 V. *infra* n° 10

diriger : le contrôle que subit l'étudiant à vocation à surveiller son apprentissage, le contrôle que perd le conducteur d'un véhicule avait pour but d'en assurer la direction.

Le contrôle, qu'il soit surveillance ou direction, fait peser sur son titulaire un risque : celui de voir engagée sa responsabilité.

3. La notion de responsabilité. Si le mot « responsabilité » n'apparaît en Europe que vers la fin du XVIIIe siècle, le terme « responsable » semble plus ancien et remonter au XIIIe siècle[9]. Le responsable est celui qui, originellement, doit assumer certaines obligations. Ce sens nous est resté encore aujourd'hui, par exemple lorsqu'on accède « à un poste à responsabilité ». C'est encore ce sens qu'il convient de donner à l'obligation aux dettes sociales qui pèse sur les associés de sociétés à responsabilité illimitée. C'est au second sens du mot responsable, celui plus communément admis par les juristes, que nous ferons référence dans la suite des développements : la responsabilité au sens de répondre de ses actes. Cette responsabilité peut tout à la fois être civile, et dans ce cas elle a vocation réparatrice, ou être pénale ou disciplinaire, et dans ce cas elle à vocation sanctionnatrice.

La présente étude n'entend se consacrer qu'à la responsabilité civile du fait du contrôle. Cette responsabilité est définie en droit commun par l'article 1382 du Code civil : « *Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer* ». Les rédacteurs du Code civil considéraient qu'il s'agissait là d'un principe fondamental[10]. L'évolution de la société, et notamment ses avancées techniques, ainsi que le développement de l'assurance a profondément bouleversé le dogme initial de responsabilité pour faute. On assiste depuis la fin du XIXe siècle à un recul de la faute sous la pression des tenants des théories du risque ou de la garantie. L'exemple absolu en est la responsabilité des pères et mères du fait de leur enfant mineur qui a vu disparaître la nécessité d'une faute tant des parents que de l'enfant lui-même.

Ce recul de la faute n'a pas encore atteint le droit des affaires où, nous le verrons, elle reste une condition *sine qua non* de l'engagement de la responsabilité tant des dirigeants sociaux que des personnes chargées de les surveiller. La responsabilité du fait du contrôle reste donc traditionnellement et classiquement attachée à la faute, au dommage et au lien de causalité.

Le contrôle est source de responsabilité car il fait peser sur son titulaire au minimum une obligation de prudence et de diligence dans la réalisation de sa mission.

---

9 V. sur l'histoire de cette notion : M. VILLEY, « Esquisse historique sur le mot responsable », *in La responsabilité, Archive de philosophie du droit*, t. 22, Sirey 1977, p. 45 – J. HENRIOT, « Note sur la date et le sens du mot responsabilité », *in La responsabilité, Archive de philosophie du droit*, t. 22, Sirey 1977, p. 59

10 FENET, t. XIII, p. 474

4. La responsabilité du fait du contrôle-direction. L'avènement du Code civil et de l'article 1382 n'a pas bouleversé la vie des dirigeants de société[11]. Ceux-ci ont conservé une relative immunité jusqu'à la seconde moitié du XXe siècle. Oeuvrant pour le progrès économique et social, membres de la classe aisée, ils sont peu inquiétés par le juge. A la fin du XIXe siècle, le développement de la mécanisation et la multiplication des accidents qui en résultèrent conduisirent néanmoins à instaurer une présomption de responsabilité de l'employeur en cas d'accident du travail. Mais ce n'est que dans les années soixante-dix que les magistrats prirent réellement leur indépendance et qu'ils commencèrent à contester l'impunité dont bénéficient ces capitaines d'industrie, généralement en qualité d'employeur, au détriment de leurs salariés. Les premières condamnations pénales tombent dans des affaires ou le défaut grave de sécurité à conduit à des blessures des employés.

La responsabilité des dirigeants sociaux telle qu'elle figure dans la loi et qu'elle est appréciée par la jurisprudence a considérablement évolué depuis le XIXe siècle[12]. Jusqu'en 1935, seul le dépassement de l'objet social pouvait donner lieu à sanction du dirigeant. Tant que ce dernier respectait le cadre statutaire de ses fonctions, il ne pouvait être inquiété. La jurisprudence se livrait à une analyse fonctionnelle de ses pouvoirs et non finaliste : peu importe qu'il ait agi dans son seul intérêt personnel dès lors qu'il pouvait légalement le faire.

Les décrets-lois de 1935 sont revenus sur cette impunité après quelques scandales financiers de la fin du XIXe siècle. Ces dispositions concernaient néanmoins essentiellement le cas de la société en difficulté : les sanctions pesant personnellement sur le dirigeant de la société débitrice furent renforcées et l'on vit apparaître la possibilité de mettre à sa charge le passif social. La volonté de responsabiliser les dirigeants sociaux s'est également traduite par une réforme du mode de gouvernement des entreprises d'inspiration germanique : la consécration d'un seul et unique dirigeant social pour éviter une dilution du pouvoir et donc de la responsabilité.

Cette réforme légale s'est accompagnée d'une évolution jurisprudentielle. Les magistrats ont, à partir des années quarante, adoptée une vision finaliste du pouvoir directorial. Désormais, l'exercice d'un pouvoir attribué légalement ou statutairement ne doit plus être détourné au profit de son titulaire sous peine de sanctions, au moins civiles.

Les crises économiques qui se succédèrent à partir des années soixante-dix ont pourtant entrainé un retour en arrière et un recul de la responsabilisation des dirigeants qui s'est

---

11 A. CABANIS et M.-L. MARTIN, « Le juge et l'entrepreneur : perspective historique », *in Tous responsable*, J. Igalens (dir.), Ed. d'Organisation 2004, p. 9

12 J. BISSILA, *L'évolution des conceptions relatives à la responsabilité des dirigeants de sociétés commerciales des codifications napoléoniennes à nos jours*, thèse Orléan 1996

traduite notamment par l'apparition de la notion de faute détachable au profit de ces derniers. Paradoxalement, ces trente dernières années ont vu se développer la *corporate governance*, l'idée que l'action des dirigeants devait être étroitement encadrée et surveillée, et le sentiment général d'impunité des dirigeants sociaux que l'on voit sauter de l'entreprise en difficulté fermement accrochés à leur parachute doré. Cette déresponsabilisation croissante est d'autant plus contestable que dans le même temps, celui qui était chargé de surveiller la gestion sociale a vu la judiciarisation du contentieux relatif à sa mission exploser.

5. La responsabilité du fait du contrôle-surveillance. Si le conseil d'administration et le conseil de surveillance ont bénéficié de l'immunité qui profitait aux dirigeants sociaux, un autre organe de contrôle a vu sa responsabilité de plus en plus souvent mise en cause : c'est le commissaire aux comptes.

L'audit légal des comptes remonte au XVIIIe siècle avec le contrôle des livres de comptes de la Compagnie des Indes[13]. La loi de 1867, qui la première fixe véritablement le contour de la mission des commissaires aux comptes, calque leur responsabilité sur celle du mandataire. Néanmoins, bénévoles, ne disposant ni de la compétence, ni des moyens nécessaires à l'accomplissement de leur mission, ils ne voient quasiment jamais leur responsabilité engagée. A partir des années trente, la mission va se professionnaliser. En 1927 est créé un brevet d'expert-comptable puis à partir de 1936 le commissariat aux comptes ne sera plus accessible qu'après un examen technique. Les mises en causes des commissaires restent pourtant très rares. La Loi de 1966 consacre pleinement la mission du contrôleur légal des comptes qui a désormais pour mission de certifier ces derniers mais aussi de surveiller et de dresser des rapports sur les actes des dirigeants les plus importants. Les années qui ont suivi ont vu se développer le contentieux relatif à la responsabilité des commissaires aux comptes à tel point que ces derniers ont soulevé les difficultés de l'exercice de leur mission et les risques que cette responsabilisation croissante faisait naitre.

Si l'audit légal est en première ligne pour affronter le retour de la responsabilisation des affaires, les autres contrôleurs ne sont pas loin derrière. Les dirigeants eux-mêmes voient leur « immunité » s'effriter. Si depuis une trentaine d'années des voix s'élèvent pour réclamer un retour à une certaine moralisation des affaires, la crise économique mondiale que nous traversons depuis la crise des *subprimes* de 2007, a accéléré la cristallisation des questions de responsabilité du fait du contrôle.

---

13 sur l'histoire du commissariat aux comptes, V. Y. FOOS, *Histoire et évolution du commissariat aux comptes dans la société anonyme française*, thèse Nancy 2001

6. Le renouveau de la responsabilité du fait du contrôle. La doctrine a été sans doute l'une des premières à s'émouvoir de ce recul de la responsabilité des dirigeants sociaux. Depuis une vingtaine d'années, elle appelle à un retour d'une certaine morale des affaires[14]. L'idée que la société n'est pas la chose des parties mais intéressait l'intérêt général faisait son chemin. Certains auteurs ont alors milité pour « *une réhabilitation de la responsabilité civile des dirigeants sociaux* »[15]. A l'inverse, les commissaires aux comptes soulèvent aujourd'hui le risque que fait peser sur le monde des affaires la multiplication des contentieux les concernant. Dans le même temps, la crise de la dette publique a mis en avant le rôle majeur, et jusque-là discret, des agences de notation dans le système économique international : pouvoir grandissant non assorti de responsabilité. Enfin, les différents accidents industriels majeurs, AZF en France, Fukushima au Japon, ont fait prendre conscience de l'importance que revêtait aujourd'hui le contrôle environnemental.

Le renouveau de la question du contrôle et de la responsabilité des acteurs de la vie sociale est parfaitement illustré par les travaux récents de la Commission européenne. Depuis 2006, elle a lancé plusieurs consultations : « *Responsabilités du conseil d'administration et amélioration de l'information en matière financière et de gouvernement d'entreprise* », « *Cadre de la gouvernance d'entreprise* », « *Responsabilité des contrôleurs des comptes* », « *Consultation sur la politique en matière d'audit* ». Elle a également dressé plusieurs rapports sur « *Le rôle des agences de notation de crédit* », qui ont conduit à l'édiction de règlements et normes techniques. Elle a mis en place « *un système communautaire de management environnemental et d'audit (EMAS)* »… Le contrôle de la société, le cadre de sa réalisation et la responsabilité qui en découle sont donc au cœur des préoccupations de la Commission européenne et plus largement des institutions internationales.

7. Problématique. Devant ce renouveau de la question de la responsabilité des acteurs du monde des affaires, la question se pose de l'unité qui la traverse. Les différents intervenants dans la vie sociale, qu'ils dirigent ou qu'ils surveillent, répondent-ils à un même régime de responsabilité ? Assurément non si l'on s'arrête au droit positif, d'abord parce que le contrôle-direction et le contrôle-surveillance trouvent leur fondement soit dans la loi, soit dans un contrat, soit même dans un comportement de fait.

Pour dresser un état des lieux sommaires du contrôle social et de son encadrement légal, commençons par le cas des titulaires d'un contrôle-direction. Les organes légaux de direction

---

14 V. par exemple PH. LE TOURNEAU, *L'éthique des affaires et du management au XXIe siècle*, Dalloz 2000 – P. DIENER, « Ethique et droit des affaires », *D.* 1993, p. 17 -

15 F. DESCORPS DECLERE, « Pour une réhabilitation de la responsabilité civile des dirigeants sociaux », *RTD com*. 2003, p. 25

disposent d'un pouvoir de contrôle très étendu en vertu de la loi. Ils ont tout pouvoir pour agir au nom de la société. S'ils s'avèrent défaillants, la justice pourra leur substituer un éventuel administrateur provisoire, il en va de même si la société est en procédure collective[16]. Dans les deux cas, le pouvoir de direction va être encadré par la décision du juge : il peut n'être que partiel. Les organes de direction peuvent également décider de déléguer, à leur convenance, une partie de leur pouvoir à un salarié. Enfin, un tiers peut s'immiscer dans la gestion sociale et agir en qualité de dirigeant de fait. Pour une même décision fautive, la responsabilité de ces différents dirigeants, de droit ou de fait va pourtant reposer sur des fondements différents : soit sur un texte spécial du code de commerce, soit sur un texte spécial du Code civil, soit sur le droit commun de la responsabilité contractuelle, soit encore sur le droit commun de la responsabilité civile.

Le même problème se pose en matière de contrôle-surveillance. Les organes spécifiques de contrôles voient l'étendue de leur mission fixée par la loi. Il en va de même pour leur responsabilité qui repose sur plusieurs textes du Code de commerce. L'assemblée générale dispose également de prérogative de contrôle d'origine légale mais sa responsabilité sera engagée sur le fondement de l'article 1382 du Code civil. Les institutions publiques de contrôle (AMF, ACP, Autorité de la concurrence, Préfet…) agissent, elles aussi, en vertu de la loi. Leur responsabilité repose par contre sur les règles de la responsabilité administrative. Enfin, les contrôleurs contractuels (auditeur, agence de notation, banque…) agissent en vertu d'un contrat passé soit avec la société, soit avec un tiers. C'est cet acte qui définit le cadre de leur mission et leurs moyens. C'est donc sur le fondement contractuel qu'ils engagent leur responsabilité à l'égard de leur cocontractant et sur le fondement délictuel qu'ils répondent de leur contrôle à l'égard des tiers.

Le contrôle trouve son fondement dans une grande variété de sources et la responsabilité qu'il fait naitre repose également sur de multiples fondements. A l'heure où la responsabilité du fait du contrôle social apparaît comme une question cruciale dans le monde des affaires, une telle complexité est-elle réellement justifiée ? N'est-il pas possible de réduire le contrôle à une seule et même opération ? Si oui, est-il envisageable de restituer un minimum de cohérence à la cacophonie qui règne au sein des différents régimes de responsabilité pesant sur les acteurs du contrôle ?

8. Annonce de plan. En nous livrant à une analyse détaillée des fonctions respectives des différents organes sociaux, nous verrons qu'en réalité le contrôle-direction et le contrôle-

[16] on parlera alors d'administrateur judiciaire

surveillance se rejoignent en une définition unitaire du contrôle. Nous constaterons alors que cette définition s'applique à tous les intervenants dans la vie sociale et permet d'écarter de toute responsabilité du fait du contrôle les personnes qui ne sont titulaires que d'un simple droit à l'information.

Si le contrôle doit être conçu comme une seule et même opération, la question se pose alors du bien fondée de la multitude de régimes de responsabilité qui pèse sur les titulaires d'une mission de contrôle. Il s'agira cette fois d'étudier en détail les conditions et le régime de leur responsabilité. Nous constaterons alors que par delà les divergences de régime, les conditions de mise en jeu de cette dernière : la faute, le dommage et le lien de causalité, sont identiques, quel que soit son fondement. Nous pourrons alors critiquer les inégalités de régimes de responsabilité pesant sur les dirigeants et les contrôleurs et proposer un retour à une certaine cohérence par une révision, somme toute peu difficile, de la responsabilité du fait du contrôle.

Partie 1 : La notion de contrôle

Partie 2 : La responsabilité du fait du contrôle

PARTIE 1 :

LA NOTION DE CONTROLE

Le contrôle, en droit des sociétés, s'entend généralement du pouvoir dont dispose la société mère sur sa filiale ou de la mission d'audit légal du commissaire aux comptes. Pourtant, cette notion de contrôle au sens commun est plus riche. Elle désigne soit le pouvoir de maitrise et de direction qu'un individu peut exercer sur une chose ou une personne (voire soi-même), soit le pouvoir de surveillance du comportement de cette chose ou de cette personne. Il existe donc un pouvoir de contrôle-direction et un pouvoir de contrôle-surveillance.

En étudiant les droits et pouvoirs respectifs des organes sociaux, il est pourtant possible de constater que cette dichotomie n'en est pas une. En réalité, l'acte de contrôle-direction et l'acte de contrôle-surveillance ne sont pas si éloignés l'un de l'autre quand bien même l'un s'exercerait sur l'autre. Le contrôle peut être défini de façon unitaire et ne désigner qu'une seule et même opération. Les organes de direction et de surveillance exercent tous un contrôle social. Ce qui va les différencier, c'est le caractère actif ou passif de leur mission.

Après avoir défini la notion unitaire de contrôle, nous pourrons l'étendre aux différents intervenants dans la vie sociale. En effet, comme nous l'avons déjà dit, la société n'est pas isolée. Les interactions qu'elle a avec les tiers sont de plus en plus nombreuses et pour le bon fonctionnement social mais aussi Social[17], le législateur et les cocontractants de la société disposent parfois d'un pouvoir de contrôle sur la société. D'autres s'arrogent parfois ce pouvoir en dehors de toute prescription légale. Ce contrôle de fait est essentiellement le contrôle du dirigeant de fait.

L'étude de l'application de la notion unitaire de contrôle aux tiers intéressés va également permettre de distinguer ceux qui disposent d'un véritable pouvoir de contrôle, finalisé, et ceux qui en réalité n'ont qu'un simple droit à l'information.

Chapitre 1 : La définition du contrôle au regard des attributions des organes sociaux : le contrôle organique

Chapitre 2 : L'application de la définition unitaire du contrôle

[17] de la société civile dans son ensemble

CHAPITRE 1 :

DEFINITION DU CONTROLE AU REGARD

DES ATTRIBUTIONS DES ORGANES SOCIAUX :

LE CONTROLE ORGANIQUE

La dichotomie de la notion de contrôle se retrouve en droit des sociétés dans l'étude des organes sociaux. Certains organes de la société ont vocation à décider de ses actes : ils vont « gérer », « diriger », « administrer » la société. Ce faisant, ils disposent de la maîtrise de la personne morale, parfois même sans la représenter. Il s'agit des dirigeants sociaux : les directeurs généraux, les gérants, les administrateurs… D'autres organes de la société n'ont été conçus que pour surveiller les actes des premiers. Ce sont des organes de surveillance : l'assemblée générale, le conseil de surveillance, le conseil d'administration et le commissaire aux comptes. L'étude des attributions de ces organes permettra de dégager les différents sens que la loi, la jurisprudence et la doctrine donnent au mot « contrôle » et le pouvoir qu'il confère à ses titulaires.

Nous reviendrons ensuite au mot « contrôle » lui-même. L'étude sémantique de cette notion nous permettra d'en donner une définition unitaire. Le contrôle est la recherche de l'adéquation d'un « rôle » et d'un « contre-rôle ». Nous transposerons cette définition aux différents organes sociaux précédemment étudiés pour qualifier ce que seront en droit des affaires ce « rôle » et ce « contre-rôle ». Cela confirmera que le contrôle est bien une notion unitaire qui s'affranchit aisément de la distinction « direction » - « surveillance ». Nous verrons alors que la différence entre les dirigeants, que nous qualifierons de « contrôlaires » et les surveillants, les « contrôleurs », ne se situe pas dans le type de mission de contrôle qui leur est confiée mais sur le caractère actif ou passif de leur contrôle. Enfin, nous constaterons que le contrôle a pour particularité d'être finalisé, sanctionné. Il entraine au profit ou à la charge de celui qui l'exerce des droits ou des obligations. C'est ce qui le distingue du simple droit à l'information.

Section 1 : Les différentes acceptions juridiques de la notion de « contrôle »

Section 2 : La notion unitaire de « contrôle »

SECTION 1 : LES DIFFERENTES ACCEPTIONS JURIDIQUES DE LA NOTION DE « CONTROLE »

Le mot « contrôle » peut être utilisé pour désigner soit l'action des dirigeants, soit le pouvoir des associés sur la société, soit encore la mission ou le droit de surveillance exercé par les organes de contrôle de la société sur les actes des dirigeants. Nous ne pouvons pas ignorer ces différents sens donnés au mot « contrôle ».

Le contrôle des dirigeants est un contrôle actif. Ils ont pour mission principale de conduire l'action sociale, de prendre toutes les décisions de gestion et d'administration utiles à la réalisation de l'objet social. Il s'agira donc dans un premier temps d'étudier l'étendue exacte de cette mission afin d'établir qu'elles sont les éléments caractéristiques du contrôle-directoral. Qu'entend-on par direction de la société ?

Dans un deuxième temps, nous nous intéresserons au rôle tenu par les associés. A première vue, la société est leur bien. Il semblerait donc évident qu'ils disposent de prérogatives particulières quant à l'orientation qu'ils souhaitent donner à la gestion sociale. Nous verrons pourtant que les associés ne disposent que de droits très limités en ce domaine, voire inexistants. Ils n'ont que le pouvoir de définir le cadre du contrôle-direction. L'essentiel de leurs droits leur permet surtout d'être les premiers contrôleurs de la société : d'exercer un contrôle-surveillance sur l'action des dirigeants. Dans certaines formes sociales, ils sont parfois secondés dans cette mission des organes spécifiques de contrôle-surveillance que nous étudierons dans un troisième temps.

Sous-section 1 : Le contrôle-direction par les dirigeants

Sous-section 2 : Le contrôle-surveillance par les associés

Sous-section 3 : Le contrôle-surveillance par les organes de surveillance

SOUS-SECTION 1 : LE CONTROLE-DIRECTION PAR LES DIRIGEANTS

9. L'usage du mot « contrôle » au sens de direction. Le mot « contrôle » au sens de direction de la société n'est pas employé par le législateur ni même par la jurisprudence. Il est utilisé par la doctrine, mais son usage reste très rare en ce sens. Vanhaecke fait partie de ses rares auteurs à l'employer. Il utilise la notion de « *contrôle directorial* » pour désigner

l'action des directeurs et administrateurs de sociétés[18]. On peut également penser que c'est dans ce sens que Monsieur Champaud utilise ce terme lorsqu'il écrit : « *L'administration de la société anonyme, qui incombe théoriquement à la collectivité des actionnaires égaux en droit, a échu en fait à un petit nombre d'entre eux, à ceux qui la contrôlent et qui siègent, ou qui sont représentés, au conseil d'administration* »[19].

D'un point de vue purement sémantique, rien ne semble néanmoins s'opposer à ce que le terme « contrôle » soit utilisé pour désigner le pouvoir de gestion des dirigeants de sociétés[20]. L'étude du contrôle-direction doit donc se faire en exploitant les travaux réalisés sur la direction de société.

10. La notion de dirigeant. Au contraire, le terme dirigeant est très fréquemment utilisé en droit des sociétés[21] sans pour autant faire l'objet d'une véritable définition légale[22]. Selon Monsieur Gibirila, il existe plusieurs conceptions doctrinales possibles, plus ou moins extensives, de la notion de dirigeant[23]. Dans le sens le plus étroit, seront considérées comme dirigeants uniquement les personnes investies du pouvoir de direction de la société, par opposition au pouvoir d'administration. Est dirigeant celui qui dispose de « *la faculté de prendre une décision et de la faire exécuter par le personnel subalterne* ». On peut ensuite adopter une vision plus large de la qualité de dirigeant en l'appliquant « *à tout représentant de la personne morale investi d'un quelconque pouvoir d'administration*[24]*, de gestion ou de direction dans une entreprise* »[25]. Enfin, dans une conception plus extensive, le terme de dirigeant peut s'appliquer « *à toute personne qui détient ou exerce officiellement, donc légalement, de manière continue ou temporaire, tout ou partie des pouvoirs d'administration,*

---

18 M. VANHAECKE, *Les groupes de sociétés*, LGDJ 1959, spéc. p. 115

19 CL. CHAMPAUD, *Le pouvoir de concentration de la société par actions*, Sirey 1962, spéc. n° 26 p. 25

20 V. *infra* n° 98

21 V. par ex. pour la doctrine : M. COZIAN, A. VIANDIER et F. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, Litec, 24e éd., 2011, spéc. p. 129 - D. VIDAL, *Droit des sociétés*, LGDJ, 7e éd. 2010, spéc. p. 203 : ces auteurs utilisent le terme de dirigeant comme intitulé de section ou de chapitre – Pour le droit positif : à propos du RCS, article L. 123-5-1 al. 1er du Code de commerce : « *A la demande de tout intéressé ou du ministère public, le président du tribunal, statuant en référé, peut enjoindre sous astreinte au dirigeant de toute personne morale de procéder au dépôt des pièces et actes au registre du commerce et des sociétés auquel celle-ci est tenue par des dispositions législatives ou réglementaires* » - ou encore pour la procédure d'alerte, article L. 234-2 al. 1er du Code de commerce : « *Dans les autres sociétés que les sociétés anonymes, le commissaire aux comptes demande au dirigeant, dans des conditions fixées par décret en Conseil d'Etat, des explications sur les faits visés au premier alinéa de l'article L. 234-1. Le dirigeant est tenu de lui répondre sous quinze jours…* » – Enfin, pour la jurisprudence : Cass. ass. plén., 31 mars 1995, n° 92-15077 : *Bull. Joly Sociétés 1*995, p. 780, note M. JEANTIN : « *Mais attendu que, le jugement ordonnant la cession totale des actifs des sociétés ayant été prononcé le 13 mars 1987, l'article 1844-7.7° du Code civil, dans sa rédaction résultant de la loi du 5 janvier 1988, n'était pas applicable en la cause ; que, dès lors, les sociétés n'étaient pas dissoutes et que leurs dirigeants avaient le pouvoir de les représenter en justice ; que par ce motif de pur droit, substitué à celui de la cour d'appel, l'arrêt se trouve légalement justifié de ce chef* »

22 A. PAUGET-BEYDON, *La notion de dirigeant de groupement*, thèse Toulouse I, 2004, spéc. n° 7 p. 17

23 D. GIBIRILA, *Le dirigeant de société*, Litec 1995, spéc. n° 7 et s. p. 8 et s. : pour cet auteur, le terme administration s'entend au sens organique : il s'agit de l'action des membres du conseil d'administration

24 Au sens fonctionnel

25 Pour une définition des termes « administration », « gestion » et « direction », V. *infra* n° 15

de gestion ou de direction de la société ». Cela exclut les dirigeants de fait dont l'immixtion dans la direction de la société n'est pas justifiée légalement[26].

Si l'on adopte cette vision extensive, laquelle repose sur la seule analyse de la loi, la notion de dirigeant de société désigne donc en pratique les gérants de sociétés civiles, de SNC, de SCS, de SCA et de SARL, les directeurs généraux, directeurs généraux délégués, membres du conseil d'administration et du directoire de SA et de sociétés européennes, ainsi que les présidents et directeurs généraux de SAS. S'agissant du conseil d'administration et du directoire, seuls leurs membres doivent être qualifiés de dirigeants, et non l'organe lui-même. En effet, selon la jurisprudence, le conseil d'administration n'est pas doté de la personnalité morale[27]. Il n'y a pas d'écran entre l'organe et ses membres[28]. L'article 106, 3° de la loi NRE du 15 mai 2001 avait pourtant conféré à son président le pouvoir de représenter le conseil, ce qui lui conférait implicitement la personnalité morale. Il s'agissait d'une volonté expresse du gouvernement[29]. L'article 117-1 de la Loi de sécurité financière du 1er août 2003 est revenu sur cette disposition, consacrant le refus de conférer la personnalité juridique au conseil. En ce qui concerne le directoire, dans le silence des textes et en l'absence de jurisprudence, on ne peut que se fonder sur l'absence de représentation du directoire par son président, lequel représente la société, pour en déduire que, tout comme le conseil d'administration, il ne dispose pas de la personnalité morale

---

26 Il convient, à ce stade de la réflexion, d'exclure ce dirigeant de fait afin de n'étudier que le cadre de la direction légale de la société. Néanmoins, la substitution de fait des dirigeants sociaux fera l'objet d'une examen plus approfondi dans le chapitre 2 : V. *infra* n° 193 et s.

27 Cass. com., 3 oct. 2006, n° 05-12410 : *RTD com*. 2007, p. 164, note P. LE CANNU ; *Rev. sociétés* 2007, p. 117, note PH. MERLE ; *RJDA* 2007 n° 170 ; *D*. 2006, p. 2670, note A. LIENHARD ; *Bull. Joly Sociétés 2*007, p. 33, note J.-F. BARBIERI : « *le conseil d'administration, s'il a qualité, aux termes des articles L. 225-233 du Code de commerce et 188 du décret du 23 mars 1967, pour décider le relèvement des fonctions de commissaire aux comptes de la société, doit, en l'absence de personnalité morale, agir en justice par l'intermédiaire du représentant légal de la société* »

28 V. par ex. Cass. com., 11 oct. 1988, n° 87-14116 : *Bull. Joly Sociétés 1*988, p. 953 : dans un jugement relatif aux dispositions fiscales sur les biens professionnels non pris en compte pour l'assiette de l'impôt sur les grandes fortunes, le tribunal avait « *retenu que la qualité de membre du conseil d'administration ne peut à elle seule être considérée comme une fonction de direction, de gestion ou d'administration au sens de la loi fiscale et qu'un administrateur n'a pas de pouvoir personnel dans la société* ». La Cour de cassation casse le jugement au motif que « *les dispositions de l'article précité* [885-0-4° ancien du CGI] *s'appliquaient à Mme X... en qualité de membre du conseil d'administration appelée à participer sous sa responsabilité à l'exercice des fonctions d'administration attribuées par la loi à cet organisme social* »

29 E. BESSON, *Rapp. AN* n° 2864, 2000-2001, *sur le projet de loi relatif aux nouvelles régulations économiques*, spéc. p. 156 : « *Ce dernier* [le Sénat] *a en effet supprimé la fonction de représentation du président du conseil d'administration, au motif qu'il est impossible de représenter un organe social, tel le conseil d'administration, qui n'a pas de personnalité morale. Le Gouvernement a donné un avis défavorable à cette suppression, car elle réduit trop le rôle du président du conseil d'administration. Votre Rapporteur partage cette analyse. Il ressort certainement du rôle du président du conseil d'administration de s'exprimer au nom de ce dernier. La fonction de représentation s'impose. Votre Rapporteur vous propose donc de réintroduire cet élément* »

Les membres du conseil de surveillance n'ont pas la qualité de dirigeant[30]. En effet, la loi leur attribue expressément une mission de contrôle de la gestion de la société[31]. Il leur est interdit de s'immiscer dans cette gestion[32].

11. Direction et représentation. Ces dirigeants de la société sont pour la plupart légalement en charge de représenter la personne morale. C'est le cas pour les gérants de sociétés civiles, de SNC, de SCS[33], de SCA et de SARL, les directeurs généraux, directeurs généraux délégués[34] et le président du directoire des SA[35] et des sociétés européennes[36], ainsi que les présidents[37] et directeurs généraux ou directeurs généraux délégués[38] de SAS. Néanmoins, il est intéressant de noter que la qualité de dirigeant est indépendante du pouvoir de représentation, certains organes se trouvant dotés du pouvoir de gestion de la société sans en être les représentants légaux. Le contrôle-direction est donc indépendant de toute idée de représentation.

Paragraphe 1 : Le contrôle-direction par les représentants de la société

Paragraphe 2 : Le contrôle-direction par les organes non dotés du pouvoir de représentation : la distinction entre représentation et direction

---

30 Rép. min. n° 8732, *JO Sénat* Q. 19 avril 1990, p. 876 : « *L'article 12, alinéa 2, de la loi du 24 juillet 1966, applicable par renvoi des articles 24 et 251 aux sociétés en nom collectif et en commandite, soumet les dirigeants de la personne morale gérant une telle société aux "mêmes responsabilités civile et pénale que s'ils étaient gérants en leur nom propre, sans préjudice de la responsabilité solidaire de la personne morale qu'ils dirigent". Dans l'hypothèse où cette personne morale est une société anonyme, la notion de dirigeant doit alors s'entendre des membres du conseil d'administration ou du directoire, chargés aux termes des articles 89 et 119 de la loi d'administrer et de diriger la société, mais non des membres du conseil de surveillance. Cet organe, en effet, n'est investi d'aucune fonction de direction mais exerce, par application de l'article 128, le contrôle permanent de la gestion de la société par le directoire* » – V. également Cass. com., 12 juill. 2005, n° 03-14045 : *Bull. civ.* 2005, IV n° 174 ; *JCP E* 2005, p. 2163, note J.-J. CAUSSAIN, F. DEBOISSY et G. WICKER ; *Bull. Joly Sociétés* 2006, p. 22, note B. SAINTOURENS ; *Dr. sociétés* 2005, comm. 175, note J.-P. LEGROS ; *D.* 2005, p. 2071, note A. LIENHARD ; *Rev. sociétés* 2006, p. 162, note F.-X. LUCAS ; *JCP E* 2006, 1066, note Ph. PETEL et M. CABRILLAC : « *Attendu qu'en se prononçant par de tels motifs impropres à caractériser en quoi les consorts X... avaient, en dehors de l'exercice de leur mission de membres du conseil de surveillance, en fait, exercé, séparément ou ensemble, et en toute indépendance, une activité positive de direction dans la société, la Cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision* » - *Contra* : A. PAUGET-BEYDON, *La notion de dirigeant de groupement*, préc., spéc. n° 724 p. 359

31 article L. 225-68 du Code de commerce : « *Le conseil de surveillance exerce le contrôle permanent de la gestion de la société par le directoire* » - V. *infra* n° 65

32 Ph. MERLE, *Droit commercial, Sociétés commerciales*, Dalloz, 15e éd. 2012, spéc. n° 451 p. 551

33 dans ces trois formes sociales, le législateur emploie la même expression : « *Dans les rapports avec les tiers, le gérant engage la société par les actes entrant dans l'objet social* » : articles 1849 du Code civil, L. 221-5 et L. 222-2 du Code de commerce (renvoyant à l'article L. 221-5)

34 la formule change. Dans ces sociétés, le gérant, le directeur général ou le directeur général délégué « *est investi des pouvoirs les plus étendus pour agir en toute circonstance au nom de la société* » : articles L. 226-7, L. 223-18 et L. 225-56 du Code de commerce

35 article L. 225-66 du Code de commerce : « *Le président du directoire ou, le cas échéant, le directeur général unique représente la société dans ses rapports avec les tiers* »

36 article L. 229-7 du Code de commerce renvoyant aux dispositions relatives à la SA

37 article L. 227-6 al. 1er du Code de commerce : « *La société est représentée à l'égard des tiers par un président désigné dans les conditions prévues par les statuts* »

38 article L. 227-6 al. 3 du Code de commerce: « *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* »

PARAGRAPHE 1 : LE CONTROLE-DIRECTION PAR LES REPRESENTANTS DE LA SOCIETE

Le droit positif définit différemment les prérogatives des dirigeants représentant la société en fonction de la forme sociale. De même, la doctrine ne donne pas une définition uniforme s'agissant de ces pouvoirs et la compétence des dirigeants fait donc l'objet de définitions floues. Il s'agira donc dans un premier temps d'étudier les attributions directoriales des représentants légaux de la société (A).

Il n'est pas possible d'étudier la mission des représentants légaux de la société sans s'intéresser au cadre de celle-ci. Il nous faudra donc étudier dans un deuxième temps les limites du pouvoir des dirigeants représentant la société (B).

A : LES ATTRIBUTIONS DIRECTORIALES DES REPRESENTANTS LEGAUX DE LA SOCIETE

Le Code civil et le Code de commerce définissent de plusieurs façons la mission de contrôle-direction des dirigeants de société selon la forme sociale. En réalité, il semble qu'il n'y ait pas de raison d'attribuer des compétences plus étendues à certains dirigeants plutôt qu'à d'autres. A l'inverse, la doctrine est beaucoup plus divisée sur le sens qu'il faut donner à la définition légale du pouvoir des dirigeants. Il faudra donc étudier cette définition légale (1) avant d'en dégager une interprétation doctrinale (2).

1 : La définition légale et jurisprudentielle du contrôle-direction

12. Définition légale. La loi utilise deux formules pour désigner les pouvoirs généraux des organes dirigeants représentant la société. Les gérants de sociétés civiles, de SNC, de SCS et de SARL, dans les rapports entre associés et à défaut de disposition statutaire particulière, sont compétents pour accomplir « *tous actes de gestion dans l'intérêt de la société* »[39]. De leur coté, les directeurs généraux et directeurs généraux délégués de SA et de sociétés européennes, les gérants de SCA, les présidents, directeurs généraux ou directeurs généraux de SAS et les gérants de SARL, dans les rapports avec les tiers, disposent « *des pouvoirs les plus étendus pour agir en toute circonstance au nom de la société* »[40].

[39] articles 1848 du Code civil, L. 221-4, L. 222-2 et L. 223-18 du Code de commerce
[40] articles L. 225-56, L. 229-7, L. 226-7, L. 227-6 et L. 223-18 du Code de commerce

Doit-on admettre une distinction entre ces formulations ? En faveur d'une spécificité du sens de chacune, Madame Pauget-Beydon[41] relève que le gérant de SARL est compétent pour « *tous actes de gestion dans l'intérêt de la société* »[42] dans les rapports entre associés, tandis que dans les rapports avec les tiers il dispose « *des pouvoirs les plus étendus pour agir en toute circonstance au nom de la société* »[43]. Le législateur semble donc donner un contenu différent à chacune de ces attributions. Néanmoins, la définition des pouvoirs du gérant de SARL a été modifiée par la Loi de 1966. L'article 24 de la Loi du 7 mars 1925 disposait que « *sauf stipulation contraire des statuts* […] *les pouvoirs pour agir au nom de la société en toutes circonstances* ». La loi de 1966 a procédé par renvoi aux dispositions relatives à la SNC44. Le gérant de SARL peut accomplir « *tous actes de gestion* ». D'après les travaux de la commission des lois de l'Assemblée nationale, la Loi de 1966 « *détermine l'étendue des pouvoirs du gérant dans les rapports entre associés sans apporter d'innovation importante aux règles résultant de la Loi du 7 mars 1925* »[45]. Le législateur lui-même semble donc ne pas faire de distinction entre ces deux formules. En outre, comme le relève Madame Pauget-Beydon, il ne semble pas y avoir de logique dans leurs domaines d'application[46].

Si l'on doit généraliser la réflexion, les expressions « *tous actes de gestions* » et « *pouvoirs les plus étendus* » font toutes deux référence à la plénitude des pouvoirs des dirigeants. Dans les deux cas, elles laissent entendre que l'omnipotence est le principe. Elles ont donc le même sens. En outre, la loi renvoie à « *l'intérêt de la société* » ou à l'idée de représentation de la société. Or, le dirigeant est bien tenu d'agir dans l'intérêt de la société qu'il représente[47]. Là encore, les deux expressions sont synonymes. Ainsi, quelle que soit la formulation utilisée pour désigner les pouvoirs de contrôle-direction d'un dirigeant, le sens que l'on doit lui donner est identique.

13. Définition jurisprudentielle. La jurisprudence ne semble pas non plus faire de distinction particulière. Elle rattache à la qualité de dirigeant le pouvoir de gestion, de direction et d'administration de la société sans définir ces termes. Pour retenir la qualité de dirigeant de fait, elle relève par exemple que ce dernier « *exerçait la direction et la gestion de*

---

41 A. PAUGET-BEYDON, *La notion de dirigeant de groupement*, préc., spéc. n° 115 p. 58

42 article L. 221-4 sur renvoi de l'art. L. 223-18 du Code de commerce

43 article L. 223-18 du Code de commerce

44 R. ROBLOT, *Les sociétés commerciales ; commentaire de la loi du 24 juillet 1966*, LGDJ 1968, spéc. n° 967, p. 508

45 Cité par M. HAMIAUT, *La réformes des sociétés commerciales, loi n° 66-537 du 24 juillet 1966*, t. I, Dalloz 1966, spéc. p. 64

46 A. PAUGET-BEYDON, *La notion de dirigeant de groupement*, préc., spéc. n° 116 p. 59

47 Sur le lien entre contrôle-direction et intérêt social : V. *infra* n° 136

la société en toute indépendance et souveraineté »[48], ou qu'il détenait « *tous les pouvoirs d'administration, bien au-delà de ceux d'un directeur technique consultant* »[49].

Si l'on peut s'accorder pour une identité de sens des formules désignant les pouvoirs des dirigeants de sociétés en droit positif, la définition de ces pouvoirs est pourtant loin de faire l'unanimité au sein même de la doctrine.

2 : La définition doctrinale des pouvoirs de contrôle-direction des dirigeants

14. Définitions classiques. On peut tenter de définir les pouvoirs de contrôle-direction des dirigeants par référence à la nature des actes qu'ils sont en droit de faire. Ainsi, une partie de la doctrine estime que les organes dirigeants de la société sont compétents pour tous les actes d'administration et la plupart des actes de disposition dès lors que ces derniers ne remettent pas en cause la réalisation de l'objet social[50]. D'autres auteurs contestent cette définition en relevant que les concepts civilistes d'actes de disposition et d'administration sont insuffisants pour définir les contours des pouvoirs des dirigeants. Pour ces derniers, « *l'acte d'administration ne peut être ici caractérisé par sa nature juridique pour être opposé à l'acte de disposition, car le gérant est obligé de faire des actes de disposition, notamment de vendre des marchandises ou du matériel hors d'usage* »[51].

Les pouvoirs des dirigeants ne devraient pas être définis au regard de la nature de l'acte en cause mais en fonction de la gravité intrinsèque des actes qu'ils sont autorisés à accomplir[52]. Les actes graves relèveraient de la compétence de l'assemblée générale et ne seraient donc pas des actes de gestion[53]. Une telle définition impose une appréciation « économique » de l'acte et la prise en compte de facteurs liés par exemple à la nature de l'activité de la société ou à sa taille[54].

---

48 Cass. com., 6 janvier 1998, n° 95-18478 : *Bull. civ.* 1998, n° 6 ; *JCP G* 1998, II, 10068, note J.-J. DAIGRE ; *BRDA* 1998, n° 18, p. 4

49 CA Toulouse, 19 nov. 2007, n° 06/05447 : *Jurisdata* n° 2007-348681

50 P. ET PH DIDIER, *Droit commercial*, t. 2*, Les sociétés commerciales*, Economica 2011, spéc. n° 271 p. 230 - Y. GUYON, *Droit des affaires*, t. I, *Droit commercial général et sociétés*, Economica, 12e éd. 2003*,* spéc. n° 265 p. 268 - M. DE JUGLART, B. IPPOLITO par J. DUPICHOT, *Cours de droit commercial*, t. 2 ,*Les sociétés commerciales*, Montchrestien, 10e éd. 1999, spéc. n° 210-b - Ph. MERLE, *Droit commercial, Sociétés commerciales*, préc. spéc. n° 139 p. 176 - J. LEBLOND, « Les pouvoirs respectifs de l'assemblée générale, du conseil d'administration, du président, et du directeur général adjoint dans la doctrine institutionnelle », *Gaz. Pal.* 1957, 1, doctr. p. 29, spéc. p. 31

51 G. RIPERT et R. ROBLOT, par M. GERMAIN et V. MAGNIER, *Traité de droit de affaires*, t. 2, *Les sociétés commerciales*, LGDJ 20e éd. 2011, spéc. n° 1195 p. 169 – V. également PLANIOL, RIPERT et BOULANGER, *Traité élémentaire de droit civil, t. 1*, LGDJ, 3e éd. 1946, spéc. n° 2184 p. 726

52 PLANIOL, RIPERT et BOULANGER, *Traité élémentaire de droit civil, t. 1*, préc., spéc. n° 2719 p. 893 - R. SAVATIER, « le rajeunissement de la tutelle française des mineurs », *D.* 1965, chron. p. 51, spéc. n° 22 bis p. 57

53 M. MARTEAU PETIT, *La notion d'acte de gestion et le droit des sociétés*, thèse Paris II, 1992, spéc. n° 511 p. 377 - B. ALIBERT, « La gestion, essai de définition juridique », *LPA* 26 févr. 1997 p.10, spéc. p. 14 et s.

54 M. MARTEAU PETIT, *La notion d'acte de gestion et le droit des sociétés*, préc., spéc. note n° 3 p. 379

Néanmoins, fonder les pouvoirs des dirigeants uniquement sur la nature des actes qu'ils accomplissent ou leur gravité n'est pas suffisant. Il faut également prendre en considération le but qu'ils poursuivent[55]. Ce but varie néanmoins selon les auteurs. Pour certains, il s'agit de la réalisation de l'objet social[56], pour d'autres de « *l'accomplissement de l'activité sociale* »[57] ou encore de l'intérêt défini par les associés[58].

15. L'attribution légale des pleins pouvoirs de gestion, d'administration et de direction. Critiquant ces définitions, Madame Pauget-Beydon tente, dans sa thèse, d'en proposer une troisième. Le dirigeant de société serait doté de pouvoirs délégués lui conférant souveraineté et indépendance[59]. Ce pouvoir lui permet de prendre toutes décisions stratégiques en matière de gestion, d'administration et de direction de la société[60]. Il semble effectivement qu'il faille reconnaître au dirigeant une telle plénitude de pouvoir. Néanmoins, celle-ci trouve son fondement non dans une quelconque délégation mais plutôt dans la loi elle-même.

En effet, la délégation est une opération tripartite : « *une personne titulaire de droits subjectifs voit ses droits mis en œuvre volontairement ou involontairement par une seconde personne, qui dès lors devient titulaire d'un pouvoir. Cette seconde personne, au lieu d'exercer elle-même ce pouvoir demande à une troisième, en son nom mais pour le compte de la première, d'exercer ce pouvoir en tout ou partie* »[61]. Pour Madame Pauget-Beydon, le pouvoir de gestion appartient initialement « *à la collectivité des membres du groupement* »[62]. Il s'agirait donc du titulaire initial des droits subjectifs. Mais alors qui serait la « seconde personne » ? La personne morale ? Il serait préférable, si l'on suit la théorie de Madame Pauget-Beydon, de parler de mandat. Ce dernier se définit comme l'« *acte par lequel une personne donne à une autre le pouvoir de faire quelque chose pour le mandant et en son nom* »[63]. Mais là encore, cela ne semble pas satisfaisant. Le mandat a pour effet essentiel la

---

55 PLANIOL, RIPERT et BOULANGER, *Traité élémentaire de droit civil, t. 1*, préc., spéc. n° 2184 p. 726

56 CL. BERR, *L'exercice du pouvoir dans les sociétés commerciales*, Sirey 1961, spéc. n° 66 p. 59 - Y. GUYON, *Droit des affaires*, t. I, *Droit commercial général et sociétés*, préc., spéc. n° 266 - Ph. MERLE, *Droit commercial, Sociétés commerciales*, préc., spéc. n° 139 p. 176 - G. RIPERT et R. ROBLOT, par M. GERMAIN et V. MAGNIER, *Traité de droit de affaires*, t. 2, *Les sociétés commerciales*, préc., spéc. n° 1195 p. 169 - J. LEBLOND, « Les pouvoirs respectifs de l'assemblée générale, du conseil d'administration, du président, et du directeur général adjoint dans la doctrine institutionnelle », préc., spéc. p. 31

57 M. MARTEAU PETIT, *La notion d'acte de gestion et le droit des sociétés*, préc., spéc. p. 534

58 D. SCHMIDT, *Les conflits d'intérêts dans les sociétés anonymes*, Joly édition 2004, spéc. n° 16 p. 24

59 A. PAUGET-BEYDON, *La notion de dirigeant de groupement*, préc., spéc. n° 596 et s. p. 288 et s.

60 A. PAUGET-BEYDON, *La notion de dirigeant de groupement*, préc., spéc. n° 433 et s. p. 206

61 F. MARMOZ, *La délégation de pouvoir*, Litec 2000, spéc. n° 284 p. 95

62 A. PAUGET-BEYDON, *La notion de dirigeant de groupement*, préc., spéc. n° 601 p. 289

63 article 1984 du Code civil

représentation[64]. Or le pouvoir de contrôle-direction n'est pas l'apanage des représentants de la société[65]. On ne peut donc expliquer l'étendue des prérogatives des dirigeants de la société que par l'attribution légale de ces pouvoirs. La personne morale, en tant qu'entité autonome, est incapable d'exprimer elle-même son intérêt. Dès lors, seule la loi peut attribuer à un tiers le pouvoir d'exprimer cet intérêt[66].

Madame Pauget-Beydon, si elle se méprend sans doute sur les fondements du pouvoir directorial, définit par contre de façon pertinente les trois domaines que recouvre le contrôle-direction : gestion, administration et direction. Ainsi, elle envisage la gestion comme « *l'ensemble des actes juridiques et matériels effectués dans le cadre de l'entreprise, à l'exception des actes de contrôle* », tandis que « *l'administration est l'ensemble des décisions stratégiques – c'est-à-dire des actes juridiques à caractère relativement général ayant pour but d'influer notablement sur l'avenir de l'entreprise –, et des actes matériels visant à la prise de décisions stratégiques* ». Elle définit enfin la direction comme « *l'ensemble des actes juridiques et matériels de gestion courante et de gestion stratégique* »[67].

Le pouvoir de contrôle-direction des dirigeants sociaux est défini très largement[68]. Il est néanmoins encadré par la loi et la jurisprudence.

B : LES LIMITES DU POUVOIR DE CONTROLE-DIRECTION DES REPRESENTANTS DE LA SOCIETE

Quelle que soit la définition que l'on adopte des attributions des dirigeants de société, ces pouvoirs ne sont pas absolus. Ils connaissent plusieurs limites : l'objet social, la répartition légale des pouvoirs entre organes sociaux, les limitations statutaires et l'intérêt social. Néanmoins, ces limites divergent selon que l'on se trouve dans l'ordre interne (1) ou dans l'ordre externe (2).

1 : Dans l'ordre interne

16. Principe de spécialité, objet social et clauses statutaires. Dans les rapports des dirigeants avec la société et les autres organes sociaux, les limites du contrôle-direction sont

---

64 J. HUET, *Les principaux contrats spéciaux*, J. GHESTIN (dir.) LGDJ 2e éd. 2001, spéc. n° 31202 p. 1140 - PH. MALAURIE, L. AYNES et P.-Y. GAUTIER, *Les contrats spéciaux*, Defrénois 5e éd. 2011, spéc. n° 530 p. 238 - H. et L. MAZEAUD, J. MAZEAUD et F. CHABAS, *Leçons de droit civil,* t. 2, vol. 1*, Obligations, théorie générale*, Montchrestien 9e éd. 1998, spéc. n° 150 p. 144 – V. cependant PH. DIDIER, *De la représentation en droit privé*, LGDJ 2000, spéc. n° 38 et s. p. 28 et s. pour qui « *ce n'est que par un accident de l'histoire que le droit français a lié mandat et représentation* »

65 V. *infra* n° 27

66 V. *infra* n° 130

67 A. PAUGET-BEYDON, *La notion de dirigeant de groupement*, préc., spéc. n° 439 p. 207, n° 444 p. 209 et n° 449 p. 212

68 Pour l'analyse de l'étendue de ce pouvoir : V. *infra* n° 19 et s.

les mêmes dans toutes les formes sociales. La première restriction est l'application du principe de séparation des pouvoirs. Il remonte à l'analyse de la loi de 1867 par la doctrine et concerne l'interdiction d'empiéter sur les prérogatives des autres organes sociaux[69]. Ce principe a été consacré par le célèbre arrêt Motte du 4 juin 1946[70] : « *Attendu, en effet, 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* ». En l'espèce, l'assemblée générale avait attribué au président-directeur général l'ensemble des prérogatives normalement attribuées au conseil d'administration. La seconde restriction des pouvoirs des dirigeants concerne le respect de l'objet social tel qu'il a été décidé par les associés et inscrit dans les statuts[71]. Enfin, les dirigeants, représentants légaux de la société, doivent agir dans le respect de l'intérêt social[72].

Les statuts peuvent aussi contenir des clauses limitant le pouvoir des dirigeants, par exemple en imposant l'accord de l'assemblée générale pour un acte qu'en principe ils auraient pu passer seuls. Le non-respect de ces limitations de pouvoir est sanctionné politiquement : le dirigeant peut ainsi se voir révoqué de ses fonctions. Ce dépassement de pouvoir peut même constituer un juste motif de révocation lorsque celui-ci est exigé[73]. Il constitue également une faute engageant la responsabilité de son auteur à l'égard de la société (voire des tiers en cas de faute détachable)[74].

---

69 V. par ex. HOUPIN et BOSVIEUX, *Traité des sociétés*, t. II, Adm. du journal des notaires et des avocats 7e éd. 1935, spéc. n° 1226

70 Cass. civ., 4 juin 1946, « Motte » : *JCP G* 1947, II, 3518, note ; *Journ. sociétés* 1946, p. 374, note P. B. - J.-P. BERDAH, *Fonctions et responsabilité des dirigeants de sociétés par actions*, Sirey 1974, spéc. n° 26 p. 37

71 articles 1849 du Code civil, L. 221-5, L. 225-56, L. 225-64, L. 227-6 et L 229-7 du Code de commerce

72 ce qui constitue, pour certains auteurs, le devoir de loyauté : « *l'obligation pour le dirigeant de société de ne pas utiliser son pouvoir ou les informations dont il est titulaire dans un intérêt strictement personnel et contrairement à l'intérêt de la société ou à celui des associés* » : H. LE NABASQUE, « Le développement du devoir de loyauté en droit des sociétés », *RTD com.* 1999, p. 273 – Sur les différentes conceptions doctrinales de l'intérêt social : V. *infra* n° 113 et s. – Sur le lien entre direction et intérêt social : V. *infra* n° 136

73 V. par ex. Cass. com. 29 mai 1990, n° 88-12840 : *Bull. Joly Sociétés 1*990, p. 795 : « *Mais attendu qu'après avoir relevé que les associés, auxquels M. X... avait soumis le projet de participation de la SARL à la constitution d'une société en formation, avaient émis un vote favorable à ce projet sous réserve de l'approbation des statuts de la future société, en cours d'élaboration, la cour d'appel a retenu que M. X..., sans obtenir l'accord sans réserve des associés et sans même les en tenir informés, avait signé les statuts en qualité de gérant de la SARL ; qu'en l'état de ces énonciations et constatations, la Cour d'appel, qui n'est pas sortie des limites du litige et qui a procédé à la recherche invoquée, a pu décider que la faute commise par M. X... constituait un juste motif de sa révocation* » - V. également Cass. com., 17 janv. 1968 : *Bull. civ.* 1968, n° 27 : La cour de cassation rejette le pourvoi formé contre un arrêt d'une cours d'appel ayant souverainement jugé que la violation des statuts soulevée comme juste motif de révocation n'était pas, en l'espèce, caractérisée

74 articles 1850 du Code civil, L. 223-22 et L. L. 225-251 du Code de commerce : les gérants, administrateurs ou directeurs généraux sont responsables, « *envers la société ou envers les tiers* », *« des violations des statuts* » – V. par ex. Cass. com., 16 juin 1998, n° 96-13863 et Cass. com., 19 oct. 1999, n° 96-14711 : dans ces deux arrêts, la Cour de cassation rejette le pourvoi formé contre un arrêt de Cour d'appel ayant reconnu la responsabilité du gérant pour violation des statuts et faute de gestion

2 : Dans l'ordre externe

17. La limite relative de l'objet social. Dans les rapports entre la société et les tiers, le contrôle-direction des dirigeants diffère selon la forme de la société. Dans les sociétés à responsabilité limitée (SARL, SA, SCA, SAS et SE), depuis la directive européenne du 9 mars 1968[75], l'objet social ne constitue plus une limite au pouvoir des dirigeants dans l'ordre externe[76]. Dans ces sociétés, la protection des tiers est assurée au détriment de celui des associés[77]. L'objet social n'est opposable aux tiers que s'il est démontré que ceux-ci en avaient connaissance. La charge de la preuve pèse donc sur la société[78]. La publication des statuts ne suffit pas à constituer une telle preuve[79]. On aurait pu effectivement penser que la publicité donnée à cette occasion à l'objet social aurait permis de poser une présomption de connaissance de cet objet à l'encontre des tiers. Il n'en est rien et certains auteurs ont critiqué cette absence de critère objectif[80]. Monsieur Martin a également critiqué *« l'omnipotence individuelle des gérants et le sacrifice des associés »* engendrés par l'application de la directive européenne, rappelant que « *l'intérêt des associés vaut bien celui des tiers* »[81].

Dans les sociétés à responsabilité illimitée, le risque pesant sur les associés devient prépondérant au regard de l'atteinte à l'intérêt des tiers[82]. L'objet social reste dans ces sociétés (sociétés civiles, SNC et SCS) une limite au pouvoir des dirigeants dans l'ordre externe[83]. Néanmoins, il semble que la jurisprudence accepte de reconnaître l'erreur légitime du tiers cocontractant pour mettre à la charge de la société un acte passé par son dirigeant en méconnaissance de l'objet social[84].

---

75 HOUIN, « Les pouvoirs des dirigeants de sociétés anonymes et des sociétés à responsabilité limitée et la coordination des législations nationales dans la CEE », *RTDE* 1966, p. 307

76 articles L. 223-18, L. 225-56, L. 225-64, L. 226-7, L. 227-6 et L. 229-7, procédant par renvoi, du Code de commerce : la formule employée est toujours la même : « *La société est engagée même par les actes du* [dirigeant] *qui ne relèvent pas de l'objet social, à moins qu'elle ne prouve que le tiers savait que l'acte dépassait cet objet ou qu'il ne pouvait l'ignorer compte tenu des circonstances, étant exclu que la seule publication des statuts suffise à constituer cette preuve* »

77 CL. CHAMPAUD, note *in RTD com*. 1970, p. 412, spéc. n° 11 p. 416 - R. HOUIN, note *in RTD com*. 1969, p. 999, spéc. n° 25 p. 1022 - D. MARTIN, « Les pouvoirs des gérants des sociétés de personnes », *RTD com.* 1973, p. 185, spéc. n° 5 p. 189

78 R. HOUIN, note *in RTD com*. 1969, p. 999, spéc. n° 25 p. 1022

79 articles L. 223-18, L. 225-56, L. 225-64, L. 226-7, L. 227-6 et L. 229-7, procédant par renvoi, du Code de commerce : « *La société est engagée même par les actes du* [dirigeant] *qui ne relèvent pas de l'objet social, à moins qu'elle ne prouve que le tiers savait que l'acte dépassait cet objet ou qu'il ne pouvait l'ignorer compte tenu des circonstances, étant exclu que la seule publication des statuts suffise à constituer cette preuve* »

80 D. MARTIN, « Les pouvoirs des gérants des sociétés de personnes », préc., spéc. n° 14 p. 196

81 D. MARTIN, « Les pouvoirs des gérants des sociétés de personnes », préc., spéc. § II. p. 198 et n° 26 p. 203

82 M. COZIAN, A. VIANDIER et F. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, préc., spéc. n° 277 p. 162 ; PH. SIMLER, *Cautionnement et garanties autonomes*, Litec 1991, spéc. n° 162 - J. PICARD, « L'acte conclu par un dirigeant avec dépassement de ses pouvoirs », *Dr. sociétés* 06/1998, chron. 6, spéc. n° 6 p. 4

83 articles 1849 du Code civil, L. 221-5 et L. 222-2 du Code de commerce : la formule est identique : « *Dans les rapports avec les tiers, le gérant engage la société par les actes entrant dans l'objet social* »

84 Cass. com., 23 avril 1969 : *Bull. civ.* 1969, n° 135 ; *D.* 1969, somm. p. 110 ; *RTD com.* 1969, p. 1022, note HOUIN ; *Rev. sociétés* 1970, p. 115, note M. A. : « *en énonçant qu'il avait pu légitimement apparaitre à la société Schiebling et à*

18. L'inopposabilité des clauses statutaires. Dans toutes les formes sociales, par contre, les clauses des statuts limitant le pouvoir de contrôle-direction sont inopposables aux tiers[85], même si ceux-ci en avaient connaissance[86]. A l'inverse, les tiers peuvent tout à fait se prévaloir d'une telle clause pour contester un acte[87]. Le caractère général de l'inopposabilité des limitations statutaires de pouvoir a fait l'objet de critique. En effet, dans les sociétés à responsabilité illimitée, on peut s'étonner que les tiers doivent s'informer de l'objet social afin de s'assurer de l'étendue des pouvoirs du gérant alors même qu'ils ne sont pas tenus de vérifier les limitations statutaires de ce pouvoir. Pire encore, les tiers peuvent refuser de se voir opposer ces limitations statutaires alors même qu'ils en ont eu connaissance. Cette difficulté est d'autant plus gênante en cas de pluralité de gérants lorsque les associés souhaitent circonscrire individuellement les compétences de chacun[88]. L'inopposabilité des limitations statutaires en cas de cogérance n'est pas forcément favorable aux tiers, car elle risque d'engendrer une certaine anarchie dans la direction de la société[89].

PARAGRAPHE 2 : LE CONTROLE-DIRECTION PAR LES ORGANES NON DOTES DU POUVOIR DE REPRESENTATION : LA DISTINCTION ENTRE REPRESENTATION ET DIRECTION

Le conseil d'administration et le directoire ne semblent pas dotés par la loi du pouvoir de représenter la société envers les tiers. Dans les sociétés à conseil d'administration, cette

---

Steuer que les engagements de caution pris en faveur de la société Mazier, entreprise de construction, rentraient dans l'objet social, très largement défini par les statuts, de la société Regina qui se livrait habituellement à des opérations se rapportant à la construction, la Cour d'appel a pu […] *statuer comme elle l'a fait sans commettre aucune dénaturation desdits statuts* » – V. également CL. CHAMPAUD, note *in RTD com.* 1970, p. 412, n° 11 p. 416 - M. GUIBERTEAU, note sous Cass. civ., 19 nov. 1970, *Rev. sociétés* 1971, p. 427 - J. PICARD, « L'acte conclu par un dirigeant avec dépassement de ses pouvoirs », préc., spéc. n° 7 p. 4

85 articles 1849 du Code civil, L. 221-15, L. 223-18, L. 225-56 et L. 225-64 du Code de commerce – V. également J. PICARD, « L'acte conclu par un dirigeant avec dépassement de ses pouvoirs », préc.

86 Pour une SARL : Cass. com., 2 juin 1992, n° 90-18313 : *Bull. civ.* 1992, n° 213 ; *Bull. Joly Sociétés 1*992, p. 946, note P. LE CANNU : une Cour d'appel avait jugé opposable à la société le contrat de prêt signé par le gérant en l'absence d'autorisation des associés, contrairement aux stipulations des statuts. La Cour de cassation rejette le pourvoi qui avait soulevé l'obligation pour le préteur de prendre connaissance des statuts et donc de la clause litigieuse : « *les clauses statutaires limitant, comme en l'espèce, les pouvoirs des gérants des sociétés à responsabilité limité* […], *sont inopposables aux tiers, peu important qu'ils en aient ou non connaissance* » – V. également, pour une SCI : Cass. 3e civ., 24 janv. 2001, n° 99-12841 : *Bull. civ.* 2001, n° 10 ; *JCP G* 2001, II, 10496, note F.-X. LUCAS ; *Dr. et patrimoine* juill. 2001, p. 112, note D. PORACCHIA ; *Dr. sociétés* 2001, comm. 76, note TH. BONNEAU ; *Bull. Joly Sociétés 2*001, p. 529, note F.-X. LUCAS : « *les clauses statutaires limitant les pouvoirs des gérants sont inopposables aux tiers, sans qu'il importe qu'ils en aient eu connaissance ou non* ». En l'espèce, le pourvoi rejeté avait soulevé l'absence de bonne foi du tiers, tentant un parallèle avec la limite de l'objet social

87 Cass. 2e civ., 23 oct. 1985, n° 83-12007 : *Bull. civ.* 1985, n° 159 ; *Rev. société* 1986, p. 408, note B. BOULOC : « *vu l'article 113 de la loi du 24 juillet 1966, ensemble l'article 117 du nouveau Code de procédure civile ; Attendu que la disposition du premier de ces textes qui déclare inopposable aux tiers les dispositions des statuts limitant les pouvoirs du président du conseil d'administration d'une société anonyme n'interdit pas aux tiers de s'en prévaloir pour justifier du défaut de pouvoir de ce président à figurer au procès comme représentant de la société* »

88 D. MARTIN, « Les pouvoirs des gérants des sociétés de personnes », préc., spéc. n° 18 et s., p. 198 et s.

89 H. ROLAND, « La portée de la clause statutaire exigeant le concours de tous les gérants dans la SARL », *D.* 1961, chron. p. 61, spéc. § I B p. 63 et s.

prérogative est dévolue au directeur général[90], et dans les sociétés à conseil de surveillance, elle relève de la compétence du seul président du directoire[91].

Il s'agira dans un premier temps d'étudier les pouvoirs propres de direction de chacun de ces deux organes (A) avant de s'intéresser plus particulièrement au lien entre direction et représentation (B).

A : LES POUVOIRS DE CONTROLE-DIRECTION DU CONSEIL D'ADMINISTRATION ET DU DIRECTOIRE

Nous étudierons dans un premier temps la mission du conseil d'administration (1) puis nous nous intéresserons aux attributions du directoire (2)

1 : Les attributions de contrôle-direction du conseil d'administration

19. Evolution historique. En 1867, le législateur avait prévu que les administrateurs, en qualité de mandataires sociaux, ne détenaient que des pouvoirs délégués, l'assemblée générale étant détentrice « *du pouvoir suprême* »[92]. Ces pouvoirs faisaient l'objet d'une énumération dans les statuts. Cette situation s'est poursuivie même après l'instauration du conseil d'administration en 1940. Mais, petit à petit, la théorie des pouvoirs délégués s'éteint au profit de la reconnaissance de pouvoirs propres au conseil d'administration. Cette théorie fut consacrée par l'arrêt *Motte* en 1946[93].

Prenant acte de cette évolution, la Loi du 24 juillet 1966 disposa que le conseil d'administration était *« investi des pouvoirs de gestion les plus étendus pour agir en toute circonstance au nom de la société* ». Selon Monsieur Paillusseau, ce pouvoir de gestion englobait « *toutes les opérations qui contribuent à la détermination de la politique générale de l'entreprise* », autrement dit, le conseil d'administration constituait « *un organe dont la fonction est de gérer l'entreprise, c'est-à-dire de concevoir, d'élaborer et de décider sa politique générale* »[94].

Cette notion de « pouvoir de gestion » entraîna nombre d'interrogations, notamment sur la question de l'éventuelle exclusion du pouvoir de disposition que semblait inspirer cette

---

90 article L. 225-56 al. 2 du Code de commerce : « *Il* [le directeur général] *représente la société dans ses rapports avec les tiers* »

91 article L. 225-66 du Code de commerce : « *Le président du directoire ou, le cas échéant, le directeur général unique représente la société dans ses rapports avec les tiers* »

92 G. RIPERT et R. ROBLOT, par M. GERMAIN et V. MAGNIER, *Traité de droit de affaires*, t. 2, *Les sociétés commerciales*, préc., spéc. n° 1670-2 p. 498

93 Cass. civ., 4 juin 1946, « Motte » : préc. note 70 - V. *supra* n° 16

94 J. PAILLUSSEAU, *La société anonyme, technique d'organisation de l'entreprise*, Sirey 1967, spéc. p. 214

formule. Dès 1967, le texte fut modifié, le conseil d'administration étant désormais « *investi des pouvoirs les plus étendus pour agir en toute circonstance au nom de la société* ».

Cette nouvelle formulation ne fit pas non plus l'unanimité. On lui reprocha notamment sa similitude avec la définition des pouvoirs du président-directeur général[95]. De plus, le conseil d'administration, organe collégial, n'avait pas pour mission de représenter la société auprès des tiers, comme semblait le laisser croire la formule « *agir en toute circonstance…* », mais devait s'en tenir à son rôle d'organe de délibération et de décision[96] dont la mission était de définir les objectifs généraux de la société.

20. Définition actuelle. Il fallut attendre la Loi NRE du 15 mai 2001 pour que l'on redéfinisse les pouvoirs du conseil d'administration. L'article L. 225-35 alinéa 1er du Code de commerce dispose désormais que : « *le conseil d'administration détermine les orientations de l'activité de la société et veille à leur mise en œuvre. Sous réserve des pouvoirs expressément attribués aux assemblées d'actionnaires et dans la limite de l'objet social, il se saisit de toute question intéressant la bonne marche de la société et règle par ses délibérations les affaires qui la concernent* »[97].

Le pouvoir de contrôle-direction du conseil d'administration lui confère donc la mission de décider des grandes orientations stratégiques de la société[98]. Cela concerne tous les domaines de l'activité de la société : *« production, accords commerciaux, recherche et développement, politique commerciale et tarifaire »*[99], *ou encore « gestion financière, contrats relatifs au personnel, ventes, achats, création de filiales, introduction en bourse des titres émis par la société »*[100], *mise en place « d'un plan d'intéressement des salariés »*[101]… Il s'agit ici « *d'intervention de nature stratégique* » comprenant « *la définition des orientations et le*

---

95 Y. GUYON, « Les réformes apportées au droit des sociétés par la loi du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économique », *Rev. sociétés* 2001, p. 503, spéc. n° 7 p. 507

96 P. MERLE, *Droit commercial, sociétés commerciales*, préc., spéc. n° 395 p. 463

97 Le conseil d'administration dispose également d'un pouvoir de contrôle-surveillance qui fera l'objet d'un étude ultérieure, V. *infra* n° 60 et s.

98 G. RIPERT et R. ROBLOT, par M. GERMAIN et V. MAGNIER, *Traité de droit de affaires*, t. 2, *Les sociétés commerciales*, préc., spéc. n° 1670-2 p. 498 - CH. REYNAUD et J. BARDOUL : « L'administration et la direction générale des SA », *in 10 ans de droit de l'entreprise*, Librairies Techniques 1978, p. 125, spéc. p. 134 et s. - J. M. CALENDINI, « Les comités de direction », *Bull. Joly Sociétés* 1992, p. 851, spéc. n° 11 p. 854 - A. THEIMER, « 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*, déc. 2001, rep. p. 3, spéc. p. 4

99 B. SAINTOURENS, « Les organes de direction de la société anonyme après la loi relative aux nouvelles régulations économiques », *Rev. sociétés* 2001, p. 515, spéc. p. 523

100 Y. GUYON, *Droit des affaires*, t. I, *Droit commercial général et sociétés*, préc., spéc. n° 339 p. 361

101 M. COZIAN, A. VIANDIER et F. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, préc., spéc. n° 607 p. 336

contrôle des objectifs. Ce rôle d'anticipation et de surveillance appartient au conseil et à lui seul »[102].

Si le conseil d'administration n'est plus « *investi des pouvoirs les plus étendus pour agir en toute circonstance au nom de la société* », la Loi NRE l'invite néanmoins à ne pas se désintéresser du fonctionnement quotidien de la société. La loi lui confère un pouvoir général d'évocation lui permettant de se saisir de toutes questions sur la gestion de la société[103]. Selon le rapporteur de la Loi devant l'Assemblée nationale, « *les membres du conseil d'administration sont mandatés par les actionnaires pour veiller au devenir de leur capital. Placé à la charnière entre les actionnaires et les gestionnaires, le conseil d'administration doit défendre l'intérêt de l'actionnaire en faisant preuve de vigilance à l'égard de toutes les décisions qui pourraient avoir une incidence sur l'avenir de la société* »[104].

Un tel pouvoir a conduit certains auteurs à s'interroger sur la « *résurgence d'une compétence générale* » du conseil d'administration[105]. Pour Monsieur Saintourens, cette référence à « *la bonne marche de la société* » ne renforce pas les prérogatives du conseil mais « *exprime seulement la plénitude de ses pouvoirs, aucune question ne lui étant par principe indifférente* »[106]. Pour d'autres auteurs, au contraire, la Loi NRE n'a pas remis en cause la plénitude de compétence du conseil d'administration en matière de gestion de la société et ne règle pas le problème de la concurrence entre ses pouvoirs et ceux de la direction générale[107]. On peut noter en ce sens que le rapporteur de la loi NRE devant l'Assemblée nationale avait lui-même relevé ce risque d'empiètement des pouvoirs sans toutefois estimer que cela puisse poser de difficultés pratiques[108].

---

102 S. DE VENDEUIL, « Nouvelles régulations économiques et nouveaux pouvoirs du conseil d'administration des sociétés anonymes », *JCP E* 2001, p. 1266, spéc. p. 1267

103 PH. MERLE, *Droit commercial, Sociétés commerciales*, préc., spéc. n° 404 p. 480

104 E. BESSON, *Rapp. AN* n° 2327, 2000-2001, *sur le projet de loi relatif aux nouvelles régulations économiques*, spéc. p. 209

105 B. SAINTOURENS, « Les organes de direction de la société anonyme après la loi relative aux nouvelles régulations économiques », préc., spéc. p. 524 – V. également Ph. MERLE, *Droit commercial, sociétés commerciales, préc.* spéc. n° 404 p. 480 - S. DE VENDEUIL, *Nouvelles régulations économiques et nouveaux pouvoirs du conseil d'administration des sociétés anonymes,* préc., spéc. p. 1267 – A. VIANDIER, *Sociétés et loi NRE*, Editions Francis Lefebvre 2001, n° 118 et s.

106 B. SAINTOURENS, « Les organes de direction de la société anonyme après la loi relative aux nouvelles régulations économiques », préc., spéc. p. 524

107 A. VIANDIER, *Sociétés et loi NRE*, préc., spéc. n° 121 - CL. CHAMPAUD et D. DANET, « Commentaire de la loi NRE », *RTD com*. 2002, p. 87, spéc. p. 89 - A. COURET, *in* « Le nouveau droit des sociétés, journée d'étude du 4 oct. 2001 », *D*. 2001, p. 3027, spéc. p. 3029 - J. MESTRE et D. VELARDOCCHIO, « Les réformes du droit des sociétés commerciales dans la loi nouvelles régulations économiques du 15 mai 2001 », *Lamy Sociétés commerciales* 2001 *Bull. A.*, n° 136 C, 06/2001 p. 1, spéc. p. 2

108 *Rapp. AN* n° 2327, 2000-2001, *sur le projet de loi relatif aux nouvelles régulations économiques*, par E. BESSON, spéc. p. 221 : « *Votre Rapporteur constate que le champ des pouvoirs conférés au directeur général est susceptible de recouvrir une partie de ceux confiés au conseil d'administration. Pourtant, le même chevauchement entre pouvoirs du conseil d'administration et pouvoirs de « président-directeur général » n'ayant pas entraîné de difficultés dans la pratique, il est probable que celui-là ne pose pas non plus de problème* »

21. Compétences propres. Outre ses pouvoirs généraux de contrôle-direction, le conseil d'administration dispose d'un certain nombre de compétences propres. Il en est ainsi de la convocation des assemblées générales[109], de l'établissement des comptes sociaux[110], des éventuels documents de gestion prévisionnelle[111] et du rapport de gestion[112], de l'autorisation des conventions réglementées[113], de la cooptation d'administrateur[114], de la nomination et de la révocation du président du conseil d'administration, du directeur général et des éventuels directeurs généraux délégués[115], de la création de comités d'étude[116], de la répartition des jetons de présence[117] et de l'émission d'obligations[118].

2 : Les attributions de contrôle-direction du directoire

22. Plénitude de pouvoirs de contrôle-direction. En vertu de l'article L. 225-64 alinéa 1er du Code de commerce : « *Le directoire est investi des pouvoirs les plus étendus pour agir en toute circonstance au nom de la société. Il les exerce dans la limite de l'objet social et sous réserve de ceux expressément attribués par la loi au conseil de surveillance et aux assemblées d'actionnaires* ».

La direction de la société relève de la collégialité du directoire[119]. Autrement dit, les membres prennent ensemble les décisions que le président est ensuite chargé d'exécuter. Avec l'autorisation du conseil de surveillance, les membres du directoire peuvent procéder entre eux à une répartition des tâches. Celle-ci ne doit néanmoins jamais remettre en cause le principe de collégialité qui règne au sein du directoire[120].

La formulation de l'article L. 225-64 du Code de commerce reprend celle de l'article relatif au pouvoir du directeur général dans la société à conseil d'administration. Le directoire exerce donc les mêmes prérogatives que le directeur général[121]. Le directoire dispose en outre

---

109 article L. 225-103 I du Code de commerce
110 article L. 232-1 du Code de commerce
111 article L. 232-2 du Code de commerce
112 article L. 225-100 du Code de commerce
113 article L. 225-38 du Code de commerce
114 article L. 225-24 du Code de commerce
115 articles L. 225-47, L. 225-51-1, L. 225-53 et L. 225-55 du Code de commerce
116 article R. 225-29 al. 2 du Code de commerce
117 article L. 225-45 du Code de commerce
118 article L. 228-40 du Code de commerce
119 PH. MERLE, *Droit commercial, Sociétés commerciales*, préc., spéc. n° 444 p. 543
120 G. RIPERT et R. ROBLOT, par M. GERMAIN et V. MAGNIER, *Traité de droit de affaires*, t. 2, *Les sociétés commerciales*, préc., spéc. n° 1702 p. 526
121 PH. MERLE, *Droit commercial, Sociétés commerciales,* préc., spéc. n° 444 p. 543 - Pour l'étude approfondie de ces pouvoirs, V. *supra* n° 12 et s.

des pouvoirs de direction du conseil d'administration[122]. C'est donc à lui qu'il revient de *déterminer les orientations de l'activité de la société*[123].

23. Pouvoirs propres. Le directoire dispose également de pouvoirs propres en matière de convocation de l'assemblée générale[124], d'émission d'obligations[125], et, sur délégation de l'assemblée générale extraordinaire, d'augmentation ou de réduction du capital social[126], d'attribution d'options de souscription ou d'achat d'actions au personnel[127], ou d'attribution gratuite d'action[128].

B : LA DISTINCTION ENTRE CONTROLE-DIRECTION ET REPRESENTATION

Le conseil d'administration n'est pas le représentant légal de la société. Il en est de même pour le directoire (1). Dès lors, certains auteurs se sont interrogés sur la qualification de dirigeant de ces deux organes (2)[129].

1 : L'absence de pouvoir de représentation du conseil d'administration et du directoire

24. Hésitation jurisprudentielle s'agissant du conseil d'administration. La question s'est posée de savoir si le conseil d'administration avait qualité pour agir au nom de la société à l'égard des tiers[130]. La doctrine est divisée sur ce point[131].

Dans un arrêt du 3 octobre 2006[132], la Cour de cassation confirme le jugement de la Cour d'appel de Toulouse[133] qui avait rejeté, pour incompétence, la demande de révocation

---

122 M. COZIAN, A. VIANDIER et F. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, préc., spéc. n° 678 p. 370

123 V. *supra* n° 19 et s.

124 article L. 225-103 du Code de commerce

125 article L. 228-40 du Code de commerce

126 articles L. 225-129 et s., et L. 225-204 du Code de commerce

127 articles L. 225-177 et L. 225-179 du Code de commerce

128 article L. 225-197-1 du Code de commerce

129 V. par exemple pour la qualité de dirigeant du conseil d'administration : S. ASENCIO, « Le dirigeant de société, un mandataire « spécial » d'intérêt commun », *Rev. sociétés* 2000, p. 683, spéc. n° 6 p. 687 - A. PAUGET-BEYDON, *La notion de dirigeant de groupement*, préc., spéc. n° 250, p. 123

130 J.-F. CARRE, « Le pouvoir du conseil d'administration d'engager la société à l'égard des tiers » : *RJDA* 2007, p. 1171 et s. - P. LE CANNU, « Les brumes de l'article L. 225-35 du code de commerce », *Rev. sociétés* 2010, p. 17

131 Voir en faveur de cette thèse A. VIANDIER et A. CHARVERIAT : *Société et loi NRE : Mode d'emploi après un an d'application,* Ed. Francis Lefebvre 2002, n° 122 - *Lamy Sociétés commerciales* 2012, spéc. n° 3545 - PH. MERLE, *Droit commercial, Sociétés commerciales*, préc., spéc. n° 404 p. 480 - J.-P. BOUERE, « PDG ou président et directeur général », *Bull. Joly Sociétés* 2001, p. 695 spéc. n° 13 p. 710 – *Contra* : *JCl. Commercial,* Fasc. 1050, par D. GIBIRILA, spéc. n° 75 - *Mémento LefebvreSsociétés commerciales* 2012, spéc. n° 40840 p. 557

132 Cass. com., 3 oct. 2006 n° 05-12410 : préc. note 27

133 CA Toulouse, 13 janv. 2005, n° 03/1643 : *RJDA* 2005 n° 1244 ; *Bull. Joly Sociétés* 2005, p. 359, note J.-F. BARBIERI ; *Dr. sociétés* 2005, comm. 160 note H. HOVASSE : « *Attendu que l'article L. 225-233 du Code de commerce permet à un certain nombre de personnes, d'organes sociaux ou d'institutions, de demander le relèvement des fonctions du commissaire aux comptes avant leur terme normal ; que cet article, qui énumère entre autres le conseil d'administration, ne confère pas pour autant la personnalité morale et le droit d'agir procédural à une entité qui n'en*

judiciaire du commissaire aux comptes formée par le conseil d'administration. Un tel acte de procédure est nul : *« le conseil d'administration, s'il a qualité, aux termes des articles L. 225-233 du Code de commerce et 188 du décret du 23 mars 1967, pour décider le relèvement des fonctions de commissaire aux comptes de la société, doit, en l'absence de personnalité morale, agir en justice par l'intermédiaire du représentant légal de la société ».* Messieurs Barbiéri et Lienhard saluent cette décision[134]. D'autres auteurs sont plus critiques. En effet, pour Monsieur Carré, si la Cour de cassation a confirmé l'incompétence du conseil d'administration, c'est uniquement parce que celui-ci avait agi en son nom[135]. Le conseil d'administration n'aurait pas qualité pour agir pour son propre compte mais il pourrait agir au nom de la société. Selon cet auteur, en faisant référence au représentant légal, la Cour de cassation ne fait que renvoyer aux règles du droit commun applicable en l'absence de mandat spécial donné par le conseil. Il argumente en faisant référence à un autre arrêt de la chambre commerciale du 28 septembre 2004. Dans cette décision, la Cour admet qu'un préposé, disposant d'une délégation du conseil d'administration, puisse valablement déclarer une créance de la société dans une procédure collective[136]. Monsieur Le Cannu relève également que, même si ce dernier arrêt a été rendu sous l'empire de la loi ancienne, la Loi NRE ne devrait pas revenir sur ce point, l'article L. 225-35 alinéa 2 du Code de commerce continuant d'affirmer que *« dans les rapports avec les tiers, la société est engagée même par les actes du conseil d'administration qui ne relèvent pas de l'objet social ».*

25. Un pouvoir de représentation injustifié. Plusieurs arguments ont pu être soulevés en faveur de la reconnaissance du pouvoir de représentation du conseil d'administration. Le premier repose sur le pouvoir de nomination du directeur général. Si le conseil est à même de désigner cet organe, pourquoi ne pourrait-il pas également nommer un représentant de la société chargé d'un pouvoir limité[137] ? « *Qui peut le plus peut le moins* »[138]. On peut opposer

---

dispose pas ; qu'il se déduit de cet article, comme de l'article 188 du décret du 23 mars 1967 pris pour son application, que le conseil d'administration dépourvu de la personnalité morale mais ayant qualité pour décider de la procédure, agira par l'intermédiaire du représentant légal de la société »

134 A. LIENHARD, note sous Cass. com., 3 oct. 2006, *D.* 2006, p. 2670 - J.-F. BARBIERI, note sous Cass. com., 3 oct. 2006, *Bull. Joly Sociétés* 2007, p. 33

135 J.-F. CARRE, « Le pouvoir du conseil d'administration d'engager la société à l'égard des tiers », *RJDA* 2007, p. 1171, spéc. n° 6 p. 1172

136 Cass. com., 28 septembre 2004, n° 03-12023: *Bull. civ.* 2004, n° 173 ; *D.* 2004, p. 2653, note A. LIENHARD ; *Bull. Joly Sociétés* 2005, p. 37, note P. LE CANNU ; *Act. proc. coll.*, 2004-17, comm. 207, obs. J. VALLANSAN : « *le conseil d'administration a le pouvoir de nommer un préposé de la société pour déclarer les créances avec ou sans faculté de délégation* »

137 A. LIENHARD, commentaire sous Cass. com. 28 sept. 2004, n° 03-12023, préc. note 136 - P. LE CANNU, note sous Cass. com. 28 sept. 2004, , préc. note 136

138 A. LIENHARD, commentaire sous Cass. com. 28 sept. 2004, préc. note 136

à cette idée le principe de spécialité des organes sociaux[139] qui interdit à un organe d'empiéter sur les pouvoirs légalement dévolus à un autre même s'il lui est hiérarchiquement supérieur[140]. Or, aucun texte ne semble conférer au conseil d'administration le pouvoir de déléguer à un tiers un pouvoir normalement reconnu au directeur général.

Le deuxième argument repose sur la lettre des textes. L'article L. 225-35 alinéa 2 du Code de commerce dispose que *« dans les rapports avec les tiers, la société est engagée même par les actes du conseil d'administration qui ne relèvent pas de l'objet social* ». Quels actes du conseil d'administration pourraient ainsi engager la société si ce dernier n'agissait pas en qualité de représentant ? Il ne semble pas s'agir d'une omission du législateur puisque la Loi NRE n'a pas modifié ce texte tout en abrogeant celui relatif à l'inopposabilité des limitations statutaires des pouvoirs du conseil d'administration[141]. Aucune jurisprudence ne vient confirmer ou infirmer cet argument.

L'article R. 225-29 du Code de commerce autorise le conseil d'administration à « *conférer à un ou plusieurs de ses membres ou à des tiers, actionnaires ou non, tous mandats spéciaux pour un ou plusieurs objets déterminés* ». Il semble difficilement imaginable que la loi autorise le conseil à désigner des mandataires sans que cet acte puisse être opposable à la société (par exemple pour le paiement de la rémunération due au mandataire)[142] d'où l'existence de l'article L. 225-35 alinéa 2. Comme un certain nombre d'auteurs, il est possible de soutenir que le pouvoir de désigner une personne en charge de représenter la société n'implique pas nécessairement le pouvoir de représenter la société elle-même à l'égard des tiers[143]. Voilà pourquoi le conseil d'administration dispose du pouvoir de désigner le directeur général chargé de représenter la société. En ce sens, on peut relever que l'assemblée générale elle-même peut obtenir du juge la désignation d'un administrateur provisoire chargé de représenter la société[144]. Or l'assemblée générale ne dispose pas du pouvoir de représenter la société.

Enfin, selon Monsieur Carré, l'esprit même de la Loi NRE tend à valider la thèse du pouvoir de représentation du conseil d'administration. L'objectif était en effet de favoriser le contrôle des actes des dirigeants et la collégialité. Dès lors, « *il serait malsain que le conseil d'administration ne puisse agir qu'au travers de la direction générale et, le cas échéant, en*

---

139 Cass. com. 4 juin 1946, « Motte », préc. note 70

140 J.-F. CARRE, « Le pouvoir du conseil d'administration d'engager la société à l'égard des tiers », préc., spéc. n° 7 p. 1172

141 E. BESSON, *Rapp. AN* n° 2327, 2000-2001, *sur le projet de loi relatif aux nouvelles régulations économiques*, spéc. p. 211

142 J.-F. CARRE, « Le pouvoir du conseil d'administration d'engager la société à l'égard des tiers », préc., spéc. n° 8 p. 1173

143 A. LIENHARD, commentaire sous Cass. com. 28 sept. 2004, n° 03-12.023, préc. note 136 - P. LE CANNU, note sous Cass. com. 28 sept. 2004, préc. note 136

144 V *infra* n° 152

faisant planer sur celle-ci la menace d'une révocation comme seul moyen de résolution de leurs divergences de vues ponctuelles. Le bon équilibre des pouvoirs nécessite que le conseil d'administration (et ses comités) dispose d'une véritable autonomie d'action »[145]. Néanmoins, pour d'autres auteurs[146], la loi pose une stricte répartition des pouvoirs entre le directeur général et le conseil d'administration. Le principe de hiérarchie des organes sociaux[147] interdit à un organe d'empiéter sur les prérogatives d'un autre et donc ici au conseil d'administration de s'arroger le pouvoir de représentation de la société normalement dévolu au directeur général.

26. L'absence de pouvoir de représentation du directoire. La même question semble devoir se poser à propos du directoire. Un arrêt du 22 janvier 2008 a admis que, comme le conseil d'administration, le directoire pouvait valablement désigner un préposé de la société pour déclarer une créance dans le cadre d'une procédure collective engagée contre un débiteur[148]. De plus, si en principe seul le président du directoire est compétent pour représenter la société, l'article L. 225-64 alinéa 2 du Code de commerce précise que « *dans les rapports avec les tiers, la société est engagée même par les actes du directoire qui ne relèvent pas de l'objet social* ». Autrement dit, le directoire semble à même de pouvoir engager la société même en l'absence d'intervention de son président. La question du pouvoir de représentation du directoire ne semble pas avoir autant intéressé la doctrine que celle du pouvoir de représentation du conseil d'administration. Ceci peut s'expliquer par le manque de succès de la forme social à directoire et conseil de surveillance[149].

Allant à l'encontre du principe de collégialité qui guide en principe la direction de la société à directoire[150], le législateur a institué la fonction de président du directoire. Ce président est le seul à disposer légalement du pouvoir de représentation. Les statuts peuvent néanmoins prévoir que le conseil de surveillance sera habilité à attribuer le même pouvoir de

---

145 J.-F. CARRE, « Le pouvoir du conseil d'administration d'engager la société à l'égard des tiers », préc., spéc. n° 9 p. 1173

146 *JCl. Commercial,* Fasc. 1050, par D. GIBIRILA, spéc. n° 75 - *Mémento Lefebvre Sociétés commerciales* 2012, préc., spéc. n° 40840 - J.-F. CARRE, « Le pouvoir du conseil d'administration d'engager la société à l'égard des tiers », préc., spéc. n° 9 p. 1173

147 Cass. com. 4 juin 1946, « Motte » : préc. note 70

148 Cass. com., 22 janv. 2008, n° 06-20379 : *Bull. civ.* 2008, n° 9 ; *Defrénois* 2008, art. 38783, note D. GIBIRILA ; L. NURIT-PONTIER, « SA à directoire : qui peut déléguer un préposé pour déclarer les créances de la société ? », *Bull. Joly Sociétés* 2008, p. 419 : « *attendu que le directoire ayant le pouvoir de nommer un préposé de la société pour déclarer les créances, la cour d'appel a retenu à bon droit la validité des deux délégations de pouvoir successivement conférées à la préposée ayant déclaré la créance de la société* »

149 Y. CHARTIER, « Société à directoire ou société à conseil de surveillance », *in Aspects actuels du droit commercial français : commerce, sociétés, banque et opérations commerciales, procédures de règlement du passif : études dédiées à René Roblot*, LGDJ 1984, p. 335

150 article R. 225-39 du Code de commerce

représentation à un ou plusieurs autres membres du directoire[151]. La fonction de président du directoire ne confère aucun pouvoir de direction supplémentaire par rapport aux autres membres du directoire[152]. Le président du directoire est nommé par le conseil de surveillance[153]. La jurisprudence donne également compétence à ce dernier s'agissant de sa révocation mais uniquement de sa qualité de président[154], sa révocation du directoire relevant en principe de l'assemblée générale[155]. Le pouvoir de représentation est donc, dans la société à directoire, complètement indépendant du pouvoir de direction puisqu'un organe social a été constitué uniquement pour l'exercer à l'exclusion de toute autre compétence de gestion. Il n'y a donc aucune raison que la loi confie spécifiquement une telle prérogative au président du directoire si ses autres membres se voient reconnaître la même compétence. Il faut donc admettre l'absence de pouvoir de représentation du directoire. A l'appui de ce raisonnement, on peut d'ailleurs noter qu'il en était de même dans la SAS jusqu'à la Loi du 1er août 2003 : « *le représentant légal de la SAS est son président, seule personne à avoir légalement le pouvoir d'engager la société à l'égard des tiers* » et « *lorsque les associés d'une SAS ont désigné un directeur général investi des mêmes pouvoirs que le président, celui-ci doit être déclaré au registre du commerce et des sociétés non pas en cette qualité mais en tant qu'associé ou tiers ayant le pouvoir de diriger, de gérer ou d'engager à titre habituel la société* »[156]. Depuis 2003, l'article L. 226-7 du Code de commerce autorise les statuts à confier le pouvoir de représentation à d'autres personnes que le président.

En toute logique, si le directoire, organe cumulant les pouvoirs de directions du directeur général et du conseil d'administration de la société anonyme à forme classique, se trouve dépourvu du pouvoir de représentations au profit de son président, il semble difficile de

---

151 article L. 225-66 du Code de commerce

152 CA Douai, 17 juin 1976 : *D.* 1977, p. 518, note BOUSQUET ; *Rev. sociétés* 1977, p. 266, note BURST ; *RTD com.* 1977, p. 548, note HOUIN ; *Gaz. Pal.* 1977, 1, 157, note A. P. S. : « *la fonction de président ne confère pas à son titulaire un pouvoir de direction plus étendu que celui des autres membres du directoire ;* […] *elle lui confère seulement la mission de représenter la société dans ses rapports avec le tiers* »

153 article L. 225-59 du Code de commerce

154 CA Douai, 17 juin 1976 : préc. note 152 : le tribunal avait conclu que la mission de représentation de la société conférée au président du directoire « *pouvait être retirée à l'intéressé par simple décision du conseil de surveillance, la fonction et le pouvoirs attachés à la qualité de membre du directoire n'étant pas atteints par une telle décision* ». La Cour d'appel a confirmé cette décision au motif que « *le pouvoir de conférer à l'un des membres du directoire la qualité de président implique le pouvoir de retirer cette qualité à celui qui en est investi* » – V. plus récemment CA Versailles, 17 mars 2005 : *Rev. sociétés* 2005, p. 917, note I. URBAIN-PARLEANI - Y. CHARTIER, « Société à directoire ou société à conseil de surveillance », préc. p. 341

155 sauf lorsque les statuts confient cette compétence au conseil de surveillance : article L. 225-61 du Code de commerce

156 Avis du comité de coordination du RCS n° 00-32 et 00-64 : *JCP E* 2001, n° 22, p. 898, note A. VIANDIER et J.-J. CAUSSAIN – Confirmé par Cass. com., 2 juill. 2002, n° 98-23324 : *Bull. civ.* 2002, n° 112 ; *D.* 2002, p. 2263, note A. LIENHARD ; *Rev. sociétés* 2002, p. 727, note H. LE NABASQUE ; *Bull. Joly Sociétés* 2002, p. 967, note A. COURET ; *RTD com.* 2002, p. 688, note J.-P. CHAZAL et A. REINHARD : « *il résulte des dispositions de l'article L. 227-6 du Code de commerce que la société par actions simplifiée est représentée, à l'égard des tiers, par son seul président* » - J.-C. HALLOUIN : « Le monopole de représentation du président de la société par action simplifiée, à propos de l'arrêt de la chambre commerciale du 2 juillet 2002 », *D.* 2002, p. 2922

soutenir que le conseil d'administration puisse, lui, disposer d'une telle prérogative. La fonction de représentation de la société est attribuée légalement à un organe déterminé pour assurer la sécurité des tiers[157] et le principe de spécialité des organes sociaux interdit de passer outre cette répartition des pouvoirs. Ni le directoire, ni le conseil d'administration ne disposent du pouvoir de représenter la société à l'égard des tiers.

2 : La reconnaissance de la qualité de dirigeant du conseil d'administration et du directoire

27. La possible dissociation de la représentation et du contrôle-direction. Le conseil d'administration et le directoire n'ont pas de pouvoir de représentation de la société. Dans une conception étroite de la notion de dirigeant[158], ils ne devraient donc pas se voir reconnaître cette qualité[159]. En principe, il existe un lien étroit entre direction et représentation[160]. Le droit commun des sociétés ne l'évoque pas mais certains textes relatifs aux droits des groupements semblent conférer spécialement le pouvoir de représentation au dirigeant social ou en tout cas utiliser l'expression « représentant légal » comme synonyme[161]. Pour Madame Pauget-Beydon, la loi confie ainsi au dirigeant le soin de représenter la société toutes les fois que celle-ci doit être entendue en cas « *de difficultés économiques ou dans le cadre d'activité à statut spécial, comme les sociétés d'assurances, les établissements de crédit, les sociétés de perception et de répartition des droits en matière de retransmission télévisuelle*[162]*, les établissements de soin* »[163]. Néanmoins, il ne s'agit pas dans ce cas d'une représentation « juridique ». La société n'est pas partie à un acte. Il s'agit d'entendre les organes

---

157 V. s'agissant du président du directoire : rép. min. *JOAN* Q. 8 mai 1975, p. 2498 ; *Rev. sociétés* 1975, p. 543 : « *le conseil de surveillance doit conférer à l'un des membres du directoire la qualité de président. Le législateur de 1966 n'a en effet pas retenu sur ce point la solution consistant à ne pas instaurer de fonction présidentielle qui aurait été la conséquence ultime du caractère collégial du directoire. Il a estimé souhaitable pour la sécurité et la commodité des tiers que, quelles que soient les dispositions statutaires, ceux-ci puissent s'adresser à une personne légalement investie du pouvoir de représentation* »

158 V. *supra* n° 10

159 S. ASENCIO, « Le dirigeant de société, un mandataire « spécial » d'intérêt commun », préc., spéc. n° 6 p. 687

160 A. PAUGET-BEYDON, *La notion de dirigeant de groupement*, préc., spéc. n° 237 et s., p. 116 et s.

161 V. par ex. article L. 213-3 Code de la mutualité : « *Les dispositions des articles L. 213-1 et L. 213-2 visant le président, les administrateurs ou les dirigeants d'une mutuelle ou union régie par le présent Livre sont applicables à toute personne qui, directement ou par personne interposée, aura, en fait, exercé la direction, l'administration ou la gestion desdits organismes sous couvert ou au lieu et place de leurs représentants légaux* » – V. également les articles L. 218-18 du Code de l'environnement : en matière de répression des rejets polluants des navires : « *les peines prévues à la présente sous-section sont applicables soit au propriétaire, soit à l'exploitant ou à leur représentant légal ou dirigeant de fait s'il s'agit d'une personne morale* » - L. 218-50 du Code de l'environnement : en matière de pollution par immersion : « *Lorsque le propriétaire ou l'exploitant est une personne morale, la responsabilité prévue aux deux alinéas ci-dessus incombe à celui ou ceux des représentants légaux ou dirigeants de fait qui en assument la direction ou l'administration ou à toute personne habilitée par eux* »

162 articles L. 312-13 et R. 325-1 du Code de la propriété intellectuelle

163 A. PAUGET-BEYDON, *La notion de dirigeant de groupement*, préc., spéc. n° 242, p. 119

décisionnaires de la société et non simplement ceux en charge de la représenter à l'égard des tiers[164].

La jurisprudence n'est pas non plus explicite sur le lien entre direction et représentation[165]. On peut néanmoins noter qu'en matière de direction de fait, les juges imposent à celui qui s'est comporté en dirigeant de déclarer la cessation des paiements alors même qu'il ne dispose pas des pouvoirs légaux de direction[166]. Autrement dit, celui qui a entendu se comporter en dirigeant doit en exercer les prérogatives et notamment celle de représenter la société[167].

Si la loi et la jurisprudence ne sont pas explicites, la doctrine est par contre unanime pour reconnaître le pouvoir de représentation au dirigeant de la société[168]. Néanmoins, paradoxalement, la majorité de la doctrine s'accorde également pour reconnaître au conseil d'administration et à ses membres cette qualité[169]. Les qualités de représentant de la société et de dirigeant sont parfaitement dissociables[170]. Il en est ainsi pour le conseil d'administration et le directoire, comme nous venons de le voir, mais aussi pour les dirigeants de SAS autres que le président[171]. Il semble qu'il puisse en être de même pour le gérant de SCI. Un arrêt a en

---

164 V. par ex. articles L. 611-2 I du Code de commerce : « *Lorsqu'il résulte de tout acte, document ou procédure qu'une société commerciale, un groupement d'intérêt économique, ou une entreprise individuelle, commerciale ou artisanale connaît des difficultés de nature à compromettre la continuité de l'exploitation, ses dirigeants peuvent être convoqués par le président du tribunal de commerce pour que soient envisagées les mesures propres à redresser la situation* » - L. 613-15 du Code monétaire et financier : « *Lorsqu'un établissement de crédit a manqué aux règles de bonne conduite de la profession, la commission bancaire, après avoir mis ses dirigeants en mesure de présenter leurs explications, peut leur adresser une mise en garde* » - L. 321-13 II al. 2 du Code de la propriété intellectuelle : à propos de la commission permanente de contrôle des sociétés de perception et de répartition des droits : « *A cet effet, les dirigeants de ces sociétés, filiales et organismes sont tenus de lui prêter leur concours, de lui communiquer tous documents et de répondre à toute demande d'information nécessaire à l'exercice de sa mission* »

165 A. PAUGET-BEYDON, *La notion de dirigeant de groupement*, préc., spéc. n° 244, p. 119

166 Cass. com., 6 janv. 1998, n° 95-18478 : préc. note 48 : « *attendu que l'article 189 de la loi du 25 janvier 1985 dispose que le Tribunal peut prononcer la faillite personnelle de toute personne mentionnée à l'article 185 qui a omis de faire, dans le délai de quinze jours, la déclaration de l'état de cessation de paiements ; que l'article 185.2° vise les personnes physiques, dirigeants de droit ou de fait des personnes morales ayant une activité économique ; que de ces dispositions, la cour d'appel n'a pu que déduire que l'obligation de déclarer l'état de cessation de paiements de la société Cresmar pesait sur M. X..., dirigeant de fait* » – V. également CA Paris, 21 févr. 1992 : *Dr. sociétés* mai 1992, p. 9 note CHAPUS - CA Paris, 27 mars 1998 : *Act. proc. coll.* 12 juin 1998, n° 28

167 A. PAUGET-BEYDON, *La notion de dirigeant de groupement*, thèse préc., n° 245, p. 120

168 PH. MERLE, *Droit commercial, Sociétés commerciales*, préc., spéc. n° 94 p.128 - M. COZIAN, A. VIANDIER et F. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, *préc.*, spéc. n° 265 p. 151 - G. RIPERT et R. ROBLOT, par M. GERMAIN et V. MAGNIER, *Traité de droit de affaires*, t. 2, *Les sociétés commerciales*, préc., spéc. n° 1149 p. 141 - Y. GUYON, *Droit des affaires*, t. I, *Droit commercial général et sociétés,* préc., spéc. n° 191 - D. TRICOT, « Les critère de la gestion de fait », *Dr. et patrimoine* janv. 1996, p. 24 - F. MARMOZ, *La délégation de pouvoir,* Litec 2000, spéc. n° 394 et s. - D. LEFEBVRE et *al.*, *Droit de l'entreprise, aspect juridique, sociaux, fiscaux*, PUG, 6e éd. 1997, spéc. n° 181 - M. DE JUGLART, B. IPPOLITO par J. DUPICHOT, *Cours de droit commercial*, t. 2 ,*Les sociétés commerciales*, préc., spéc. n° 120 et s. - M. BERGERES et PH. DUPRAT, *Les dirigeants de sociétés : statuts juridiques, fiscal et social*, Encyclopédie Delmas pour la vie des affaires, 1994, spéc. p. 11 - S. ASENCIO, « Le dirigeant de société, un mandataire « spécial » d'intérêt commun », préc., spéc. n° 6 - H. LE NABASQUE, *Le pouvoir dans l'entreprise, essai sur le droit de l'entreprise*, Thèse Renne, 1986, spéc. n° 236 et s.

169 G. RIPERT et R. ROBLOT, par M. GERMAIN et V. MAGNIER, *Traité de droit de affaires*, t. 2, *Les sociétés commerciales*, préc., spéc. n° 1670-2 p. 498 - M. COZIAN, A. VIANDIER et F. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, préc., spéc. n° 511 p. 287 et s. - D. CHAMPAUD, in *RTD com.* 1967, p. 806, spéc. p. 807

170 TH. GAUTIER, *Les dirigeants et les groupes de sociétés*, Litec 2000, spéc. n° 52

171 A. PAUGET-BEYDON, *La notion de dirigeant de groupement*, préc., spéc. n° 252 et s., p. 124 et s.

effet jugé recevable l'action en justice intentée par le gérant de la société en l'absence d'autorisation spéciale de l'assemblée générale[172]. La Cour d'appel énonce que « *le gérant de la SCI, en sa qualité de représentant de la société, peut lancer une procédure pour le compte de celle-ci sans être spécialement habilité à cet effet par l'assemblée générale des associés, dès l'instant que cette action est commandée par l'intérêt de la société* ». Elle a également mentionné qu'en l'espèce « *aucune stipulation des statuts de la SCI ne prévoit que le gérant doit obtenir de l'assemblée générale une habilitation spéciale lui permettant d'engager une procédure d'expulsion à l'encontre d'un associé qui occuperait indûment un immeuble appartenant à la société* ». Une telle décision semble reconnaître que le pouvoir de représentation en justice du gérant de société civile puisse être soumis à l'autorisation de l'assemblée générale, au moins lorsque l'intérêt de la société ne l'exclut pas, solution qui pourrait être généralisée si une telle jurisprudence venait à être confirmée[173].

On ne peut que conclure sur la possible dissociation du contrôle-direction et de la représentation sociale. Le contrôle-direction, s'il confère le pouvoir de gérer, d'administrer et de diriger la société, ne confère pas le pouvoir de la représenter. Le titulaire du contrôle-direction peut ne pas être un représentant de la société, et inversement, le représentant de la société peut ne pas être doté du pouvoir de contrôle-direction[174].

SOUS-SECTION 2 : LE CONTROLE-SURVEILLANCE PAR LES ASSOCIES

Le contrôle exercé par les associés peut être appelé contrôle-financier. Monsieur Berr préfère, lui, utiliser la notion de « contrôle maîtrise »[175]. L'étude du contrôle-financier permettra de démontrer que ce contrôle est tout d'abord une condition de la qualité d'associé. Puis, qu'il relève de la surveillance et non de la direction de la société ainsi que l'écrivait Monsieur Didier : « *aujourd'hui, le corps social a seulement les pouvoirs que la loi lui réserve. Ce sont des pouvoirs de contrôle et non pas de direction* »[176]. Nous nous intéresserons dans un premier temps à la notion d'associé puis nous étudierons en détail

---

172 CA Versailles, 14 janv. 2000 : *RTD com*. 2000, p. 677, note M.-H. MONSERIE-BON

173 A. PAUGET-BEYDON, *La notion de dirigeant de groupement*, préc., spéc. n° 258, p. 126

174 V. l'exemple du mandataire provisoire ou du liquidateur judiciaire *infra* n° 151 et 154 et s.

175 CL. BERR, « La place de la notion de contrôle en droit des sociétés », *in Mélanges en l'honneur de Daniel Bastian, 1, Droit des sociétés*, Librairie Technique 1974, p. 1, spéc. p. 3

176 P. DIDIER, *Droit commercial, Les entreprises en société*, Thémis, 1ère éd. 1993, spéc. p. 167

l'étendue du contrôle exercé par les associés pour constater qu'il ne s'agit bien que d'un contrôle-surveillance.

Paragraphe 1 : Le contrôle, condition de la qualité d'associé

Paragraphe 2 : Le contrôle-surveillance exercé par l'associé

PARAGRAPHE 1 : LE CONTROLE, CONDITION DE LA QUALITE D'ASSOCIE

La loi ne donne pas de définition de la notion d'associé. La doctrine elle-même est bien pauvre à ce sujet si ce n'est la thèse de Monsieur Viandier[177]. Cette définition peut néanmoins se déduire de l'article 1832 du Code civil. C'est l'analyse « classique », selon Monsieur Viandier, qui met l'accent sur la qualité de partie au contrat de l'associé (A). La thèse « moderne » consiste à considérer l'associé comme « *membre d'un groupement, exerçant comme tel des prérogatives de gouvernement* », ce qui insiste sur les droits conférés aux associés (B). On peut néanmoins critiquer ces deux définitions. L'apport et le pouvoir de contrôle sont les deux seuls critères de la qualification d'associé (C).

A : LA DEFINITION CLASSIQUE

28. Critiques de la définition classique. La définition classique de la notion d'associé se déduit de l'article 1832 du Code civil : « *a seule qualité d'associé la personne qui réunit en elle-même les trois autres éléments caractéristiques du contrat de société, c'est-à-dire qui fait un apport, qui participe aux bénéfices (ou aux économies) et aux pertes et qui a eu volonté de s'associer (*affectio societatis*)* »[178].

L'évolution de la loi et de la jurisprudence remet en cause cette définition : « *il semble, désormais, qu'il y ait une place pour la qualité d'associé dans la société unipersonnelle, que la qualité d'apporteur et la qualité d'associé ne soient pas toujours confondues, que certains associés n'aient qu'une vocation aux bénéfices, ou aux économies, réduite, d'autres ne contribuant pas aux pertes, et qu'enfin l'*affectio societatis *n'anime pas tous les associés* »[179]. En effet, certaines situations font douter du bien-fondé de cette définition. La jurisprudence admet ainsi la souscription par prête-nom dès lors que « *la simulation incriminée ne recouvrait aucune fraude et que la libération des actions n'était pas fictive, les fonds étant réellement et définitivement entrés dans les caisses de la société* »[180]. La doctrine consacre

---

177 A. VIANDIER, *La notion d'associé*, LGDJ, 1978

178 CA Paris, 16 avril 1985 : *BRDA* déc. 1985 p. 18

179 A. VIANDIER, *La notion d'associé*, préc., spéc. n° 92

180 Cass. com., 30 janv. 1961 : *D.* 1961, jurispr. p. 292 ; *Rev. sociétés* 1961, p. 180 ; *RTD com.* 1961, p. 384, note R. HOUIN

également depuis longtemps cette solution, pourtant le prête-nom est dénué de tout *affectio societatis* et le véritable associé n'est pas le souscripteur mais celui qui se cache derrière le prête-nom[181]. Pour Mesdames Honorat et Romani, la souscription par prête-nom n'est néanmoins valable que « *sous la double réserve que le prête-nom ait eu l'intention et les moyens de remplir personnellement les engagements de celui à qui il a prêté son nom, puisque le prête-nom agit en son nom propre, et que l'emploi du procédé n'a pas été inspiré par une volonté de fraude à la loi* »[182].

La définition classique semble également difficilement transposable à la propriété indivise de droits sociaux. En effet, dans ce cas, chacun des indivisaires se voit reconnaître la qualité d'associé et pourtant certains droits propres à cette qualité ne peuvent être exercés isolément par un indivisaire[183]. Ainsi, l'article 1844 alinéa 2 du Code civil impose la désignation d'un mandataire unique pour l'exercice du droit de vote conféré par la part sociale indivise[184]. Il en va de même en matière de démembrement de propriété portant sur des actions ou parts sociales, où le nu-propriétaire, associé, se trouve dénué de sa participation aux bénéfices au profit de l'usufruitier qui lui n'a pas cette qualité[185]. Les actions de préférence permettent également de s'affranchir de la proportionnalité entre droit de vote et droit sur les bénéfices en permettant l'instauration d'actions à droit de vote double ou sans droit de vote, à dividende majoré ou à participation limitée aux dividendes[186].

Enfin, la notion d'*affectio societatis* est également sujette à controverse[187]. La jurisprudence la définit comme la volonté de collaborer « *de façon effective à l'exploitation de ce fonds dans un intérêt commun et sur un pied d'égalité avec son associé aux bénéfices tout en participant dans le même esprit aux pertes* »[188]. Pourtant, plusieurs indices tendent à

---

181 ESCARRA et RAULT, *Traité théorique et pratique de droit commercial, Les sociétés commerciales*, t. 2, Sirey 1951, spéc. n° 566 et s., p. 78 et s. - RIPERT, *Traité élémentaire de droit commercial*, LGDJ 3e éd. 1954, spéc. n° 960 p. 414

182 A. HONORAT et A.-M. ROMANI, note sous Cass. com., 8 févr. 1994, *LPA* 24 mai 1995, p. 33, spéc. n° 9

183 Cass. 1re civ., 6 févr. 1980, n° 78-12513 : *Bull. civ*. 1980, n° 49 ; *Rev. sociétés* 1980, p. 521, note A. VIANDIER ; *RTD com*. 1980, p. 353, note E. ALFANDARI et M. JEANTIN ; *D.* 1981, inf. rap p. 36, note J.-C. BOUSQUET : si « *les héritiers d'un associé décédé ont, lorsqu'il a été stipulé que la société continuerait avec eux, la qualité d'associé, il n'en résulte pas pour autant que, tant que dure l'indivision entre ces héritiers, chacun d'eux puisse exercer librement les droits attachés à cette qualité ; que cet exercice demeure limité en vertu des règles propres au régime des indivisions* »

184 V. également L. NURIT-PONTIER, « Le décompte des droits sociaux indivis », *Bull. Joly Sociétés* 2007, p. 657, spéc. p. 658 - L. GODON, « Indivision et exercice des droits sociaux : le cas de l'expertise de gestion », *D.* 2008, p. 1251, spéc. n° 6 p. 1252

185 PH. BLETTERIE, « La répartition des prérogatives attachées à l'usufruit des droits sociaux », *JCP N* 2008, 1229, spéc. n° 26 et s. p. 34 - A. BALLOT-LENA, « L'usufruitier de droits sociaux : un statut sui generis ? », *Dr. sociétés* 2010, étude 9

186 article L. 228-11 du Code de commerce - A. VIANDIER, « Les actions de préférences », *JCP E* 2005, 1440, spéc. n° 16 et s. p. 1530 - B. MERCADAL, « Que faire des actions de préférence ? », *RJDA* 2006, p. 671, spéc. n° 20 et s. p. 676

187 V. par ex. les critiques de J. COPPER-ROYER, *Traité des sociétés*, t. 2, Sirey 1939, spéc. p. 626 et s. - P. ET PH DIDIER, *Droit commercial*, t. 2*, Les sociétés commerciales*, préc., spéc. n° 84 p. 77 - D. SCHMIDT, *Les conflits d'intérêts dans les sociétés anonymes*, préc., spéc. n° 5 p. 4

188 Cass. com., 3 juin 1986, n° 85-12118 : *Bull. civ.* 1986, n° 116 ; *Rev. sociétés* 1986, p. 585, note Y. GUYON

démontrer qu'une société peut parfaitement exister quand bien même ses associés seraient dénués de tout *affectio societatis*. Tout d'abord, la loi elle-même autorise la constitution de sociétés unipersonnelles[189] : avec qui l'associé unique entend-il collaborer ? Ensuite, si l'article 1844-7 5° du Code civil prévoit la dissolution de la société pour mésentente entre associés, celle-ci ne peut être prononcée que si la perte d'*affectio societatis* a pour conséquence la paralysie du fonctionnement de la société. Cette condition est expressément consacrée par la jurisprudence[190]. Enfin, dans un arrêt de 2001, la Cour de cassation a reconnu que la nullité de la société pour absence d'*affectio societatis* se prescrivait par trois ans à compter du jour de sa disparition[191]. Donc, passé ce délai, l'absence d'affectio societatis ne permet plus de remettre en cause la validité de la société et la qualité d'associé de ses membres.

La définition classique de la notion d'associé semblant compromise, certains auteurs ont proposé de fonder celle-ci sur la qualité de membre d'un groupement de l'associé.

B : LA DEFINITION MODERNE

29. Critiques de la définition moderne. La définition moderne de la notion d'associé est fondée sur l'existence d'un groupement, doté de la personnalité morale, et l'appartenance de l'associé à ce groupement[192]. Ne pourront être considérées comme associés que les personnes disposant de prérogatives propres à la qualité de membre du groupement et agissant dans l'intérêt de ce dernier[193].

Cette définition fait également l'objet de critiques parfaitement justifiées. Tout d'abord, des associés peuvent tout à fait se trouver privés de certaines prérogatives jugées pourtant

---

189 article 1832 al. 2 du Code civil : la société « *peut être instituée, dans les cas prévus par la loi, par l'acte de volonté d'une seule personne* » – V. pour l'EURL, article L. 223-1 al. 1er du Code de commerce, et pour la SASU, article L. 227-1 al. 1er du Code de commerce

190 Cass. 3e civ., 16 mars 2011, n° 10-15459 : *Bull. civ.* 2011, III ; *Bull. Joly Sociétés* 2011, p. 471, note F.-X. LUCAS ; *LPA* 7 juill. 2011, p. 19, note Y. TCHOTOURIAN ; *Banque et droit* 2011, n° 138, p. 41, note Q. URBAN : « *la mésentente existant entre les associés et par suite la disparition de l'*affectio societatis *ne pouvaient constituer un juste motif de dissolution qu'à la condition de se traduire par une paralysie du fonctionnement de la société* » - Cass. com., 21 oct. 1997, n° 95-21156 : *Bull. civ.* 1997, n° 280 ; *Rev. sociétés* 1998, p. 310, note H. MATSOPOULOU ; *D.* 1997, inf. rap. p. 251 ; *D.* 1998, jurispr. p. 207 ; *Bull. Joly* 1998 p. 121, 2e esp., note B. PETIT ; *Dr. sociétés* 1998, comm. 3, note TH. BONNEAU - Cass. 1re civ., 18 mai 1994, n° 93-15771 : *Bull. Joly Sociétés* 1994, p. 841, note C. PRIETO - Cass. com., 20 oct. 1998, n° 96-20473 : *RJDA* 1999, n° 180 - Cass. ch. mixte, 16 déc. 2005, n° 04-10986 : *Bull. civ.* 2005, ch. mixte, n° 9 ; *Bull. Joly Sociétés* 2006, p. 536, note L. GROSCLAUDE

191 Cass. 1re civ., 20 nov. 2001, n° 99-13985 : *Bull. civ*. 2001, n° 286 ; *JCP G* 2002, p. 1737, note H. MATSOPOULOU ; *JCP E* 2002, 225, note A. VIANDIER ; *Rev. sociétés* 2002, p. 683, note N. REBOUL-MAUPIN : « *Attendu que, pour juger que l'action en nullité de la SCI n'était pas prescrite en 1973, soit trois ans après la perte de toute affectio societatis, l'arrêt attaqué relève que, s'agissant d'une nullité permanente, seule la disparition de la cause de celle-ci, soit la reconstitution d'une affectio societatis fait courir la prescription de trois ans de l'article 1844-14 du Code civil ; Qu'en statuant ainsi, alors que la nullité prononcée pour perte de l'affectio societatis était encourue en 1970, année où l'arrêt situait cette perte, la cour d'appel a violé le texte susvisé* »

192 J. PAILLUSSEAU, *La société anonyme, technique d'organisation de l'entreprise*, Sirey 1967, spéc. p. 17

193 A. VIANDIER, *La notion d'associé*, *préc.*, spéc. n° 101 et 102

essentielles. C'est le cas par exemple des titulaires d'actions de préférence sans droit de vote[194], du nu-propriétaire de droits sociaux[195] ou encore du dirigeant associé d'une société faisant l'objet d'une procédure collective[196].

Autre critique, l'intérêt social ne se limite pas à l'intérêt des seuls associés[197]. Autrement dit, les associés sont loin d'être les seuls à agir dans l'intérêt de la société. C'est par exemple le cas des salariés, des créanciers, mais aussi de la collectivité tout entière par le biais de l'Etat. L'action dans l'intérêt social ne suffit donc pas à caractériser l'associé[198].

C : L'APPORT ET LE POUVOIR DE CONTROLE-SURVEILLANCE, FONDEMENTS DE LA QUALITE D'ASSOCIE

30. Intervention et apport, minima des droits de l'associé. Les définitions classique et moderne de la notion d'associé n'étant pas satisfaisantes, il convenait d'en proposer une troisième. La qualité d'associé se caractérise par l'apport et le « *droit d'intervenir dans les affaires sociales* »[199]. Pour définir ce droit d'intervention, Monsieur Viandier fait référence à Thaller : « *Le rapport issu d'un contrat de société, avec la collaboration qui en résulte, implique une ingérence, un contrôle étroit et une faculté de critique dans laquelle s'accompliront les affaires communes, c'est-à-dire un pouvoir d'intrusion* »[200]. Dès le début du XXe siècle, l'idée d'un pouvoir de contrôle de l'associé, condition de sa qualité, émergeait donc. On sent bien dans l'expression de Thaller que l'« *intrusion* » n'est pas « la direction » mais n'est qu'un contrôle-surveillance.

Seul le cumul de ces deux conditions - apport et contrôle-surveillance - permet de qualifier valablement l'associé. Cela permet par exemple de distinguer le contrat de prêt de l'apport en jouissance d'une somme d'argent[201]. A l'inverse, de nombreuses personnes disposent d'un

---

194 Article L. 228-11 du Code de commerce - A. VIANDIER, « Les actions de préférences », préc., spéc. n° 21 et s. p. 1531

195 Cass. com., 22 févr. 2005, n° 03-17421 : *D.* 2005, p. 1430, note B. THULLIER, et p. 2952, note J.-C. HALLOUIN et E. LAMAZEROLLES ; *Rev. sociétés* 2005, p. 353, note P. LE CANNU ; *JCP E* 2005, 1046, note J.-J. CAUSSAIN, F. DEBOISSY et G. WICKER ; *Dr. et patrimoine*, mai 2005, p. 63, étude A. PIETRANCOSTA (en annexe), et p. 102, note D. PORACCHIA ; *Defrénois* 2005, art. 38275, note D. FIORINA; *JCP E* 2005, 968, note R. KADDOUCH; *JCP N* 2005, 1428, note J.-P. GARÇON : « *les statuts peuvent déroger à la règle selon laquelle si une part est grevée d'un usufruit, le droit de vote appartient au nu-propriétaire, à condition qu'il ne soit pas dérogé au droit du nu-propriétaire de participer aux décisions collectives* »

196 article L. 631-19-1 al. 2 du Code de commerce : « *le tribunal peut prononcer l'incessibilité des parts sociales, titres de capital ou valeurs mobilières donnant accès au capital, détenus par un ou plusieurs dirigeants de droit ou de fait et décider que le droit de vote y attaché sera exercé, pour une durée qu'il fixe, par un mandataire de justice désigné à cet effet* »

197 V. *infra* n° 107 et s.

198 A. VIANDIER, *La notion d'associé*, préc., spéc. n° 140

199 A. VIANDIER, *La notion d'associé*, préc., spéc. n° 153

200 THALLER, note sous Cass. req., 3 mars 1903, *D.* 1904, 1, p. 257.

201 A. VIANDIER, *La notion d'associé*, préc., spéc. n° 176

droit d'intervention dans la société (salariés, créanciers, Etat…) mais elles ne se verront reconnaître la qualité d'associé que si cette intervention s'accompagne d'un apport. Ainsi, on ne peut qu'acquiescer au propos de Monsieur Schmidt lorsqu'il écrit que « *sans apport, il ne saurait y avoir d'associé, et sans apport par des associés, il ne saurait y avoir de société* »[202].

En effet, l'apport constitue un élément essentiel du contrat de société. Cette exigence trouve son fondement dans l'article 1832 du Code civil qui énonce que « *la société est instituée par deux ou plusieurs personnes qui conviennent par un contrat d'affecter à une entreprise commune des biens ou leur industrie en vue de partager le bénéfice ou de profiter de l'économie qui pourra en résulter* ». L'article 1843-3 précise que chaque associé est débiteur de son apport envers la société puis énonce le régime des différentes formes d'apport. Cette exigence est sanctionnée par la nullité de la société[203]. La jurisprudence elle-même consacre l'importance de l'apport. Dans un arrêt de 1920, la Cour de cassation a ainsi eu l'occasion de rappeler que « *la constitution d'apports forme une des conditions essentielles du contrat de société* »[204]. Pourtant, depuis la Loi Dutreil du 1er août 2003, le législateur a porté un sérieux coup à l'obligation d'apport. Il a en effet admis qu'on puisse constituer une société au capital social d'un euro. Certains auteurs se sont vigoureusement élevés contre cette réforme[205], d'autres, ont admis qu'il ne s'agissait que de prendre acte du déclin du capital social en tant que garantie pour les créanciers sociaux[206]. En réalité, l'apport en nature ou en numéraire n'est pas forcément requis pour permettre le bon fonctionnement social. L'apport en industrie peut en effet constituer l'essentiel de la valeur de l'entreprise[207].

Le législateur a poursuivi son œuvre. En 2008, la loi de modernisation de l'économie a supprimé l'exigence d'un capital minimum de 3700 euros pour les SAS[208]. Désormais, leur capital social est donc fixé par les associés. Une ordonnance du 22 janvier 2009 a même supprimé de l'article L. 227-2 l'alinéa 2 qui disposait que « *le montant du capital social est fixé par les statuts* ». Monsieur Schultz a imaginé alors que la SAS pouvait se constituer sans

---

202 D. SCHMIDT, « Les lois du 1er août 2003 et le droit des sociétés », *D.* 2003, p. 2618, spéc. p. 1619

203 article 1844-10 al. 1er du Code civil

204 Cass. req., 15 déc. 1920 : *S.* 1922, 1, p. 17, note BOURCART

205 A. MARTIN-SERF, « la loi pour l'initiative économique : des fausses pistes pavées de bonnes intentions », *RJ com.* 2004, p. 75, spéc. p. 75 et s.

206 MASSART T., « Une grande réforme à petit budget : la SARL au capital de 1 euro », *Bull. Joly Sociétés* 2002, p. 1361, spéc. p. 1361

207 G. SERRA, « Les fondements juridiques du capital social à l'épreuve de la loi Dutreil du 1er août 2003. Chronique d'une mort annoncée ? », *Bull. Joly Sociétés* 2004, p. 915, spéc. n° 9 p. 920

208 T. MASSART, « La modernisation de la SAS ou comment apporter moins pour gagner plus », *Bull. Joly Sociétés* 2008, p. 632

capital social dès lors que les associés n'avaient procédé qu'à des apports en industrie[209], apports qui d'ailleurs ne sont autorisés dans la SAS que depuis la loi LME de 2008[210].

Certains auteurs évoquent pourtant l'attribution d'actions gratuites aux salariés et aux dirigeants pour nier la nécessité de l'apport[211]. On devrait également penser aux associés lorsqu'une augmentation de capital se réalise par incorporation de réserves et à toute personne tenant ses titres d'une succession ou d'une libéralité. En effet, ils n'ont pas eu à faire d'apport pour obtenir la qualité d'associé. L'argument semble toutefois excessif. Les droits sociaux transmis sans contrepartie ne sont pas nés *ex nihilo*. Soit un auteur a un jour réalisé un apport qui a donné lieu à création de parts sociales transmises plus tard à son ayant cause, soit les parts sont nées de l'apport par la société elle-même d'une partie de son patrimoine[212]. Tout comme Monsieur Trébulle s'attache au lien entre le titre et la contribution aux bénéfices ou aux pertes pour justifier la licéité des pactes léonins extrastatutaires[213], on doit rattacher l'apport non pas à l'associé mais au titre lui-même. Il ne peut y avoir de parts sociales ou d'actions sans apport. Seule la détention d'un titre de capital confère la qualité d'associé. Donc, il ne peut y avoir d'associé sans apport, quand bien même celui-ci ne serait que temporaire et pourrait être qualifié de « précaire »[214].

La difficulté, selon Monsieur Viandier, réside dans la distinction entre l'associé et le sociétaire. En effet, selon lui, les deux réalisent un apport (la cotisation pour le sociétaire) et disposent d'un droit d'intervention dans les affaires sociales. Il élude la question en considérant qu'il n'y a pas lieu d'opposer ces deux qualités[215]. On peut sans doute néanmoins les distinguer en considérant que le sociétaire ne réalise pas un véritable apport. Dans la société, le bien ou le travail apporté est affecté à un but précis : la réalisation d'un bénéfice ou d'une économie au profit de l'apporteur, ce qui est strictement exclu pour les associations. L'apport en société se caractérise par le risque de perte qui l'accompagne[216]. Cette distinction entre la société et l'association permet d'adopter le fondement de ce droit d'intervention que rejetait pourtant Monsieur Viandier[217]. Le droit d'intervention est fondé sur la vocation aux

---

209 P. SCHULTZ, « Du capital de la société par actions simplifiée », *LPA* 13 mars 2009, p. 6, spéc. p. 7

210 T. MASSART, « La modernisation de la SAS ou comment apporter moins pour gagner plus », préc., spéc. p. 635

211 T. MASSART, « La société sans apport », *in Etudes de droit privé. Mélanges offerts à Paul Didier*, Economica 2008, p. 289, spéc. p. 291 - M. GERMAIN et V. MAGNIER, « Propos introductifs - Les apports : entre passé et avenir », *in* « L'apport en société dans tous ses états, colloque du 17 mars 2009 », *Bull. Joly Sociétés* 2009, p. 1148, spéc. p. 1153

212 V. par ex. sur l'origine des actions distribuées gratuitement aux salariés et aux mandataires sociaux : *Mémento Lefebvre Sociétés commerciales* 2012, préc., spéc. n° 70071

213 F.-G. TREBULLE, « Promesse d'achat de titres à un prix garanti », *Dr. société* 2005, comm. 107, spéc. p. 18

214 A. COURET, « L'apport en société entre permanence et précarité », *Bull. Joly Sociétés* 2009, p. 1199, spéc. n° 47

215 A. VIANDIER, *La notion d'associé*, préc., spéc. n° 189

216 J. LEDAN, « Nouveau regard sur la notion d'associé », *Dr. sociétés* 2010, étude 14, spéc. n° 28

217 A. VIANDIER, *La notion d'associé*, préc., spéc. n° 187

bénéfices ou aux économies, contrepartie de l'apport réalisé par l'associé. L'associé n'est pas altruiste. Il entend que son apport lui procure un avantage particulier et il doit pour cela pouvoir contrôler les affaires sociales.

Le droit d'intervention caractéristique de la notion d'associé se limite au droit individuel de chacun de surveiller les affaires sociales et les comptes. Il constitue le pouvoir de contrôle de l'associé.

PARAGRAPHE 2 : LE CONTROLE-SURVEILLANCE DE L'ASSOCIE

Les associés, en contrepartie de leur apport, reçoivent des droits sociaux. Le but de leur association est la réalisation de bénéfice ou d'économie. L'exercice de ces droits sociaux donne aux associés les moyens de contrôler l'action des dirigeants et de prendre certaines décisions. Nous nous intéresserons donc dans un premier temps aux moyens du contrôle des associés (A), puis nous étudierons l'étendue des prérogatives des associés sur le fonctionnement social (B). Enfin, nous constaterons que le contrôle exercé par les associés ne consiste qu'en un contrôle-surveillance des organes de direction (C).

A : LES MOYENS DU CONTROLE DE L'ASSOCIE

Outre les droits pécuniaires conférés par chaque part sociale ou action, la qualité d'associé permet d'intervenir dans les affaires sociales. On parle des droits politiques des associés[218]. Chacun d'eux détient individuellement un pouvoir de contrôle (article 1844 du Code civil). Celui-ci donne à son titulaire un droit à l'information (1), le droit de vote à l'assemblée générale (2) et le droit d'agir en justice (3).

1 : Le droit à l'information des associés

31. L'information comptable. En premier lieu, les associés ont droit à une information comptable. Les sociétés commerciales sont tenues de se conformer aux obligations comptables de tout commerçant[219] et donc d'établir des comptes annuels à la clôture de l'exercice au vu des enregistrements comptables et de l'inventaire. Ces comptes annuels comprennent le bilan, le compte de résultat et une annexe, qui forment un tout indissociable[220]. Ces comptes annuels doivent être transmis aux associés[221].

---

218 M. COZIAN, A. VIANDIER et F. DEBOISSY, *Droit des sociétés,* préc., spéc. n° 689 p. 376
219 article L. 123-12 et s. du Code de commerce
220 article L. 123-12 al. 3 du Code de commerce

S'agissant des sociétés civiles, la loi n'a prévu aucune obligation comptable. Néanmoins, l'article 1856 du Code civil prévoit que le gérant doit, au moins une fois par an, rendre compte de sa gestion aux associés. De plus, certaines sociétés civiles sont légalement tenues d'établir une comptabilité. C'est le cas pour les sociétés civiles d'une certaine taille ayant une activité économique[222], pour certaines sociétés civiles soumises à un plan comptable particulier ou dont le résultat doit être établi conformément au plan comptable général[223].

32. Le rapport de gestion. La comptabilité de la société doit s'accompagner d'un rapport de gestion. Dans les sociétés civiles, seul est exigé « *un rapport écrit d'ensemble sur l'activité de la société au cours de l'année ou de l'exercice écoulés comportant l'indication des bénéfices réalisés ou prévisibles et des pertes encourues ou prévues* »[224]. Dans les sociétés commerciales, le rapport de gestion doit exposer « *la situation de la société durant l'exercice écoulé, son évolution prévisible, les évènements 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* »[225]. Il doit également mentionner les cautionnements, avals et garanties donnés par la société ainsi que les sûretés qu'elle a consenties. Selon Monsieur Vidal, cette différence est liée à la finalité de chacun de ces types de société. Les sociétés commerciales seraient « *des instruments juridiques de spéculation* » tandis que les sociétés civiles seraient plus des « *instruments juridiques de conservation* »[226].

Selon le type de société commerciale, le rapport de gestion doit être plus ou moins exhaustif[227]. Ainsi, dans les sociétés anonymes dépassant certains seuils fixés par décret[228], ce rapport doit comprendre une analyse objective et exhaustive de l'évolution des affaires, des résultats et de la situation financière de la société, notamment de sa situation d'endettement, au regard du volume et de la complexité des affaires. Dans la mesure nécessaire à la compréhension de l'évolution des affaires, des résultats ou de la situation de la société et indépendamment des indicateurs clés de performance de nature financière devant être insérés dans le rapport en vertu d'autres dispositions du Code de commerce, l'analyse comporte le

---

221 article L. 221-7 du Code de commerce pour la SNC, L. 222-7 pour la société en commandite simple, L. 223-26 pour la SARL, L. 225-100 pour la SA, L. 229-8 (procédant par renvoi) pour la société européenne, L. 226-1 (procédant par renvoi) pour la société en commandite par action et L. 227-9 pour la SAS

222 article L. 612-1 du Code de commerce

223 *Mémento Lefebvre Sociétés civile* 2012, spéc. n° 17500 et s.

224 article 1856 du Code civil

225 article L. 232-1 II du Code de commerce

226 D. VIDAL, *Droit des sociétés*, préc., spéc. n° 449 p. 258

227 V. sur le rapport de gestion : V. MEDAIL, « Contenu du rapport de gestion : l'inflation continue », *JCP E* 2005, 273 - M. TELLER, « L'information des sociétés cotées et non cotées : une évolution certaine, de nouveaux risques probables », *RTD com.* 2007, p. 17

228 article L. 225-100-1 du Code de commerce

cas échéant des indicateurs clés de performance de nature non financière ayant trait à l'activité spécifique de la société, notamment des informations relatives aux questions d'environnement et de personnel[229]. Le rapport comporte également une description des principaux risques et incertitudes auxquels la société est confrontée. Il comporte en outre des indications sur l'utilisation des instruments financiers par l'entreprise, lorsque cela est pertinent pour l'évaluation de son actif, de son passif, de sa situation financière et de ses pertes ou profits. Ces indications portent sur les objectifs et la politique de la société en matière de gestion des risques financiers, y compris sa politique concernant la couverture de chaque catégorie principale de transactions prévues pour lesquelles il est fait usage de la comptabilité de couverture. Elles portent également sur l'exposition de la société aux risques de prix, de crédit, de liquidité et de trésorerie[230]. Les mêmes exigences sont requises pour la SARL[231], la société en commandite par actions[232] la société européenne[233], et aux SNC[234] et sociétés en commandite simple[235], dont l'ensemble des parts sociales sont détenues par des SA, des sociétés en commandite par actions ou des SARL[236], lorsque ces sociétés dépassent elles aussi certains seuils fixés par décret.

33. Droit d'interroger les dirigeants et accès aux documents sociaux. Outre le droit d'obtenir la comptabilité de la société, les associés ont également le droit d'obtenir des informations sur la gestion des dirigeants. Ils peuvent leur poser des questions écrites[237]. Les dispositions relatives à la SAS ne prévoient pas une telle possibilité. Néanmoins, l'article L. 227-1 du Code de commerce n'écarte pas l'usage de l'article L. 225-232. Donc, un ou plusieurs actionnaires représentant au moins 5 % du capital social peuvent, deux fois par exercice, poser par écrit des questions au président sur tout fait de nature à compromettre la

---

229 F.-G. TREBULLE, « L'information environnementale : quelle place en droit des sociétés », *Dr. sociétés* 2006, étude 14 - F.-G. TREBULLE, « Le développement de la prise en compte des préoccupations environnementales sociales et de gouvernance - A propos de L. n° 2008-757, 1er août 2008 », *Dr. sociétés* 2009, étude 1 – M. Teller, « Développement durable et comptabilité », *CDE* 2010, dossier 15 – V. MERCIER, « La loi Grenelle II étend le champ d'application de l'obligation de présenter un bilan social et environnemental - A propos de L. n° 2010-788, 12 juill. 2010, NOR DEVX0822225L », *Bull. Joly Sociétés* 2011, p. 69 - A. ROBERT, « Le rapport de gestion et l'environnement : obligations, contrôles et sanctions », *Environnement* mai 2012, étude 7

230 article L. 225-100 al. 3 à 6

231 article L. 223-26 al.6 du Code de commerce (procédant par renvoi)

232 article L. 226-1 al. 2 du Code de commerce (procédant par renvoi)

233 article L. 229-1 al. 2 du Code de commerce (procédant par renvoi)

234 article L. 221-7 du Code de commerce (procédant par renvoi)

235 article L. 222-2 du Code de commerce (procédant par renvoi)

236 article L. 221-7 al. 4 du Code de commerce

237 article 1855 du Code civil pour les sociétés civiles, L. 221-8 du Code de commerce pour la SNC, L. 222-2 (procédant par renvoi) et L. 222-7 pour la société en commandite simple, L. 223-26 pour la SARL, L. 225-108 pour la SA, L. 226-1 al. 2 pour la société en commandite par action et L 229-8 (procédant par renvoi) pour la société européenne

continuité de l'exploitation. A défaut de réponse satisfaisante, les associés de SA[238], SARL[239] ou SAS[240] peuvent obtenir la nomination d'un expert de gestion.

Les associés peuvent également consulter un certain nombre de documents que la société doit mettre à leur disposition. Il s'agit des livres comptables et plus largement de tous les documents sociaux[241]. Pour la SARL, la loi précise que ne sont concernés par ce droit de communication que les comptes annuels, l'inventaire, les rapports soumis aux assemblées et les procès-verbaux de ces assemblées, des trois derniers exercices[242]. Dans la SA, les actionnaires peuvent en outre obtenir communication du texte et de l'exposé des motifs des résolutions proposées, des renseignements sur les candidats à la nomination au conseil d'administration ou au conseil de surveillance, du montant des rémunérations versées aux personnes les mieux rémunérées, de la liste des versements ouvrant droit à réduction d'impôt (dons ou acquisition d'œuvre d'art…) et de la liste des conventions portant sur des opérations courantes conclues à des conditions normales des trois derniers exercices[243], ainsi que de la liste des actionnaires[244]. Les mêmes droits bénéficient aux associés commanditaires de sociétés en commandite par actions[245] et aux associés de sociétés européennes[246]. S'agissant de la SAS, la loi ne prévoit aucune obligation de transmission d'informations à destination des actionnaires[247]. Seuls les statuts peuvent donc prévoir un tel droit.

2 : Le droit de participer aux décisions collectives

En vertu de l'article 1844 alinéa 1er du Code civil, « *tout associé a le droit de participer aux décisions collectives* ». Messieurs Didier considèrent même que ce droit n'est rien d'autre que *l'affectio societatis* qui caractérise tout contrat de société[248]. Ce droit de participer à la vie sociale peut néanmoins faire l'objet d'une distinction. On peut y voir d'un côté le droit d'être présent lors de l'assemblée générale (a) et de l'autre, le droit de voter les décisions collectives (b).

---

238 article L. 225-231 du Code de commerce

239 article L. 223-37 du Code de commerce

240 article L. 227-1 al. 3 (procédant par renvoi) du Code de commerce

241 article 1855 du Code civil pour la société civile, L. 221-8 du Code de commerce pour la SNC, L. 222- 1 (procédant par renvoi) et L. 222-7 pour la société en commandite simple, L. 226-1 (opérant par renvoi) pour les associés commandités de société en commandite par actions

242 article L. 223-26 et R. 223-15, al. 1er du Code de commerce

243 article L. 225-117 du Code de commerce

244 article L. 225-116 du Code de commerce

245 article L. 226-1 al. 1er (procédant par renvoi) du Code de commerce

246 article L. 229-1 (procédant par renvoi) du Code de commerce.

247 *Mémento Lefebvre Sociétés commerciales* 2012, préc., spéc. n° 60540

248 P. ET PH DIDIER, *Droit commercial*, t. 2*, Les sociétés commerciales*, préc., spéc. n° 84 p. 77

a : La présence à l'assemblée générale

34. Droit d'assister aux décisions collectives. Les associés ont, en principe, le droit d'assister à l'assemblée générale. Ce droit s'applique à tous les types de société, y compris à la SAS[249]. L'absence de convocation d'un associé à l'assemblée générale est une cause de nullité de cette dernière même lorsque l'absence de l'associé n'a eu aucune incidence sur les résolutions adoptées[250]. La nullité encourue est une nullité absolue. La loi prévoit toutefois qu'à titre de sanction, un associé peut se voir privé de participer à l'assemblée générale lorsque le montant de l'apport n'a pas été libéré[251].

b : Le droit de vote à l'assemblée générale

35. Le droit fondamental de voter les décisions collectives. La question s'est posée de savoir si on pouvait distinguer le droit de vote du droit de participer à l'assemblée générale. Un arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation du 4 janvier 1994 a semé le doute[252]. Il dispose que « *si selon l'article 1844, alinéa 4 du Code civil, il peut être dérogé à l'alinéa 3 du même article qui est relatif au droit de vote, (...) aucune dérogation n'est prévue concernant le droit des associés et donc du nu-propriétaire de participer aux décisions collectives tel qu'il est prévu à l'alinéa 1er dudit article* ». Cela laisse entendre que le droit de vote d'un associé peut être supprimé dès lors que sa présence aux assemblées générales est garantie[253]. Une partie de la doctrine avait néanmoins interprété cet arrêt comme interdisant de priver totalement du droit de vote un associé[254]. La jurisprudence a néanmoins réitéré sa

---

249 *Mémento Lefebvre Sociétés commerciales* 2012, préc., spéc. n° 60623

250 Cass. 3e civ., 21 oct. 1998, n° 96-16537 : *Bull. civ.* 1998, n° 203 ; *JCP G.* II, 10015, note Y. GUYON ; *Bull. Joly Sociétés* 1999, p. 107, note L. GROSCLAUDE ; *Dr. sociétés* 1999, comm. 2, note T. BONNEAU : la Cour d'appel avait rejeté la demande d'annulation d'une délibération de l'assemblée générale d'une société au motif que « *le non-respect du formalisme prévu par les statuts pour la convocation des associés aux assemblées générales ne peut entraîner la nullité des décisions de celles-ci que si l'absence des associés a eu une incidence sur les décisions prises* ». La Cour de cassation casse l'arrêt. Elle rappelle au visa des article 1844 et 1844-10 du Code civil, que « *tout associé a le droit de participer aux décisions collectives* » et « *qu'en statuant ainsi, alors que tout associé peut se prévaloir de l'absence de convocation d'un associé à l'assemblée générale, la cour d'appel a violé les textes susvisés* »

251 article L. 228-29 du Code de commerce

252 Cass. com., 4 janv. 1994, n° 91-20256, *de Gaste* : *Bull. civ.* 1994, n° 10 ; *Dr. et patrimoine* juill. août 1994, p. 69, note BERTREL ; *JCP E* 1994, I, p. 363 note A. VIANDIER et J.-J. CAUSSAIN ; *JCP E* 1994, I, 374 note M. COZIAN ; *Dr. sociétés* mars 1994, comm. 45, note TH. BONNEAU ; *Defrénois* 1994, art. 35786, note P. LE CANNU - J.-J. DAIGRE, « Un arrêt de principe : le nu-propriétaire de droits sociaux ne peut être totalement privé de son droit de vote », *Bull. Joly Sociétés* 1994, p. 249 - P. BONDUELLE et B. TOLUB, « La répartition du droit de vote entre l'usufruitier et le nu-propriétaire », *Dr. et patrimoine* nov. 1994, p. 20 - A. GUENGANT, « L'attribution du droit de vote en cas de démembrement de la propriété d'actions et de parts sociales », *JCP E* 1994, Les Conseils Fidal, n° 12, p. 131

253 P. M., note sous Cass.com., 4 janv. 1994 : *Quot. jur.* 3 févr. 1994, p. 4

254 J.-J. DAIGRE, « Un arrêt de principe : Le nu-propriétaire de droit sociaux ne peut pas être totalement privé de son droit de vote », préc.

position[255]. Le nu-propriétaire peut être privé de son droit de vote dès lors qu'il n'est pas privé de son droit de participer aux affaires sociales, c'est-à-dire d'être convoqué à l'assemblée générale, de recevoir les informations préalables, voire d'exprimer un avis simplement consultatif[256], ou encore d'agir en justice par le biais de l'action *ut singuli*[257].

Néanmoins, les décisions de justice sont parfois contradictoires. La Cour de cassation a ainsi énoncé dans l'arrêt *SCA du Château d'Yquem,* en 1999, que « *tout associé a le droit de participer aux décisions collectives et de voter et (...) les statuts ne peuvent déroger à ces dispositions* »[258]. Le même attendu a été repris dans un arrêt de la chambre commerciale du 23 octobre 2007 au visa des articles 1844, alinéa 1er, du Code civil et L. 227-16 du Code de commerce : « *Attendu qu'il résulte du premier de ces textes que tout associé a le droit de participer aux décisions collectives et de voter et que les statuts ne peuvent déroger à ces dispositions que dans les cas prévus par la loi ; que si, aux termes du second, les statuts d'une société par actions simplifiée peuvent, dans les conditions qu'ils déterminent, prévoir qu'un associé peut être tenu de céder ses actions, ce texte n'autorise pas les statuts, lorsqu'ils subordonnent cette mesure à une décision collective des associés, à priver l'associé dont l'exclusion est proposée de son droit de participer à cette décision et de voter sur la proposition* »[259]. Il semble donc que la solution ne soit pas clairement tranchée. Selon Madame Le Fur, l'irréductibilité du droit de vote reposerait sur « *la conservation de la substance de l'action* ». Il est possible de restreindre le droit de vote de l'associé dès lors que ce dernier conserve le droit de s'opposer à la disparition de son titre[260]. Ce droit est fondamental et doit être respecté même en cas de conflit d'intérêts comme c'était le cas dans l'arrêt du 23 octobre 2007, quitte à se fonder sur l'abus de majorité pour sanctionner l'abus du

---

255 Cass. com., 22 févr. 2005, n° 03-17421 : préc. note 195 : « *les statuts peuvent déroger à la règle selon laquelle si une part est grevée d'un usufruit, le droit de vote appartient au nu-propriétaire, à condition qu'il ne soit pas dérogé au droit du nu-propriétaire de participer aux décisions collectives* » - Cass. 2e civ., 13 juillet 2005, n° 02-15904 : *Bull. civ*. 2005, n° 194 ; *D*. 2005, p. 2952, note J.-C. HALLOUIN et E. LAMAZEROLLES, et p. 3054, note T. CLAY

256 M. COZIAN, A. VIANDIER et F. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, préc., spéc. n° 324 p. 188

257 A.-V. LE FUR, « « Concilier l'inconciliable » : réflexion sur le droit de vote de l'actionnaire », *D*. 2008, p. 2015, spéc. p. 2018

258 Cass. com., 9 févr. 1999, n° 96-17661, *SCA du Château d'Yquem : Bull. civ.* 1999, n° 44 ; *JCP E* 1999, p. 724, note Y. GUYON *; Rev. sociétés* 1999, p. 81, note LE CANNU ; *Dr. sociétés* mai 1999, comm. 67, TH. BONNEAU ; *Bull. Joly Sociétés* 1999, p. 566, note J.-J. DAIGRE ; *RTD com*. 1999, p. 902, note Y. REINHARD ; *RJ com*. 1999, p. 273, note J.-PH. DOM

259 Cass. com., 23 oct. 2007, n° 06-16537 : *Bull. civ.* 2007, n° 225 ; *D*. 2007, p. 2726, note A. LIENHARD, et 2008, p. 47, note Y. PACLOT ; *Bull. Joly Sociétés* 2008, p. 101, note D. SCHMIDT ; *Rev. sociétés* 2007, p. 814, note P. LE CANNU ; *RTD com*. 2007, p. 791, note P. LE CANNU et B. DONDERO - J.-PH. DOM, « L'existence du droit de vote de l'associé, principe fondamental du droit des sociétés », *RJDA* 2008, p. 3 - J. PAILLUSSEAU, « La liberté contractuelle dans la SAS et le droit de vote », *D*. 2008, p. 1563

260 A.-V. LE FUR, « « Concilier l'inconciliable » : réflexion sur le droit de vote de l'actionnaire », préc., spéc. p. 2018

droit de vote[261]. Un tel abandon de son droit de vote par le nu-propriétaire n'intéresse pas, de toute façon, les relations entre associés mais celles entre ce dernier et l'usufruitier. Les droits de vote n'auront pas disparu mais seront exercés par un tiers auquel l'associé les aura volontairement confiées.

Un arrêt de la deuxième chambre civile du 2 décembre 2008[262] confirme ce dernier point. Dans une société civile, un associé a consenti une donation-partage avec réserve d'usufruit au profit de ses enfants. Les statuts prévoyaient que l'intégralité des droits de vote appartiendrait à l'usufruitier tandis que les nus-propriétaires devraient nécessairement être convoqués aux assemblées générales. Quelque temps plus tard, les associés votent la fusion-absorption de la société. L'un des nus-propriétaires entend faire annuler cette délibération en raison du caractère illicite de la clause de répartition des droits de vote. La Cour de cassation casse l'arrêt de la Cour d'appel ayant admis cette prétention au motif que « *les statuts peuvent déroger à la règle selon laquelle, si une part est grevée d'usufruit, le droit de vote appartient au nu-propriétaire, dès lors qu'ils ne dérogent pas au droit du nu-propriétaire de participer aux décisions collectives* ». Une telle solution est parfaitement justifiée. En effet, ce n'est pas tant la répartition des droits de vote au profit de l'usufruitier qui pose problème que l'usage qui en est fait[263]. Ce n'est pas parce que l'usufruitier d'un immeuble dispose du pouvoir de craquer une allumette et d'embraser le tout que le démembrement est illicite en soi. L'originalité de cet arrêt se trouve plutôt dans la sanction de l'éventuel abus de l'usufruitier. Ce dernier, s'il commet une faute dans le cadre de l'usufruit devra indemniser le nu-propriétaire.

En effet, le droit de jouissance de l'usufruitier est limité. L'article 578 du Code civil dispose que « *L'usufruit est le droit de jouir des choses dont un autre a la propriété, comme le propriétaire lui-même, mais à la charge d'en conserver la substance* ». L'article 618 du Code civil sanctionne l'abus de jouissance par la déchéance des droits de l'usufruitier. Ce dernier peut être également tenu de réparer les éventuelles détériorations subies par la chose ou sa perte totale[264]. Dans l'arrêt de 2008, en votant la fusion-absorption de la société, l'usufruitier

---

261 J.-PH. DOM, « L'existence du droit de vote de l'associé, principe fondamental du droit des sociétés », préc., spéc. n° 5 et 6 p. 4

262 Cass. 2e civ., 2 déc. 2008, n° 08-13185 : *Dr. sociétés* 2009, comm. 46, note M.-L. COQUELET ; *JCP E* 2009, 1450, note A. RABREAU *; D.* 2009, p. 12 note A. LIENHARD et p. 780, note B. DONDERO ; *Rev. sociétés* 2009, p. 83, note P. LE CANNU ; *Bull. Joly Sociétés* 2009, p. 116, note TH. REVET ; *RTD civ.* 2009, p. 137, note TH. REVET ; *RTD com.* 2009, p. 167, note M.-H. MONSERIE-BON

263 A. RABREAU, note sous Cass. 2e civ., 2 déc. 2008, n° 08-13185, préc. note 262

264 Cass. 3e civ., 26 juin 1991, n° 89-18242 : *Bull. civ.* 1991, n° 198 ; *D.* 1991, inf. rap. p. 208 ; *RTD civ.* 1993, p. 168, note ZENATI : « *l'usufruitier d'un immeuble, qui a la charge de le conserver et de le rendre, est comptable de la perte éprouvée par le nu-propriétaire si l'immeuble, objet de l'usufruit, a péri dans un incendie, sauf à lui, comme tout débiteur de corps certain, de justifier que la chose a péri par cas fortuit* »

avait bien porté atteinte à la substance de la chose, pourtant ce ne sont pas les solutions classiques du droit des biens que la Cour de cassation a appliquées. Elle a consacré l'action éventuelle du nu-propriétaire contre l'usufruitier mais sur le fondement de l'abus du droit de vote. Le nu-propriétaire ne pourra obtenir la nullité de la délibération portant atteinte à ses droits que s'il démontre que « *l'usufruitier aurait fait du droit de vote que lui attribuaient les statuts un usage contraire à l'intérêt de la société, dans le seul dessein de favoriser ses intérêts personnels au détriment de ceux des autres associés* ». Là encore, cette solution est justifiée. Le nu-propriétaire ne demandait pas seulement réparation de son préjudice à l'usufruitier mais la nullité de la délibération. Or cette dernière était parfaitement valable puisqu'elle respectait la répartition des droits de vote prévue par les statuts. Il ne restait plus qu'une solution : l'abus du droit de vote.

36. Les limitations du droit de vote de l'associé. Le droit de vote est donc un droit fondamental de l'associé et le moyen privilégié du contrôle de l'associé. La loi prévoit néanmoins que dans certains cas ce droit peut être limité[265]. Cette limitation peut intervenir à titre de sanction, par exemple en cas de non-libération des apports dans la société anonyme[266] ou de non-respect des prescriptions légales d'information en cas de dépassement de seuil[267].

Elle peut également venir prévenir un éventuel conflit d'intérêts[268]. Il en ainsi pour l'exclusion du vote de l'associé ou du bénéficiaire lors de l'approbation d'un apport en nature ou d'un avantage particulier[269], en cas de convention réglementée[270], pour les actions d'autocontrôle[271] ou encore de conversion d'actions en actions de préférence[272].

Enfin, la loi autorise la création d'actions de préférence dont le droit de vote peut être aménagé ou suspendu pour un délai déterminé ou déterminable, voire supprimé[273]. Mais si les titulaires d'actions de préférence peuvent se trouver privés du droit de participer à l'assemblée générale, ils doivent néanmoins se réunir en assemblée spéciale. Toute décision de l'assemblée générale emportant modification des droits des actionnaires de préférence ne sera définitive qu'après approbation de l'assemblée spéciale[274]. Ils conservent donc une sorte de droit de participation indirecte.

---

265 R. KADDOUCH, *Le droit de vote de l'associé*, thèse Aix-Marseille 2001, spéc. p. 446 et s.
266 article L. 228-29 du Code de commerce
267 article L. 233-14 du Code de commerce
268 R. KADDOUCH, *Le droit de vote de l'associé*, préc., spéc. p. 475 et s.
269 article L. 225-10 du Code de commerce
270 article L. 223-19 du Code de commerce pour la SARL, article L. 225-40 du Code de commerce pour la SA
271 article L. 233-31 du Code de commerce
272 article L. 228-15 du Code de commerce
273 article L. 228-11 du Code de commerce
274 article L. 225-99 du Code de commerce

On peut noter que si le droit de vote est un droit d'ordre public, l'associé peut très bien y renoncer dès lors qu'il est acquis. C'est très fréquent en pratique soit par le biais de l'abstention pure et simple soit par le jeu des votes blancs ou des bulletins nuls[275].

Enfin, dans les sociétés de personnes, le principe est que chaque associé dispose d'une voix à l'assemblée générale. Dans le silence de la loi, les statuts peuvent attribuer une voix à chaque part sociale[276]. Certains auteurs estiment même qu'il est possible de fixer librement le nombre de voix détenues par chaque associé, l'article 1845-1 du Code civil n'imposant que l'égalité de la valeur nominale de chaque part[277].

Dans les sociétés de capitaux, en principe chaque action ou part sociale confère une voix à son titulaire[278]. Il est néanmoins possible de modifier cette répartition dans la SA et la SAS. Dans cette dernière, la liberté statutaire permet toutes les fantaisies possibles : droits de vote multiples, droit de veto, limitation de la fraction des droits de vote, subordination à l'accord d'un tiers, suppression définitive ou temporaire, ou encore totalisation des droits de vote d'un associé utilisable pour une seule résolution[279]. Dans les SA, la loi autorise les statuts à limiter le nombre de voix détenues par actionnaire[280]. Il est également possible d'instaurer des actions à droit de vote double dans certaines conditions[281].

3 : Le droit d'agir en justice

37. L'action *ut singuli*. En principe, les dirigeants sont personnellement responsables de leur gestion envers la société[282]. Néanmoins, les dirigeants étant les représentants de la société, agissent également en son nom en justice. Pour éviter une paralysie de l'action sociale envers le dirigeant, la loi a prévu l'action *ut singuli*.

L'article 1843-5 du Code civil dispose qu'« *un ou plusieurs associés peuvent intenter l'action sociale en responsabilité contre les gérants. Les demandeurs sont habilités à poursuivre la réparation du préjudice subi par la société* »[283]. Les dommages et intérêts alloués seront dus à la société et non aux associés ayant engagé l'action. En effet, ces derniers

---

275 J.-PH. DOM, « L'existence du droit de vote de l'associé, principe fondamental du droit des sociétés », préc., spéc. n° 4 p. 3

276 M. COZIAN, A. VIANDIER et F. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, préc., spéc. n° 1253 p. 645, pour la société civile ; et n° 1197 p. 614, pour la SNC

277 *Mémento Lefebvre Sociétés civile* 2012, spéc. n° 9110

278 articles L. 223-28 du Code de commerce pour la SARL et L. 225-122 pour la SA

279 *Mémento Lefebvre Sociétés commerciales* 2012, préc., spéc. n° 60510

280 article L. 225-125 al. 1er du Code de commerce

281 article L. 225-123 du Code de commerce

282 articles 1850 du Code civil pour les sociétés civiles, L. 223-22 du Code de commerce pour la SARL et L. 225-251 pour la SA.

283 V. également les articles L. 223-22 du Code de commerce pour la SARL et L. 225-252 pour la SA

n'exercent pas une action individuelle mais l'action sociale qui en principe devrait être exercée par la société[284]. Elle trouve son fondement dans le pouvoir de contrôle-surveillance dévolu aux associés. En effet, « *c'est une véritable mission d'intérêt général que d'assurer un contrôle efficace de la gestion* [des dirigeants sociaux] » et « *l'action sociale exercée ut singuli est l'un des moyens de sanctionner des irrégularités lorsque les organes sont défaillants* »[285].

L'action *ut singuli* est ouverte aux associés de tous les types de société, quel que soit le nombre d'actions ou de parts détenu. Elle est néanmoins rarement mise en pratique du fait du coût de la procédure qui reste à la charge de l'associé alors que les dommages et intérêts reviennent à la société[286]. La loi tente pourtant d'assurer l'effectivité de l'action *ut singuli* en interdisant toute subordination de l'exercice de l'action à une autorisation de l'assemblée générale[287]. De même, est réputée non écrite toute clause emportant par avance renonciation à l'exercice de cette action[288]. Enfin, aucun quitus de l'assemblée générale ne peut avoir pour effet d'éteindre une action en responsabilité contre les dirigeants[289].

Le droit d'agir en justice à l'encontre d'un dirigeant pour la défense de l'intérêt social constitue bien un droit fondamental de l'associé. La loi protège tout particulièrement l'effectivité de ce droit même si en pratique il est rarement mis en œuvre. L'action *ut singuli* est universelle. Elle a vocation à s'appliquer dans toutes les formes de société, y compris dans la SAS, haut lieu de la liberté contractuelle en droit des sociétés[290].

38. L'expertise de gestion. L'expertise de gestion permet de renforcer le contrôle exercé par les associés. Elle leur permet de se faire assister par un contrôleur tiers doté d'une expertise dont eux-mêmes ne disposent pas. Elle est ouverte aux associés de sociétés par actions[291] et de SARL[292]. Elle est expressément exclue par la jurisprudence s'agissant des autres formes sociales[293]. Pour limiter les demandes abusives et le harcèlement des dirigeants,

---

284 G. CHESNE, « L'exercice « *Ut Singuli* » de l'action sociale dans la société anonyme », *RTD com.* 1962, p. 347, spéc. n° 5 p. 351 - E. JEULAND, *Essai sur la substitution de personne dans un rapport d'obligation*, LGDJ 1999, spéc. n° 38 p. 37

285 G. CHESNE, « L'exercice « *Ut Singuli* » de l'action sociale dans la société anonyme », préc. spéc. n° 18 p. 361

286 M. COZIAN, A. VIANDIER et F. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, préc., spéc. n° 287 p. 167

287 articles 1843-5 al. 2 du Code civil, L. 223-22 al. 4 du Code de commerce pour la SARL et L. 225-254 al. 1er pour la SA

288 articles 1843-5 al. 2 du Code civil, L. 223-22 al. 4 du Code de commerce pour la SARL et L. 225-254 al. 1er pour la SA

289 articles 1843-5 al. 3 du Code civil, L. 223-22 al. 5 du Code de commerce pour la SARL et L. 225-254 al. 2 pour la SA

290 *Mémento Lefebvre sociétés commerciales* 2012, préc., spéc. n° 60400

291 articles L. 225-231 du Code de commerce pour la SA et sur renvoi des L. 226-1 et L. 227-1 du Code de commerce pour la société en commandite par actions et la SAS

292 article L. 223-37 du Code de commerce

293 Cass. com., 30 nov. 2004, n° 01-16274 : *Bull. civ.* 2004, n° 212 ; *D.* 2005, p. 218, note A. LIENHARD ; *Bull. Joly Sociétés* 2005, p. 410, note B. SAINTOURENS ; *Rev. sociétés* 2005, p. 235, note I. URBAIN-PARLEANI ; *RTD com.* 2005, p. 117, note P. LE CANNU ; *RJDA* 2005, n° 995 : arrêt rendu suite à la demande formée par le comité d'établissement d'une caisse régionale de crédit agricole mutuel : « *Si la possibilité prévue par l'article 226 de la loi du 24 juillet 1966 devenu l'article L. 225-231 du Code de commerce, pour les comités d'entreprise de sociétés anonymes, de demander*

la loi pose une exigence de détention minimale d'une fraction du capital social pour ouvrir l'action. Elle doit être de 5 % dans les sociétés par actions[294] et de 10 % dans la SARL[295] mais peut résulter du regroupement de plusieurs associés[296]. La qualité d'associé doit s'apprécier au jour de la demande[297].

L'expertise ne peut porter que sur une ou plusieurs opérations de gestion[298]. Celles-ci doivent être déterminées, la jurisprudence excluant toute expertise portant sur l'ensemble de la gestion des dirigeants[299]. La jurisprudence se fonde sur un critère organique pour qualifier l'acte de gestion : ne sont des opérations de gestion que les décisions prises par les organes dirigeants de la société, à l'exclusion des organes de contrôle et de l'assemblée générale[300]. Ce critère reste néanmoins discuté pour certaines obligations complexes[301]. Le contrôle exercé par l'expert de gestion porte donc sur le contrôle-direction, et uniquement sur celui-ci, tout en se limitant à des opérations ponctuelles.

L'article L. 225-231 impose aux actionnaires de sociétés par actions une phase de questions-réponses préalable avant toute désignation d'un expert. L'associé doit donc nécessairement s'adresser par écrit au président du conseil d'administration ou au directoire, selon le cas, afin de l'interroger sur la ou les opérations de gestion déterminée. Ce n'est qu'à défaut de réponse ou en cas de réponse insatisfaisante des dirigeants que le juge procédera à la désignation d'un expert. Il revient au juge d'apprécier le caractère satisfaisant ou non des réponses apportées par le dirigeant[302] et même en l'absence de réponse, le respect de la phase

---

une expertise de gestion a été étendue par la loi aux sociétés à responsabilité limitée et désormais aux sociétés par actions simplifiées, l'arrêt énonce à bon droit que ces extensions n'ont pas concerné d'autres types de sociétés ou de personnes morales, quel que soit le caractère commercial ou non des activités de celles-ci »

294 article L. 225-231 al. 1er du Code de commerce

295 article L. 223-37 al. 1er du Code de commerce

296 articles L. 223-37 al. 1er et L. 225-231 al. 1er du Code de commerce

297 Cass. com., 6 déc. 2005, n° 04-10287 : *Bull. civ.* 2005, n° 245 ; *Bull. Joly Sociétés* 2006, p. 792, note L. GODON ; *D.* 2006, p. 67, note Y. LIENHARD ; *JCP G* 2006, I, 168 et *JCP E* 2006, 2035, note J.-J. CAUSSAIN, FL. DEBOISSY, G. WICKER ; *RTD com.* 2006, p. 141, note P. LE CANNU ; *Rev. sociétés* 2006, p. 570, note A. CERATI- GAUTHIER : « *l'existence du droit d'agir en justice s'apprécie à la date de la demande introductive d'instance et ne peut être remise en cause par l'effet de circonstances postérieures* »

298 articles L. 223-37 al. 1er et L. 225-231 al. 1er du Code de commerce

299 Cass. com., 21 oct. 1997, n° 95-17904 : *Bull. civ.* 1997, n° 282 ; *Rev. société* 1998, p. 82, note P. DIDIER ; *Bull. Joly Sociétés* 1998, p. 31, note P. LE CANNU ; *RTD com.* 1998, p. 171, note B. PETIT et Y. REINHARD ; *JCP E* 1997, 1316 : la Cour de cassation rejette le pourvoi formé contre un arrêt de Cour d'appel ayant procédé à la désignation d'un expert de gestion dès lors que « *la mission donnée au mandataire ad hoc portait sur deux opérations de gestion précisément identifiées et non sur l'ensemble de la gestion de la société* »

300 M. COZIAN, A. VIANDIER et F. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, préc., spéc. n° 420 p. 238

301 N. PROD'HOMME, « Promotion de lege lata, d'un organe de régulation : l'expert de gestion », *RTD com.* 2003 p. 639, spéc. n° 12 p. 643

302 Cass. com., 17 janv. 2006, n° 05-10167 : *Bull. civ.* 2006, n° 12 ; *RTD com.* 2006, p. 605, note C. CHAMPAUD et D. DANET ; *Bull. Joly Sociétés* 2006, p. 624, note L. GODON ; *Rev. sociétés* 2006, p. 570, note A. CERATI-GAUTHIER ; *RJDA* 2006, n° 547 ; *JCP E* 2006, 1981, note D. GIBIRILA : « *il appartient au juge saisi d'une demande d'expertise formée par un actionnaire invoquant le défaut de communication d'éléments de réponse satisfaisants aux questions écrites posées par lui, de rechercher si les éléments de réponse communiqués présentent ou non un caractère satisfaisant* »

de question préalable n'interdit pas au juge de contrôler le bien-fondé de la demande[303]. Le contrôle-surveillance exercé par les associés doit donc se révéler actif. Ils ne peuvent se contenter de le déléguer à un tiers expert. Avant toute demande d'assistance, ils doivent avoir recherché par eux-mêmes les réponses à leurs interrogations.

Enfin, quelle que soit la forme sociale, le juge a toujours le pouvoir d'apprécier le caractère sérieux de la demande. Le requérant doit donc démontrer que les opérations en cause font naître des présomptions graves d'irrégularité[304] ou un risque d'atteinte à l'intérêt social[305]. Il n'est toutefois pas tenu de prouver que ces irrégularités existent ou que les opérations portent réellement atteinte à l'intérêt social puisqu'il s'agit de l'objet même de l'expertise[306].

Lorsque le juge accède à la requête, il désigne un ou plusieurs experts de gestion et fixe l'étendue de leur mission[307]. L'expertise n'a pas pour objet la sanction des actes des dirigeants[308] mais uniquement l'information des associés, elle est donc totalement indépendante d'une éventuelle action en responsabilité[309].

L'expertise de gestion est donc un moyen subsidiaire pour les associés d'obtenir les informations retenues par les dirigeants sur l'exercice de son contrôle-direction[310]. Elle

---

303 Cass. com., 11 oct. 2005, n° 03-15448 : *Rev. société* 2006, p. 570, note A. CERATI-GAUTHIER ; *Bull. Joly Sociétés* 2006, p. 624, note L. GODON : « *s'il résulte de l'article L. 225-231 du Code de commerce, dans sa rédaction issue de la loi du 15 mai 2001, que les actionnaires ne peuvent saisir le juge des référés qu'après avoir posé par écrit au président du conseil d'administration ou du directoire des questions demeurées sans réponse ou sans réponse satisfaisante, le respect de cette procédure préalable n'a pas pour conséquence de priver le juge de son pouvoir d'apprécier le sérieux de la demande d'expertise qui lui est présentée* »

304 Cass. com., 22 mars 1988, n° 86-17040 : *Bull. civ.* 1988, n° 124 ; *Rev. sociétés* 1988, p. 227 : « *attendu qu'après avoir considéré à juste titre que la juridiction saisie d'une demande d'expertise de gestion n'est tenue de l'ordonner que si elle relève des présomptions d'irrégularités affectant une ou plusieurs opérations de gestion déterminées, la cour d'appel a fait ressortir le caractère à l'évidence peu sérieux des griefs présentés* » - V. également Cass. com., 8 janv. 1991 : *Bull. Joly Sociétés* 1991, p. 285 - Cass. com., 18 oct. 1994, n° 92-19159 : *Bull. civ.* 1994, n° 306 ; *RJDA* 1995, n° 168

305 Cass. com., 10 févr. 1998, n° 96-11988 : *Bull. civ.* 1998, n° 69 ; *Dr. sociétés* avr. 1998, p. 13, note D. VIDAL ; *JCP E* 1999, p. 771, note D. GIBIRILA ; *RD bancaire et bourse* 1998, p. 181, note M. GERMAIN et M.-A. FRISON-ROCHE ; *Bull. Joly Sociétés* 1998, p. 468, note M. MENJUCQ ; *RTD com.* 1998, p. 370, note B. PETIT et Y. REINHARD : « *en se prononçant par de tels motifs impropres à établir que l'acte de gestion concerné n'était pas susceptible de porter atteinte à l'intérêt social et, ainsi, de justifier la demande d'expertise, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision* »

306 Cass. com., 15 juill. 1987, n° 86-13644 : *Bull. civ.* 1987, n° 193 ; *Rev. sociétés* 1998, p. 75, note Y. REIHNARD : « *la recevabilité de l'action fondée sur l'article 226 de la loi du 24 juillet 1966 n'est pas subordonnée à la preuve que les organes sociaux aient méconnu l'intérêt de la société et détourné leurs pouvoirs de sa finalité puisque la mesure d'information et de contrôle organisée par ce texte tend justement à l'établissement de cette preuve* »

307 M. COZIAN, A. VIANDIER et F. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, préc., spéc. n° 421 p. 238

308 P. LE CANNU, « Eléments de réflexion sur la nature de l'expertise judiciaire de gestion », *Bull. Joly Sociétés* 1988, p. 553, spéc. n° 13 p. 559

309 Cass. com., 15 juill. 1987 : préc. note 306 : « *Mais attendu que la recevabilité de l'action fondée sur l'article 226 de la loi du 24 juillet 1966 n'est pas subordonnée à d'éventuelles actions en responsabilité contre les administrateurs ou en nullité des délibérations sociales ; que la cour d'appel a donc énoncé avec raison que la prescription de telles actions, à la supposer acquise en l'espèce, n'aurait pas pour effet de priver d'intérêt la demande d'expertise ; que le moyen n'est pas fondé* »

310 « L'expertise de minorité et l'expertise judicaire : deux armes à la disposition des associés minoritaires », *CDE* 2011, prat. 8

consacre un véritable « droit à l'information »[311] aux associés en leur permettant de passer outre l'éventuelle carence des organes dirigeants. Elle ne peut toutefois être mise en œuvre qu'après que les associés aient démontré le caractère actif de leur contrôle-surveillance et les difficultés qu'ils ont pu rencontrer pour obtenir directement les informations recherchées.

39. La désignation d'un mandataire *ad hoc* ou d'un administrateur provisoire. Enfin, les associés peuvent saisir le juge des référés pour obtenir la désignation d'un mandataire *ad hoc* ou d'un administrateur provisoire en cas de carence des organes sociaux[312]. Cette faculté leur permet de pallier l'éventuelle inertie des organes de direction de la société[313]. Les associés ne pourront donc pas s'immiscer dans la gestion sociale, autrement dit participer au contrôle-direction, sauf à obtenir la désignation d'un tiers chargé de cette mission.

B : L'EXERCICE DU CONTROLE PAR L'ASSOCIE

Chaque actionnaire détient individuellement le droit de participer à l'assemblée générale, d'y voter (sauf limitation légale ou statutaire) et d'agir en justice pour défendre l'intérêt social. Néanmoins, les sociétés fonctionnent sur le modèle de l'Etat. La souveraineté est exercée en principe par l'assemblée générale et celle-ci obéit à la loi de la majorité[314]. Il y a donc lieu de distinguer les pouvoirs de contrôle des associés minoritaires (1) de ceux des majoritaires (2). En effet, ces derniers détiennent en pratique les pouvoirs conférés à l'assemblée générale, organe de la société. Enfin, il s'agira d'étudier le fondement juridique de ce pouvoir de contrôle des associés (3).

1 : Les droits des associés minoritaires

Les pouvoirs des associés minoritaires au sein de l'assemblée générale varient suivant la forme de la société (a). Certains droits ne leur sont reconnus qu'à la condition qu'ils représentent une certaine fraction du capital (b). La loi permet parfois, dans ce cas, aux associés minoritaires de se regrouper afin de faire valoir certains droits qui ne sont pas reconnus aux associés individuellement.

---

311 Selon la formule de N. PROD'HOMME, « Promotion de lege lata, d'un organe de régulation : l'expert de gestion », *RTD com.* 2003 p. 639, spéc. n° 79 p. 663

312 C. LAPP, « La nomination judiciaire des administrateurs de sociétés », *RTD com.* 1952, p. 769, spéc. p. 776

313 Pour l'étude détaillée du rôle de l'administrateur provisoire et du mandataire *ad hoc*, V. *infra* n° 152 et s.

314 RIPERT, *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, LGDJ 1946, spéc. p. 91et p. 93

a : L'action des minoritaires au sein de l'assemblée générale

40. Le vote à l'unanimité. Dans les sociétés civiles et les SNC, les décisions doivent en principe être prises à l'unanimité sauf disposition statutaire contraire[315]. Dans les autres formes de sociétés, l'unanimité est parfois requise pour certaines décisions, par exemple pour changer la nationalité d'une SARL[316] ou pour augmenter les engagements des associés[317]. Dans ces différentes situations, il n'y a bien sûr pas lieu de distinguer selon que l'associé est minoritaire ou non. Les décisions requérant l'unanimité seront traitées en même temps que celles requérant la majorité.

41. La minorité de blocage. Dans tous les autres cas, les décisions sont donc prises à la majorité. Celle-ci peut varier selon la forme de la société ou l'importance de la décision à prendre. Les associés minoritaires disposent du droit à l'information préalable à toute décision reconnu à chacun mais ils ne peuvent s'opposer à la décision. Néanmoins, lorsque la décision requiert une majorité qualifiée ou l'unanimité, les associés minoritaires disposent d'un pouvoir particulier : celui de s'opposer à la décision[318]. Ils disposent librement de ce droit dans la limite de l'abus de minorité[319]. Celui-ci est constitué dès lors qu'un ou plusieurs associés minoritaires ont empêché une décision de l'assemblée générale dans l'unique volonté de satisfaire un intérêt personnel au détriment de celui des majoritaires et de l'intérêt social[320].

b : Le contrôle-surveillance des minoritaires

42. Les droits conférés aux associés disposant d'une fraction minimale du capital social. Certains droits sont conférés aux associés minoritaires, à condition qu'ils représentent une fraction minimum des droits sociaux. Cette restriction aux droits des associés s'explique

---

315 articles 1852 du Code civil pour la société civile et L. 221-6 du Code de commerce pour la SNC

316 article L. 223-30 du Code de commerce

317 article 1836 al. 2 du Code civil

318 D. SCHMIDT, *Les conflits d'intérêts dans les sociétés anonymes*, préc., spéc. n° 388 p. 380

319 *GAD aff.*, Dalloz 1995, n° 45 p. 496, « abus de majorité, abus de minorité », p. 496 - PH. MERLE, « L'abus de minorité », *RJ com*. n° spéc. nov. 1991 p. 81 - A. COURET, « Le harcèlement des majoritaires », *Bull. Joly Sociétés* 1996, p. 112 - Y. REINHARD, « L'abus de droit dans le contrat de société », *JCP E* 1999, p. 8 - D. SCHMIDT, *Les conflits d'intérêts dans la société anonyme*, préc., spéc. n° 390 et s., p. 381 et s. - A. CONSTANTIN, « La tyrannie des faibles. De l'abus de minorité en droit des sociétés », *in Mélanges en l'honneur de Yves Guyon - Aspects actuels du droit des affaires*, Dalloz 2004, p. 213

320 Cass. com., 15 juill. 1992, n° 90-17216 : *Bull. civ.* 1992, n° 279 ; D. 1993, p. 279, note H. LE DIASCORN ; *JCP E* 1992, II, 375, note Y. GUYON ; *JCP G* 1992, II, 21944, note J.-F. BARBIERI ; *Bull Joly Sociétés* 1992, p. 1083, note P. LE CANNU ; *Rev. sociétés* 1993, p. 400, note PH. MERLE ; *RTD com*. 1993, p. 112, note Y. REINHARD ; *RJDA* 1992, n° 826 : la Cour de cassation casse l'arrêt d'une Cour d'appel, ayant admis l'existence d'un abus de minorité, au motif « *qu'en se déterminant par de tels motifs, impropres à établir en quoi l'attitude de Mme Y... avait été contraire à l'intérêt général de la société, en ce que Mme Y... aurait interdit la réalisation d'une opération essentielle pour celle-ci, et dans l'unique dessein de favoriser ses propres intérêts au détriment de l'ensemble des autres associés, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision* »

uniquement par le souci de limiter les actions judiciaires inutiles, voire malveillantes[321]. Dans les sociétés cotées, la loi reconnaît même aux associés minoritaires le droit de se regrouper en association pour représenter leur intérêt au sein de la société et exercer leurs droits[322].

Ainsi, certaines formes de sociétés requièrent que les associés représentent une fraction minimale du capital social pour obtenir la convocation d'une assemblée générale[323], requérir l'inscription d'une résolution à l'ordre du jour[324] ou pour demander la désignation d'un commissaire aux comptes[325] ou obtenir sa récusation[326] ou sa révocation en justice[327]. Il en est ainsi également pour l'obtention d'informations sur tout fait de nature à compromettre la continuité de l'exploitation[328] ou pour demander en justice la désignation d'un expert de gestion[329].

43. Le contrôle par les associés minoritaires, garantie de l'intérêt commun. Si tous les associés disposent d'un pouvoir de surveillance de la société, les associés minoritaires se voient reconnaitre une fonction de contrôle particulière et très importante au sein de la société. Ils sont en effet les garants du respect de l'intérêt commun des associés dont le principe figure à l'article 1833 du Code civil. En effet, ils disposent, seuls ou après s'être regroupés, de prérogative leur permettant d'assurer le respect de leur intérêt propre[330]. Ainsi, « *les minoritaires sont des acteurs légitimes de la* corporate governance *lorsqu'ils contrôlent le respect de cette finalité du gouvernement de la société. Le minoritaire joue un rôle d'agent de la légalité.* […] *Il occupe une fonction d'organe social subsidiaire de contrôle* »[331]. Leur pouvoir de contrôle constitue un contre-pouvoir susceptible de limiter les tentations hégémoniques des majoritaires.

---

321 PH. MERLE, *Droit commercial, Sociétés commerciales*, préc., spéc. n° 523 p. 630

322 article L. 225-120 du Code de commerce – V. également sur l'ensemble de la question : « Les associations d'actionnaires », *Bull. Joly Bourse*, n° spéc. avril 1994 - « Les associations d'actionnaires et d'investisseurs », *Rev. sociétés* n° spéc. 1995 p. 205 - V. CANU et B. DE SAINT MARS, « les associations d'actionnaires, élément du gouvernement d'entreprise ? », *RD bancaire et fin.* 2000, p. 46

323 articles L. 222-5 du Code de commerce pour la SCS, L. 223-27 pour la SARL et L. 225-103 II 2° pour la SA

324 article L. 225-105 du Code de commerce pour la SA

325 article L. 223-35 du Code de commerce pour la SARL

326 articles L. 823-6 et L. 225-230 du Code de commerce pour la SA

327 articles L. 823-7 et L. 225-233 du Code de commerce pour la SA

328 article L. 225-232 du Code de commerce pour la SA

329 articles L. 223-37 du Code de commerce pour la SARL et L. 225-231 pour la SA

330 Sur la distinction entre intérêt propre des associés, intérêt commun et intérêt social, V. *infra* n° 113 et s.

331 D. SCHMIDT, « Les actionnaires minoritaires, un combat légitime ? », *CDE* 2005, étude 31, spéc. p. 60

2 : Les droits des associés majoritaires, les pouvoirs de l'assemblée générale

Les pouvoirs des associés majoritaires s'expriment au travers des prérogatives de l'assemblée générale (c). En effet, au sein de cet organe de la société, les décisions sont prises à la majorité (a). En outre, le droit positif prend en compte l'accès à la majorité au sein de l'organe collégial de la société et lui fait produire certains effets juridiques (b).

a : Le principe majoritaire

44. **Notion**. La prise de décision au sein de l'assemblée générale repose sur le principe de majorité[332]. Il est nécessaire qu'un certain nombre de voix favorables à la résolution s'exprime pour que celle-ci soit adoptée. Le calcul arithmétique de cette majorité diffère selon la forme sociale et l'importance de la décision à prendre. Ainsi, dans les sociétés civiles et les SNC, toutes les décisions doivent être prises à l'unanimité sauf disposition statutaire spécifique[333]. Dans les SARL et les SA, les décisions ordinaires exigent la majorité simple des droits de vote[334] tandis que les décisions extraordinaires, telle la modification des statuts, exigent une majorité qualifiée voire l'unanimité[335]. Enfin, la législation relative à la SAS est beaucoup plus libérale en autorisant les statuts à fixer eux-mêmes les règles de majorité[336].

Le principe majoritaire n'implique pas nécessairement l'expression de la majorité du total des voix. En effet, il est possible de contrôler l'assemblée générale sans pour autant détenir la majorité des droits de vote dès lors qu'une grande partie des associés se désintéresse de la vie sociale[337]. L'abstention[338], la pratique des « mandats en blanc »[339], l'action de concert et les pactes d'actionnaires[340] peuvent ainsi permettre à une minorité d'associés de prendre le pouvoir au sein de l'assemblée générale dès lors que n'est pas exigée la majorité des droits de vote disponible.

---

332 Sur cette notion V. C. RUELLAN, *La loi de la majorité dans les sociétés commerciales*, thèse Paris II, 1997

333 articles 1852 du Code civil pour la société civile et L. 221-6 du Code de commerce pour la SNC

334 articles L. 223-29 du Code de commerce pour la SARL et L. 225-98 du Code de commerce pour la SA

335 articles L. 223-30 du Code de commerce pour la SARL et L. 225-96 du Code de commerce pour la SA

336 article L. 227-1 du Code de commerce

337 CL. CHAMPAUD, *Le pouvoir de concentration de la société par actions*, préc., spéc. n° 118, p. 115

338 CL. CHAMPAUD, *Le pouvoir de concentration de la société par actions*, préc., spéc. n° 32 et s. p. 34 et s.

339 G. RIPERT et R. ROBLOT, par M. GERMAIN et V. MAGNIER, *Traité de droit de affaires*, t. 2, *Les sociétés commerciales*, préc., spéc., n° 1561 p. 390

340 D. SCHMIDT, « Contrôle et action de concert : évolution », *JCP E* 2002, 72 - J.-PH. DOM, « Les dimensions du groupe de sociétés après les réformes de l'année 2001 », *Rev. sociétés* 2002, p. 1

b : La prise en compte du contrôle majoritaire par le droit positif

45. Le contrôle majoritaire saisi par la loi. L'accession au pouvoir majoritaire au sein de l'assemblée générale fait l'objet de dispositions spéciales au sein du Code de commerce. C'est tout d'abord le cas en matière de groupe de sociétés. Selon l'article L. 233-3 du Code de commerce, une société « *est considérée comme en contrôlant une autre* » lorsqu'elle détient directement ou indirectement une fraction du capital lui conférant la majorité des droits de vote dans les assemblées générales de cette société, ou 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, ou encore lorsqu'elle détermine en fait, par les droits de vote dont elle dispose, les décisions dans les assemblées générales de cette société, ou enfin lorsqu'elle est associée ou actionnaire de cette société et dispose du pouvoir de nommer ou de révoquer la majorité des membres des organes d'administration, de direction ou de surveillance de cette société. De même, elle est présumée exercer ce contrôle lorsqu'elle dispose directement ou indirectement, d'une fraction des droits de vote supérieure à 40 % et qu'aucun autre associé ou actionnaire ne détient directement ou indirectement une fraction supérieure à la sienne. Enfin, deux ou plusieurs personnes agissant de concert[341] sont considérées comme en contrôlant conjointement une autre lorsqu'elles déterminent en fait les décisions prises en assemblée générale[342]. Cet article permettant de définir le groupe de sociétés sert de référence pour l'application d'un certain nombre de dispositions relatives, entre autres, aux conventions réglementées, à l'expertise de gestion et à l'information des associés[343]. Cette notion de contrôle a également été consacrée en droit des assurances[344], en droit bancaire[345], en droit fiscal[346], en droit du travail[347], en droit de l'internet[348], en droit

---

341 article L. 233-10 du Code de commerce : « *sont considérées comme agissant de concert les personnes qui ont conclu un accord en vue d'acquérir ou de céder des droits de vote ou en vue d'exercer les droits de vote, pour mettre en ouvre une politique vis-à-vis de la société* »

342 R. KADDOUCH, *Le droit de vote de l'associé*, préc., spéc. p. 521 et s.

343 J.-PH. DOM, « Les dimensions du groupe de sociétés après les réformes de l'année 2001 », préc., spéc. n° 8 p. 7

344 article L. 322-4-1 al. 1er du Code des assurances : « *L'Autorité de contrôle prudentiel informe la Commission européenne et les autorités compétentes mentionnées au 11° de l'article L. 334-2 de toute prise de participation susceptible de conférer le contrôle d'une entreprise mentionnée au 1° de l'article L. 310-2 ou au 1° du III de l'article L. 310-1-1 à une entreprise dont le siège social est situé dans un Etat non partie à l'accord sur l'Espace économique européen. Le contrôle s'entend au sens des articles L. 233-3 et L. 233-16 du Code de commerce* »

345 article L. 612-26 du Code monétaire et financier : à propos de l'ACP « *Le secrétaire général de l'Autorité de contrôle prudentiel peut décider d'étendre le contrôle sur place d'une personne soumise à son contrôle : 2° Aux personnes morales qui la contrôlent directement ou indirectement au sens de l'article L. 233-3 du Code de commerce* »

346 article 223 B al. 7 du Code général des impôts : « *Lorsqu'une société a acheté les titres d'une autre société qui est ou qui devient membre du même groupe ou les titres d'une société intermédiaire aux personnes qui la contrôlent, directement ou indirectement, ou à des sociétés que ces personnes contrôlent, directement ou indirectement, au sens de l'article L. 233-3 du Code de commerce, les charges financières déduites pour la détermination du résultat d'ensemble sont rapportées à ce résultat pour une fraction égale au rapport du prix d'acquisition de ces titres, limité, le cas échéant, à la valeur vénale des titres des sociétés du groupe directement ou indirectement détenues par la société intermédiaire acquise, à la somme du montant moyen des dettes, de chaque exercice, des entreprises membres du groupe* »

rural[349], en droit de la santé publique[350], en droit de la sécurité sociale[351] ou encore en droit des transports[352]. Dans tous ces domaines, la loi consacre donc l'accession à la majorité des droits de vote comme le « contrôle » de la société[353].

46. Le transfert du contrôle majoritaire. La cession de parts sociales ou actions transférant le contrôle majoritaire au sein de la société fait aussi l'objet de dispositions spécifiques. En premier lieu, un rapport doit être présenté à l'assemblée générale lors du dépassement de certains seuils de participation au capital social d'une SA[354]. Lorsque celle-ci est cotée sur un marché réglementé, le franchissement de ces seuils doit être porté à la connaissance de l'AMF et publié[355]. Il s'agit en effet d'informer le marché de la composition de l'actionnariat et de l'éventuelle prise de contrôle rampante par un associé[356]. Cette obligation est sanctionnée pénalement[357] et par la privation de l'exercice de son droit de vote par l'associé fautif pour la fraction excédant le seuil de déclaration[358]. Elle peut également

---

347 article L. 2331-1 I du Code du travail : « *Un comité de groupe est constitué au sein du groupe formé par une entreprise appelée entreprise dominante, dont le siège social est situé sur le territoire français, et les entreprises qu'elle contrôle dans les conditions définies à l'article L. 233-1, aux I et II de l'article L. 233-3 et à l'article L. 233-16 du Code de commerce* »

348 article R. 20-44-39 al. 2 du Code des postes et des communications électroniques : à propos des organismes chargés d'attribuer et de gérer les noms de domaine « *Les offices, ainsi que les sociétés qu'ils contrôlent au sens de l'article L. 233-3 du Code de commerce, ne peuvent, pendant toute la durée de la mission qui leur est confiée, exercer l'activité de bureau d'enregistrement de noms de domaine pour la gestion et l'attribution desquels ils ont été désignés* »

349 article L. 529-3 du Code rural et de la pêche maritime : « *Est puni de la peine prévue à l'article L. 529-2 le directeur d'une société coopérative agricole ou d'une union de coopératives agricoles : 1° Qui participe directement ou indirectement, de façon habituelle ou occasionnelle, à une activité concurrente de celle de la société qu'il dirige ou des unions auxquelles celle-ci est adhérente, lorsque ladite activité est réalisée par une entreprise qui n'est pas contrôlée au sens des dispositions de l'article L. 233-3 du Code de commerce, par la coopérative agricole ou l'union qu'il dirige* »

350 article L. 5124-14 al. 8 du Code de la santé publique : « *L'Etablissement français du sang ne peut pas détenir de participation directe ou indirecte dans la société anonyme "Laboratoire français du fractionnement et des biotechnologies" et dans les sociétés contrôlées par celle-ci, au sens de l'article L. 233-3 du Code de commerce* »

351 article L. 243-7-3 du Code de la sécurité sociale : « *Si l'employeur appartient à un ensemble de personnes entre lesquelles un lien de dépendance ou de contrôle existe, au sens des articles L. 233-1 et L. 233-3 du Code de commerce, en cas de constatation d'une infraction de travail dissimulé par procès-verbal établi à son encontre, la société mère ou la société holding de cet ensemble sont tenues subsidiairement et solidairement au paiement des contributions et cotisations sociales ainsi que des majorations et pénalités dues à la suite de ce constat* »

352 article R. 102-8 du Code des ports maritimes : « *Aucune convention ne peut, sans l'autorisation du conseil de surveillance, être conclue directement ou par personne interposée entre le grand port maritime et un membre de ce conseil ou du directoire ou d'une société ou organisme que ce membre contrôle au sens de l'article L. 233-3 du Code de commerce, ou dont il est actionnaire disposant d'une fraction de vote supérieure à 5 %, ou dont il est responsable, gérant, administrateur, ou, de façon générale, dirigeant* »

353 Sur cette notion de contrôle majoritaire, V. *infra* n° 99 et s.

354 articles L. 233-6 et L. 233-7 du Code de commerce – S. NAWATRAKULPISUT, *Contrôle de droit, contrôle de fait*, préc., spéc. p. 188 et s. - R. KADDOUCH, *Le droit de vote de l'associé*, préc., spéc. p. 581 et s. – L'ordonnance n° 2009-105 du 30 janvier 2009 a étendu l'obligation de déclaration de franchissement de seuil à certains instruments financiers dérivés permettant l'accès indirect au capital : A. VIANDIER, « La réforme des franchissements de seuils et des déclarations d'intention par l'ordonnance n° 2009-105 du 30 janvier 2009 », *JCP E* 2009, 1248

355 article L. 233-7 II du Code de commerce – S. NAWATRAKULPISUT, *Contrôle de droit, contrôle de fait*, préc., spéc. p. 187 et s.

356 TH. BONNEAU et F. DRUMMOND, *Droit des marchés financiers*, Economica 3ème éd. 2010, spéc. n° 467 p. 667

357 article L. 247-2 al. 1er du Code de commerce – TGI Paris 11ème ch., 30 juin 1992 : *LPA* 4 nov. 1992, p. 17, note C. DUCOULOUX-FAVARD

358 article L. 233-14 al. 1er du Code de commerce

entraîner une sanction de la part de l'AMF si elle « *porte atteinte à la protection des investisseurs et au bon fonctionnement des marchés* »[359].

Le législateur a également dû intervenir en matière de cession de contrôle[360]. En effet, l'accession à la majorité des droits de vote permet d'accéder au pouvoir au sein de l'assemblée générale. Ceci entraine une valorisation des titres de contrôle au détriment des droits sociaux des associés minoritaires[361]. On parle de prime de contrôle[362]. Cette rupture d'égalité entre associés justifie l'obligation de procéder à une offre publique d'achat ou d'échange dès lors qu'un associé vise à acquérir plus du tiers des actions d'une société cotée sur un marché réglementé[363]. Cette procédure permet à tous les actionnaires de vendre leurs actions au même prix même lorsque le seuil de la prise de contrôle est dépassé[364]. On peut néanmoins relever que cette procédure n'existe que dans les sociétés cotées et que la prise en compte de la prime de contrôle dans les autres formes de sociétés est d'origine jurisprudentielle. Elle a d'abord été consacrée par le Conseil constitutionnel qui, dans sa décision relative à la Loi de privatisation de la chaine télévisée TF1, a énoncé que « *le prix d'acquisition d'un ensemble d'actions donnant à un groupe d'acquéreurs le contrôle de la société* [doit être] *fixé en fonction de cet avantage spécifique* »[365]. A l'inverse, la chambre commerciale de la Cour de cassation a eu l'occasion de prendre en compte la perte de valeur des droits sociaux liée à la perte de pouvoir dans la société. Une société de capital-risque était détenue par plusieurs associés dans la limite de 10 % des droits de vote chacun, en vertu des statuts. Suite au départ de certains actionnaires, l'assemblée générale extraordinaire a voté la suppression de cette limite statutaire. L'un des associés a ainsi vu sa participation portée à 52,09 % du capital. Les autres associés, minoritaires, ont alors demandé réparation. La Cour d'appel a rejeté leur demande au motif notamment qu'il n'était pas établi que la prise de contrôle avait eu pour conséquence une baisse de la valeur des actions de la société. La Cour de cassation casse cet arrêt au motif que la Cour d'appel n'avait pas légalement justifié sa décision « *en se déterminant ainsi, sans rechercher si, s'agissant d'une société constituée par*

---

359 TH. BONNEAU et F. DRUMMOND, *Droit des marchés financiers*, préc., spéc. n° 471 p. 671 - article L. 621-15 du Code monétaire et financier

360 R. KADDOUCH, *Le droit de vote de l'associé*, préc., spéc. p. 549 et s.

361 J. HONORAT, « La prime de contrôle ou quand deux et deux ne font plus quatre », *in Mélanges en l'honneur de Christian Gavalda : propos impertinents de droit des affaires*, Dalloz 2001, spéc. p.147 - R. KADDOUCH, *Le droit de vote de l'associé*, préc., spéc. p. 610 et s.

362 M. NUSSENBAUM, « Prime de contrôle, décote de minorité et d'illiquidité », *RJ com*. n° spéc. nov. 1998, p.15

363 article 234-2 du règlement général de l'AMF – J. HONORAT, « La prime de contrôle ou quand deux et deux ne font plus quatre », préc., spéc. n° 7 p. 151 - R. KADDOUCH, *Le droit de vote de l'associé*, préc., spéc. p. 597 et s.

364 M. COZIAN, A. VIANDIER et F. DEBOISSY, *droit des sociétés*, préc., spéc. n° 1490 p. 765

365 Cons. const., déc. 18 sept. 1986, n° 86-217 DC : *Rec. Cons. const.* 1986, p. 141 ; *Rev. sociétés* 1986, p. 607, note Y. GUYON

des établissements financiers, des caisses de retraite et des chambres de commerce aux fins de favoriser, par des prises de participations, l'expansion d'entreprises de la région parisienne, selon une politique indépendante d'intérêt privé dominant et de tutelle, la perte d'un équilibre entre les différents actionnaires au profit d'un contrôle exclusivement exercé par l'IDI n'était pas en elle-même, pour les actionnaires ayant décidé de rester dans la société, génératrice d'un préjudice distinct de la valeur des actions et résultant de la perte d'influence dans la gestion et la politique de la société »[366]. La jurisprudence a consacré la valeur patrimoniale du contrôle majoritaire dans les autres formes sociales que les SA cotées mais, jusqu'à présent, ne semble pas en avoir tiré toutes les conséquences en matière de cession de droits sociaux. Les associés de sociétés non cotées ne peuvent donc rétablir contractuellement l'égalité que par le biais de pactes extrastatutaires[367].

La reconnaissance de l'importance du contrôle majoritaire de l'associé par le droit positif tend à faire penser que ce contrôle confère un pouvoir très important au sein de la société or la réalité est toute autre comme le montre l'étude des pouvoirs légaux attribués à la collectivité des associés.

c : Les pouvoirs légaux de contrôle par l'assemblée générale

47. Définition générale. Les pouvoirs de contrôle par l'assemblée générale ne font l'objet d'une définition générale que pour les sociétés civiles et les SNC. Dans ces deux formes sociales, l'assemblée est compétente pour prendre toutes les décisions qui excèdent les pouvoirs du gérant[368]. Les attributions légales de l'assemblée générale sont donc définies par opposition à celles du dirigeant or ce dernier peut accomplir tous les actes de gestion que demande l'intérêt de la société[369], dans la limite de l'objet social[370]. Les clauses statutaires venant limiter son pouvoir sont inopposables aux tiers[371], même de mauvaise foi[372]. Par définition, l'assemblée générale se trouve interdite de toute immixtion dans l'exercice du contrôle-direction qui reste une prérogative exclusive du dirigeant.

---

366 Cass. com., 13 févr. 1996, n° 93-19654 : *Bull. civ*. 1996, n° 50, p.38

367 S. PRAT, *Les pactes d'actionnaires relatifs au transfert de valeurs mobilières*, Litec 1992 - G. PARLEANI, « Les pactes d'actionnaires », *Rev. sociétés* 1991, p. 8 – B. PEILLON, « Les pactes visant à prendre et/ou à conserver le pouvoir dans les sociétés non cotées », *CDE* 1992, n° 1, p. 5 et 11 - LE NABASQUE, DUNNAUD et ELSEN, « Les clauses de sortie dans les pactes d'actionnaires », *Dr. sociétés* 1992, prat. 5

368 articles 1852 du Code civil et L. 221-6 du Code de commerce

369 articles 1848 du Code civil et L. 221-4 du Code de commerce

370 articles 1849 du Code civil et L. 221-5 du Code de commerce

371 articles 1849 du Code civil et L. 221-5 du Code de commerce

372 Cass. 3e civ., 24 janv. 2001 : préc. note 86 : « *les clauses statutaires limitant les pouvoirs des gérants sont inopposables aux tiers, sans qu'il importe qu'ils en aient eu connaissance ou non* »

48. Attributions spéciales. Même lorsque la loi ne donne pas une définition générale de la compétence de l'assemblée générale, un certain nombre de dispositions en précise néanmoins les attributions. Ainsi, selon la forme sociale, l'assemblée générale va intervenir pour contrôler le cadre de l'intervention des dirigeants par exemple en complétant ou modifiant les statuts, en prononçant la dissolution de la société, en décidant de l'affectation du résultat ou en donnant son agrément à l'entrée d'un nouvel associé lorsque celui-ci est requis.

L'assemblée générale dispose également de compétences particulières en matière de contrôle-surveillance, directe ou indirecte, et de sanction des dirigeants. Il en est ainsi lorsqu'elle nomme ou révoque les dirigeants et les organes de contrôles, lorsqu'elle désigne les commissaires aux comptes, approuve les comptes sociaux ou les modifie, lorsqu'elle autorise l'émission d'obligations ou encore approuve les conventions réglementées. L'assemblée générale ne détient donc qu'un pouvoir indirect sur la gestion sociale : en choisissant des dirigeants et en les sanctionnant[373].

3 : Le fondement juridique du contrôle des associés

On peut s'interroger sur le fondement du pouvoir de l'associé. En effet, l'étendue des prérogatives de ce dernier dépend de la nature du lien entre son pouvoir et sa qualité. Deux fondements peuvent expliquer les prérogatives de l'associé. Nous verrons qu'il est inadéquat de fonder ce pouvoir sur un droit de propriété (a) et que le lien entre la société et l'associé est d'origine contractuelle (b).

a : Le droit de propriété, fondement inadéquat du pouvoir de l'associé

49. La propriété du titre. Le premier fondement justifiant le pouvoir de l'associé pourrait reposer sur le droit de propriété de l'associé. Il est incontestable que les valeurs mobilières sont objets de propriété[374]. Le Conseil constitutionnel, dans sa décision du 16 janvier 1982, portant sur la Loi de nationalisation a consacré ce droit de propriété sur les actions[375]. En effet, il fonde le contrôle du respect des droits des actionnaires sur les articles 2 et 17 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, rappelant ainsi que « *La propriété étant un droit inviolable et sacré, nul ne peut en être privé si ce n'est lorsque la nécessité publique,*

---

373 V. *infra* n° 75 et s.

374 F.-G. TREBULLE, *L'émission de valeurs mobilières*, Economica 2002, spéc. p. 475 et s.

375 Cons. const., déc. 16 janv. 1982, n° 81-132 DC : *D.* 1983, jur. p. 163, note L. HAMON ; *JCP G* 1982, II, 19788, note N. QUOC VINH et C. FRANCK ; *Gaz. Pal.* 1982, 1, 67, note A. PIEDELIEVRE et J. DUPICHOT ; *Rev. sociétés* 1982, p. 132, note J. G.

légalement constatée, l'exige évidemment et sous la condition d'une juste et préalable indemnité »[376].

La Cour européenne des droits de l'Homme a également consacré la notion de propriété du titre reconnaissant la qualité d'associé[377]. Elle a fondé sa décision sur l'article 1er du protocole n°1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme pour contrôler une indemnisation accordée en contrepartie de l'expropriation d'actions. Cet article dispose en son alinéa 1er : « *Toute personne physique ou morale a droit au respect de ses biens. Nul ne peut être privé de sa propriété que pour cause d'utilité publique et dans les conditions prévues par la loi et les principes généraux du droit international* ».

Ces deux décisions portent sur la propriété d'actions. On peut néanmoins étendre le raisonnement à toutes les valeurs mobilières et à tous les droits d'associé[378].

50. Pouvoirs de l'associé et démembrement des droits sociaux. Les pouvoirs de l'associé pourraient trouver leur fondement dans ce droit de propriété. A l'appui de cette thèse, on peut évoquer le démembrement de droits sociaux. Sans entrer dans le débat sur l'attribution ou non de la qualité d'associé à l'usufruitier de parts sociales ou actions[379], il est intéressant de voir comment se répartissent les droits entre ce dernier et le nu-propriétaire.

Traditionnellement, le droit de propriété confère à son titulaire l'*usus*, le *fructus* et l'*abusus*[380]. Cette propriété peut faire l'objet d'un démembrement au profit d'un usufruitier. L'usufruit est défini par le Code civil comme « *le droit de jouir des choses dont un autre a la propriété, comme le propriétaire lui-même, mais à la charge d'en conserver la substance* »[381].

---

376 Certains auteurs soutenaient jusque là que l'article 17 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen ne s'appliquait pas aux formes de propriété inconnues en 1789, V. par ex. F. LUCHAIRE, « La Constitution et l'indemnisation des biens nationalisés », *Le Monde*, 20-21 sept. 1981

377 CEDH, 8 juill. 1986, n° 9006/80, 9262/81, 9263/81, 9265/81, 9266/81, 9313/81 et 9405/81, *Lithgow et autres c/ Royaume-Uni* : *JCP E* 1987, II, 14894, note M. JEANTET

378 V. ALLEGAERT, « De la propriété des valeurs mobilières », *Bull. Joly Sociétés* 2005, p. 339, spéc. n° 11

379 V. en faveur de cette reconnaissance : J. DERRUPPE, « Un associé méconnu : l'usufruitier de parts ou actions », *Defrénois* 1994, art. 35894, spéc. n° 5 et s., p. 1139 et s. - M. COZIAN, « Du nu-propriétaire ou de l'usufruitier qui a la qualité d'associé », *JCP E* 1994, I, 374 - C. REGNAUT-MOUTIER, « Vers la reconnaissance de la qualité d'associé à l'usufruitier de droits sociaux », préc. - Y. PACLOT, « Remarques sur le démembrement des droits sociaux », *JCP E* 1997, I, 674 - Y. REINHARD, « Le holding familial », *Defrénois* 2001, art. 37313, spéc. p. 297 - F. DEBOISSY et G. WICKER, « Le droit de vote est une prérogative essentielle de l'usufruitier de titres sociaux (à propos de l'arrêt rendu par la chambre commerciale de la Cour de cassation le 31 mars 2004) », *JCP E* 2004, 1290 - F.-X. LUCAS, « Refus de la qualité d'associé à l'usufruitier de part sociales », *Dr. sociétés* 2007, comm. 25 - P. LE CANNU, « Sociétés : l'associé qui cède la nue-propriété de ses parts perd-il la qualité d'associé ? », *Defrénois* 2007, p. 676– *Contra* : A. VIANDIER, *La notion d'associé*, thèse préc., n° 278 s. - A. GUENGANT, « L'attribution du droit de vote en cas de démembrement de la propriété d'actions et de parts sociales », préc. - TH. BONNEAU, note sous Cass. com., 4 janv. 1994 : *Dr. sociétés* 1994, comm. 45 - *Mémento Lefebvre Sociétés commerciales* 2012, préc. n° 2400 - G. RIPERT et R. ROBLOT, par M. GERMAIN et V. MAGNIER, *Traité de droit de affaires*, t. 2, *Les sociétés commerciales*, préc., spéc. n° 1086 p. 79 - P. MERLE : *Droit commercial, Sociétés commerciales*, préc., spéc. n° 27 p. 49 et n° 278 p. 330 - R. BESNARD GOUDET, « Peut-on émettre des titres sociaux démembrés en rémunération de l'apport conjoint du nu-propriétaire et de l'usufruitier ? », *JCP E* 2000, p. 214 - J.-P. CHAZAL, « L'usufruitier et l'associé » : *Bull. Joly Sociétés* 2000, p. 679

380 J. CARBONNIER, *Droit civil*, Vol. II, *Les biens, les obligations*, PUF 2004, spéc. n° 730 p. 1640 et s.

381 article 578 du Code civil

L'usufruitier se voit donc reconnaître l'*usus* et le *fructus* tandis que le nu-propriétaire conserve l'*abusus*[382].

Les droits sociaux, objet de propriété, peuvent également faire l'objet d'un démembrement de propriété. L'article 1844 alinéa 2 du Code civil fixe la répartition des pouvoirs : « *le droit de vote appartient au nu-propriétaire, sauf pour les décisions concernant l'affectation des bénéfices, où il est réservé à l'usufruitier* ». L'article L. 225-110 alinéa 1er du Code de commerce fait de même dans la société anonyme : « *Le droit de vote attaché à l'action appartient à l'usufruitier dans les assemblées générales ordinaires et au nu-propriétaire dans les assemblées générales extraordinaires* ». Ces deux articles laissent néanmoins la liberté aux statuts de déroger à cette répartition. La jurisprudence a posé des limites à cette liberté. Si le nu-propriétaire peut se voir privé de tout droit de vote dès lors que sa participation aux assemblées générales est assurée[383], il semble impossible de limiter de la même façon les droits politiques de l'usufruitier. Ce dernier doit conserver le pouvoir de voter l'attribution des résultats afin de préserver son droit aux fruits[384].

Le pouvoir politique de l'associé serait donc lui-même objet de propriété, susceptible de démembrement ? Lier le droit de vote de l'associé et son droit de propriété reste contestable. Cela semble incompatible avec la possibilité de répartir contractuellement dans les statuts l'exercice de cette prérogative entre l'usufruitier et le nu-propriétaire. Surtout, la loi elle-même prévoit la dissociation de la propriété et du titre d'associé avec les droits et obligations qu'il confère. En effet, l'article 1832-2 du Code civil dispose qu'en cas d'emploi d'un bien commun, « *la qualité d'associé est reconnue à celui des époux qui fait l'apport ou réalise l'acquisition* ». Le conjoint ne sera associé que s'il revendique cette qualité. Cette disposition vise expressément les parts sociales non négociables mais la doctrine s'accorde pour l'étendre

---

382 CARBONNIER, *Droit civil*, Vol. II, *Les biens, les obligations*, préc., spéc. n° 754 p. 1676

383 Cass. com., 22 févr. 2005, n° 03-17421 : préc. note 195 : « *les statuts peuvent déroger à la règle selon laquelle si une part est grevée d'un usufruit, le droit de vote appartient au nu-propriétaire, à condition qu'il ne soit pas dérogé au droit du nu-propriétaire de participer aux décisions collectives* »

384 Cass. com., 31 mars 2004, n° 03-16694 : *Bull. civ.* 2004, n° 70 ; *JCP N* 2004, 1303, note H. HOVASSE ; *D.* 2004, p. 1167, note LIENHARD, et p. 2925, note HALLOUIN ; *D.* 2005, p. 1430, note THULLIER ; *Gaz. Pal.* 18 mai 2004, p. 17, avis LAFORTUNE ; *JCP E* 2004, 929, note RABREAU, et 1510, note CAUSSAIN, DEBOISSY et WICKER ; *Dr. société* 2004, comm. 107, note HOVASSE ; *Bull. Joly Sociétés 2*004, p. 836, avis LAFORTUNE et note MADON et JACOMET ; *Dr. et patrimoine* juill.-aout 2004, p. 110, note PORACCHIA ; *Rev. sociétés* 2004, p. 317, note LE CANNU ; *RTD civ.* 2004, p. 318, note REVET ; *LPA* 25 oct. 2004, p. 11, note JAMBORT, et 10 déc. 2004, p. 5, note KADDOUCH ; *Defrénois* 2005, art. 38132, note FIORINA, et art. 38166, note J. HONORAT : « *attendu qu'ayant retenu que la clause litigieuse, en ne permettant pas à l'usufruitier de voter les décisions concernant les bénéfices, subordonnait à la seule volonté des nu-propriétaire le droit d'user de la chose grevée d'usufruit et d'en percevoir les fruits, alors que l'article 578 du Code civil attache à l'usufruit ces prérogatives essentielles, la cour d'appel a, par ce seul motif, légalement justifié sa décision* » – V. également L. AYNES, « Usufruit, droit d'usage », *Rev. sociétés* 1999, p. 593 - P. BLETTERIE, « La répartition des prérogatives attachées à l'usufruit des droits sociaux », préc.

aux actions[385]. On peut même aller plus loin. Si la qualité d'associé n'appartient qu'à celui des époux qui a réalisé l'apport, les actions n'en restent pas moins des biens communs. La loi impose le consentement des deux époux pour la cession de parts sociales non négociables[386] mais s'agissant des actions, valeurs librement négociables, s'applique le principe des pouvoirs concurrents[387] : *« chacun des époux a le pouvoir d'engager seul les biens communs et d'en disposer »*[388]. Aucun texte ne semble attribuer le droit exclusif de céder le titre à celui qui a la qualité d'associé[389]. Certains auteurs font du droit de céder ses actions un droit propre de l'actionnaire[390] mais ils ne l'envisagent que dans le cadre de la liberté de quitter la société. Il semble donc que l'on doive admettre que le conjoint commun en bien puisse céder les actions du couple sans pour autant avoir la qualité d'associé, celle-ci étant attribuée à l'apporteur.

Il faut donc distinguer le bien apporté et l'acte d'apport. Seul ce dernier confère la qualité d'associé et les droits afférents, quels que soient la nature du bien apporté et les droits détenus sur ce bien. Le fondement des pouvoirs politiques de l'associé n'est donc pas à rechercher dans la propriété des droits sociaux mais dans le lien personnel unissant l'associé à la société. En effet, « *l'opération d'apport* » est « *purement et simplement le contrat de société* »[391].

Les parts sociales constituent des droits de créance à l'encontre de la société[392]. La nature des actions a été plus discutée.

b : Le fondement contractuel du contrôle par l'associé

51. Le contrat d'apport. En vertu de l'article 1843-3 du Code civil, « *chaque associé est débiteur envers la société de tout ce qu'il a promis de lui apporter en nature, en numéraire ou en industrie* ». L'apport est donc un contrat par lequel l'associé « *affecte un bien ou un droit à*

---

385 M. COZIAN, A. VIANDIER et F. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, préc. spéc. n° 335 p. 192 - F. DEKEUWER-DEFOSSEZ, « Mariage et sociétés », *in Aspects actuels du droit commercial français : commerce, sociétés, banque et opérations commerciales, procédures de règlement du passif : études dédiées à René Roblot*, LGDJ 1984, p. 271, spéc. p. 277 - M. TCHENDJOU, « Le conjoint de l'associé », *RTD com*. 1996, p. 409, spéc. n° 11, p. 414

386 article 1424 du Code civil

387 J. HONORAT, « La situation des actions de sociétés anonymes dans le cadre des régimes matrimoniaux », *Rev. sociétés* 1999, p. 577, spéc. n° 27 et s., p. 584

388 article 1421 du Code civil : « *Les époux ne peuvent, l'un sans l'autre, aliéner ou grever de droits réels les immeubles, fonds de commerce et exploitations dépendant de la communauté, non plus que les droits sociaux non négociables et les meubles corporels dont l'aliénation est soumise à publicité. Ils ne peuvent, sans leur conjoint, percevoir les capitaux provenant de telles opérations* »

389 V. par exemple les articles L. 228-10, relatif à la libre négociabilité, ou L. 228-23 et L. 228-24 du Code de commerce, relatifs aux clauses d'agrément, ces derniers faisant référence au « cédant » et non à l'actionnaire.

390 PH. MERLE, *Droit commercial, Sociétés commerciales*, préc., spéc. n° 315 p. 379 - M. COZIAN, A. VIANDIER et F. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, préc., spéc. n° 742 p. 404

391 F.-G. TREBULLE, *L'émission de valeurs mobilières*, préc., spéc. n° 367, p. 274

392 articles 1865 du Code civil et L. 221-14 du Code de commerce renvoyant aux formalités de l'article 1690 du Code civil, relatif à la cession de créance, pour rendre opposable la cession à la société.

la société en contrepartie de la remise de titres sociaux »[393]. Selon Monsieur Trébulle, ce contrat ne lie pas la société aux associés mais les associés entre eux. Ce contrat plurilatéral donne ensuite naissance à la société en tant qu'institution[394]. Il semble en effet qu'on ne puisse nier la nature mixte de la société[395].

Les parts sociales sont des droits de créance de l'associé contre la société. Leur cession doit donc respecter les formalités de l'article 1690 du Code civil[396]. La nature des actions est plus discutée. Pour certains auteurs, l'action représente une quote-part d'indivision[397]. Pour eux, en effet, la société serait l'une des « *trois figures majeures d'appropriation plurale* » du Code civil au côté de l'indivision elle-même et de la communauté conjugale[398]. Le titre serait donc la représentation d'un droit réel sur la société. Cette analyse est contestée par une majeure partie de la doctrine qui ne voit dans l'action qu'un droit de créance[399]. Monsieur Le Nabasque a démontré la nature personnelle du droit conféré par les actions en relevant la similitude de régime entre ce dernier et le droit de créance[400]. Monsieur Lucas fait de même en employant un syllogisme attrayant : « *les parts sociales ont la nature de droits de créance* […]. *Or les parts sociales et les actions ne présentent pas de véritable différence de nature ; les unes et les autres sont des droits d'associé qui confèrent des droits similaires à leurs titulaires*. […] *Aussi, si l'on veut bien adhérer à cette prémisse que les actions et les parts sociales sont des droits de même nature, il faut admettre que les actions sont des droits de créances* »[401].

52. Origine contractuelle des droits politiques. La difficulté naît de l'existence de droits politiques au profit de l'associé. S'il n'est pas difficile d'admettre que l'associé est créancier de ses droits patrimoniaux à l'encontre de la société (droit au dividende, au remboursement de l'apport au jour de la dissolution et à l'éventuel boni de liquidation), qu'en est-il de ses droits

---

393 M. COZIAN, A. VIANDIER et F. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, préc., spéc. n° 113 p. 64

394 F.-G. TREBULLE, *L'émission de valeurs mobilières*, préc., spéc. n° 474 et s., p. 337 et s.

395 J.-P. BERTREL, « Le débat sur la nature de la société », *in Droit et vie des affaires - Etudes à la mémoire d'Alain Sayag*, Litec 1997, p. 131, spéc. n° 14 p. 141 - V. *infra* n° 117

396 articles 1863 du Code civil, L. 221-14 et L. 223-17 du Code de commerce

397 D. R. MARTIN, « valeurs mobilières : défense d'une théorie », *D.* 2001, p. 1228, spéc. I. A. p. 1228.

398 P. CATALA, *L'indivision*, Defrénois 1979, p. 3, n° 1

399 V. par ex. : G. RIPERT et R. ROBLOT, par M. GERMAIN et V. MAGNIER, *Traité de droit de affaires*, t. 2, *Les sociétés commerciales*, préc., spéc. n° 1510 p. 351 - P. MALAURIE et L. AYNES, *Les biens*, Defrénois 4e éd. 2010, spéc. n° 130 p. 36 - J. CARBONNIER, *Droit civil, Vol. II, Les biens, les obligations*, *préc.* n° 51 p. 93 - PH. MERLE, *Droit commercial, Sociétés commerciales*, préc., spéc. n° 269 p. 310 - T. BONNEAU, « Les fonds communs de placement, les fonds communs de créances, et le droit civil », *RTD civ.* 1991, p. 1, spéc. n° 16 p. 11

400 H. LE NABASQUE, « Les actions sont des droits de créances négociables », *in Mélanges en l'honneur de Yves Guyon - Aspects actuels du droit des affaires*, Dalloz 2004, p. 671

401 F.-X. LUCAS, « Retour sur la notion de valeur mobilière », *Bull. Joly Sociétés* 2000, p. 765, spéc. n° 13, p. 772 – V. également du même auteur : *Les transferts temporaires de valeurs mobilières : pour une fiducie de valeur mobilière*, LGDJ 1997, spéc. n° 433 p. 219

politiques ? Selon Monsieur Lucas, « *peu importe que ces droits patrimoniaux se doublent de prérogatives extrapatrimoniales. Ces prérogatives politiques ne permettent pas d'écarter le rattachement à la catégorie des droits de créance ; tout au plus conduisent-elles à souligner l'originalité de la nature de droit de créance des actions* »[402]. D'autres auteurs se gardent bien de qualifier ainsi de droits extrapatrimoniaux les droits politiques de l'associé.

En effet, les droits extrapatrimoniaux sont les droits « *qui sont attachés à la personne et de très forte manière* »[403]. Ces droits extrapatrimoniaux regroupent les droits politiques du citoyen, les droits fondamentaux résultant de la seule qualité d'homme, les droits de famille et les droits de la personnalité. Leur régime est particulier. Ces droits sont intransmissibles, insaisissables et imprescriptibles. Or, le droit de vote de l'associé n'est pas rattaché à sa personne mais à son titre. De plus, il est transmis en même temps que l'action. Nous avons vu également qu'il pouvait faire l'objet d'un aménagement contractuel, par le biais des statuts, entre le nu-propriétaire et l'usufruitier des actions[404]. On ne peut donc pas qualifier les droits politiques de l'associé de droits extrapatrimoniaux.

Certains auteurs préfèrent donc employer le terme de « *droits extra pécuniaire*s »[405]. Il semble que même ce terme puisse être discuté. En effet, nous avons vu précédemment que l'accession à la majorité au sein de l'assemblée générale d'une société était valorisée par le biais d'une prime de contrôle au profit des associés minoritaires[406]. Il s'agit bien ici d'attribuer, même indirectement, une valeur patrimoniale au pouvoir politique des majoritaires et donc à leurs droits de vote[407].

Le droit de vote de l'actionnaire, l'information qui permet son libre exercice et donc l'ensemble de son pouvoir de contrôle ne peuvent avoir pour fondement qu'une origine contractuelle.

C : LE CONTROLE DES ASSOCIES : UN CONTROLE-SURVEILLANCE

53. L'absence de pouvoir de contrôle-direction de l'assemblée générale. La négation du pouvoir de contrôle-direction de l'assemblée générale n'est pas nouvelle. Le doyen Ripert

---

402 F.-X. LUCAS, « Retour sur la notion de valeur mobilière », préc., spéc. n° 13 p. 772

403 F. TERRE, *Introduction générale au droit*, Dalloz 8e éd. 2009, spéc. n° 235 p. 189

404 V. *supra* n° 35

405 M. COZIAN, A. VIANDIER et F. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, préc., spéc. n° 689 p. 375 - PH. MERLE, *Droit commercial, Sociétés commerciales*, préc., spéc. n° 304 et s., p. 367 et s.

406 V. *supra* n° 46

407 V. également G. RIPERT et R. ROBLOT, par M. GERMAIN et V. MAGNIER, *Traité de droit de affaires*, t. 2, *Les sociétés commerciales*, préc., spéc. n° 1598 p. 424, qui énonce à propos des droits individuels de l'actionnaire, pour rejeter l'analogie avec les droits de l'homme et du citoyen : « *il ne s'agit d'ailleurs, dans tout cela, que d'intérêts pécuniaires et il est difficile de faire appel à l'idée de droit naturel pour la défense de tels intérêts* ».

en faisait déjà la démonstration, à propos de la société anonyme, dans son ouvrage *aspects juridiques du capitalisme moderne* en 1946[408]. Il relevait ainsi l'écart entre la théorie, qui veut que la société soit construite sur un modèle démocratique, et la pratique qui démontre le peu d'intérêt des actionnaires pour l'exercice de ses droits politiques. Il explique cela par le manque de compétence technique des associés et la nécessité de confier la gestion de l'entreprise à des spécialistes. Pour Ripert, la société anonyme n'est pas démocratique et les actionnaires n'ont pas de pouvoir de direction même par le biais de la représentation. En effet, les dirigeants, administrateurs et directeurs, ne doivent pas selon lui être considérés comme des mandataires des associés mais comme des organes de la société[409]. D'autres auteurs, parmi lesquels Perroud et Tunc font le même constat dans les années cinquante[410].

Aujourd'hui, le débat n'est toujours pas clos. Certains auteurs font encore le constat de l'absence de pouvoir de direction effectif de l'assemblée générale malgré le développement de la *corporate governance*[411]. Selon eux, « *l'assemblée a été reléguée à une fonction de contrôle du pouvoir désormais entièrement aux mains des gestionnaires* »[412]. Monsieur Didier n'hésite pas à écrire, en 1993, à propos de cette assemblée : « *aujourd'hui, le corps social a seulement les pouvoirs que la loi lui réserve. Ce sont des pouvoirs de contrôle et non pas de direction* »[413]. Il faut se rallier à cette idée. Comme nous l'avons vu, aucun texte ne confère un pouvoir général de direction à l'assemblée générale, ce dernier étant confié aux dirigeants[414]. L'assemblée est dotée de compétences spéciales légalement prévues. Parmi celles-ci, trois seulement pourraient être rapprochées de la gestion de la société. Il s'agit de la répartition des résultats, de la décision d'émission d'obligation et de la modification des statuts. En effet, ces derniers comprennent la définition de l'objet social, le montant du capital social et la forme sociale. Certains auteurs considèrent même que le vote de l'assemblée sur ces questions relève plus d'une ratification des propositions des dirigeants que d'une véritable décision :

---

408 RIPERT, *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, préc., spéc. n° 41 et s. p. 93 et s.

409 RIPERT, *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, préc., spéc. n° 128 et s., p. 277

410 J. PERROUD, « La condition de l'actionnaire », *in Le droit privé français au milieu du XXe siècle : études offertes à Georges Ripert*, vol. II, LGDJ 1950, p. 319 - A. TUNC, « L'effacement des organes légaux de la société anonyme », *D.* 1952, chron. p. 73

411 Y. GUYON, *Droit des affaires*, t. I, *Droit commercial général et sociétés*, préc., spéc. n° 289 p. 291 - V. *infra* n° 55

412 C. DUCOULOUX-FAVARD, « Grandeur et décadence des assemblées générales d'actionnaires », *in Mélanges en l'honneur de Yves Guyon - Aspects actuels du droit des affaires,* Dalloz 2004, p. 359, spéc. p. 360

413 P. DIDIER, *Droit commercial, Les entreprises en société*, Thémis, 1ère éd. 1993, spéc. p. 167 (dans les éditions suivantes, Paul et Philippe Didier ne sont pas aussi tranché et semble attribuer à l'assemblée générale un pouvoir de contrôle-surveillance et un pouvoir de contrôle-direction : P. ET PH DIDIER, *Droit commercial*, t. 2*, Les sociétés commerciales*, Economica 2011, spéc. n° 355 p. 284) - V. dans le même sens A. VIANDIER, *La notion d'associé*, préc., p. 168, n° 173 - *Contra :* D. SCHMIDT, *Les conflits d'intérêts dans la société anonyme*, préc., spéc. note n° 81, p.24 : à propos de la thèse de P. Didier : « *le droit de vote confère non seulement un pouvoir de contrôle, mais encore un pouvoir de décision, de sorte qu'il apparaît réducteur de ne voir dans le droit de vote, « par métonymie », qu'un pouvoir de contrôle* »

414 V. *supra* n° 47

« *L'ensemble de la gestion disparaît ainsi du pouvoir des associés. Il en va de même, dans une large mesure, des modifications statutaires proposées par les organes de gestion, lesquelles sont assurées de recevoir un accueil favorable de leur part, malgré les exigences spéciales de la majorité technique. Il est rare de voir en pratique une assemblée générale extraordinaire refuser d'approuver les propositions qui lui sont soumises. Il s'agit, la plupart du temps, d'une véritable ratification. Il ne saurait d'ailleurs en être autrement : une augmentation de capital, par exemple, exige une préparation compliquée, des études techniques, comptables, financières, opérées par l'organe de gestion avec des concours extérieurs variés. Lorsque l'augmentation et ses modalités ont été arrêtées, les associés ne peuvent plus s'opposer à la réalisation de l'opération, faute de pouvoir effectuer les mêmes examens approfondis. Il n'est pas donc nécessairement mauvais que l'adaptation des statuts soit en réalité l'œuvre des dirigeants appuyés par la majorité* »[415]. Autrement dit, comme le relève lui-même Monsieur Didier : « *le corps social surveille la gestion de ses dirigeants et il a la maîtrise du cadre juridique et financier de leur action* »[416].

Enfin, on ne peut pas nier que « *l'assemblée générale exerce indirectement une influence souvent décisive sur l'administration de la société, à raison du pouvoir qui lui est reconnu de contrôler l'action du conseil d'administration et, éventuellement, d'en révoquer les membres* »[417]. Mais hormis cette influence, elle reste essentiellement le lieu d'information de la minorité[418].

Le contrôle-financier exercé par les associés n'est donc rien d'autre qu'un contrôle-surveillance. Toutefois, sa mise en œuvre est rarement efficace en raison du peu d'intérêt que les affaires sociales suscitent parfois chez l'investisseur et son manque de compétences techniques qui ne lui permet pas d'apprécier l'exercice du contrôle-direction à sa juste valeur. La loi a donc mis en place pour l'assister, voire le suppléer, un certain nombre d'organes spécifiques dont la mission essentielle est d'assurer le contrôle-surveillance de la société.

---

415 CL. BERR, *L'exercice du pouvoir dans les sociétés commerciales*, préc., spéc. n° 412 p. 244

416 P. DIDIER, *Droit commercial, Les entreprises en société*, Thémis, 1ère éd. 1993, p. 167 – V. également J.-P. MATTOUT, « La gouvernance de la société anonyme cotée : comparaison avec le gouvernement d'un Etat », *in Etudes de droit privé. Mélanges offerts à Paul Didier*, Economica 2008, p. 315, spéc. p. 317 : « *La direction générale cumule une partie du pouvoir législatif et la totalité du pouvoir exécutif. Une partie du pouvoir législatif est réservé à l'assemblée générale des actionnaires qui a compétence sur certains domaines structurant* ».

417 J. et E. ESCARRA et J. RAULT, *Traité théorique et pratique de droit commercial, Les sociétés commerciales*, t. IV, *Sociétés par actions, l'administration des sociétés*, Sirey 1959, spéc. n° 1471 p. 163

418 C. JAUFFRET-SPINOSI, « Les assemblées générales d'actionnaires dans les sociétés anonymes, réalité ou fiction ? (Etudes comparatives) » *in Etudes offertes à René Rodière*, Dalloz 1981, p. 125, spéc. p. 130 : « *Mais si les assemblées générales ne sont pas des organes de décision ni même de contrôle efficace, leur réunion, particulièrement celle des assemblées générales annuelles, en raison de leur périodicité, peut être un moyen utile de protection des droits des actionnaires par l'information qu'elles suscitent* »

SOUS-SECTION 3 : LE CONTROLE-SURVEILLANCE PAR LES ORGANES DE SURVEILLANCE

La notion de contrôle, employée dans le sens de surveillance, est fréquemment employée tant par la doctrine que par le droit positif. Certains organes sociaux disposent de compétences spécifiques en matière de contrôle-surveillance. Le cas du conseil d'administration est particulier car cet organe cumule des fonctions de direction et de surveillance. Les autres organes de contrôle-surveillance, le conseil de surveillance et l'assemblée générale, sont entièrement dédiés à cette fonction. Un autre intervenant se voit confier une mission particulière de contrôle. Néanmoins, il devra faire l'objet d'une étude spécifique en raison de son statut particulier au sein de la société et de l'importance de son action. Il s'agit du commissaire aux comptes. Nous étudierons donc les organes chargés du contrôle-surveillance de la société puis nous nous intéresserons au contrôle du commissaire aux comptes.

Paragraphe 1 : Les organes spécifiques de contrôle-surveillance de la société

Paragraphe 2 : Le contrôle-surveillance du commissaire aux comptes

PARAGRAPHE 1 : LES ORGANES SPECIFIQUES DE CONTROLE-SURVEILLANCE DE LA SOCIETE

L'organe principal de contrôle-surveillance de la société est l'assemblée générale. Nous avons d'ailleurs démontré précédemment qu'il s'agissait là de son seul pouvoir au sein de la société[419]. Les sociétés par actions se voient en outre dotées d'un organe chargé spécifiquement du contrôle-surveillance de la société[420]. La constitution d'un tel organe dans la société par actions simplifiée n'est pas exigée mais reste possible en raison de la liberté d'organisation dont disposent les associés[421].

Nous étudierons dans un premier temps la mission de contrôle des organes de surveillance des sociétés par actions (A), puis aux finalités du contrôle-surveillance de l'assemblée générale (B).

---

419 V. *supra* n° 53

420 articles L. 225-35 et L. 225-68 du Code de commerce pour le conseil d'administration et le conseil de surveillance dans la société anonyme ; article L. 229-7 du Code de commerce, renvoyant aux dispositions relatives à la société anonyme, pour la société européenne ; article L. 226-9 du Code de commerce pour le conseil de surveillance dans la société en commandite par action.

421 M.COZIAN, A. VIANDIER et F. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, préc., spéc. n° 940 p. 490 - H. AZARIAN, *La société par actions simplifiée*, Litec 2e éd. 2007, spéc. p. 169, n° 243

A : LA MISSION DE CONTROLE DES ORGANES DE SURVEILLANCE DES SOCIETES PAR ACTIONS

Pendant longtemps, la prédominance des organes de direction de la société et le désintérêt des associés pour la vie sociale ont limité l'importance des organes de contrôle-surveillance de la société. Le développement des théories relatives à la *corporate governance* à partir des années soixante-dix a conduit le législateur à replacer ces organes de contrôle au centre du droit des sociétés. Il s'agira, dans un premier temps, de constater ce renouveau des organes de contrôle-surveillance (1). Il nous faudra ensuite nous intéresser à l'objet de la mission de ces organes (2), aux moyens dont ils disposent pour l'exercer (3), pour enfin en étudier la finalité (4).

1 : Le renouveau des organes de contrôle-surveillance : la *corporate governance*

La notion de contrôle-surveillance des actes des dirigeants a retrouvé une certaine importance dans l'actualité en raison de la crise économique[422]. La *corporate governance* est apparue aux Etats-Unis et au Royaume-Uni dans les années soixante-dix[423]. Elle ne s'est réellement formalisée qu'au début des années quatre-vingt-dix en Angleterre avec la publication des travaux de la commission Cadbury[424]. La doctrine française a commencé à s'y intéresser à partir de 1994[425]. Nous étudierons d'abord la naissance de la *corporate governance* (a) avant d'en voir l'incidence dans le droit français des sociétés (b).

a : La naissance de la corporate governance

54. Une origine anglo-américaine. Aux Etats-Unis, donc, la naissance de la *corporate governance* est liée à l'importance croissante des investisseurs institutionnels[426] dans les années soixante-dix : essentiellement des fonds de pension. Le poids économique de ces

---

422 V. par ex. le colloque organisé par organisée par l'AFEP, le MEDEF et les avocats pour l'Europe les 16 et 17 octobre 2008 : « 7ème conférence droit communautaire des sociétés et gouvernement d'entreprise : une gouvernance moderne pour des entreprises européennes compétitives » : www.dbfbruxelles.eu/pdf/ActeConferencebonnegouvernance.pdf

423 V. pour les Etats-Unis : R. J. GOEBEL, « Le gouvernement moderne des sociétés aux Etats-Unis. La composition et les fonctions des directeurs et de la gestion », *Journée soc. législ. comp.* 1988, p. 545 - A. TUNC, *Le droit américain des sociétés anonymes*, Economica 1985, spéc. p. 97 et s. et p. 103 et s. – Pour le Royaume-Uni : E. SCHOLASTIQUE, *Le devoir de diligence des administrateurs de sociétés*, LGDJ, 1998 ; A. TUNC, *Le droit anglais de sociétés anonymes*, Economica, 4e éd. 1997, spéc. n° 91

424 A. TUNC, « Le gouvernement des sociétés anonymes : le mouvement de réforme aux Etats-Unis et au Royaume-Uni », *RID comp.* 1994, p. 59, spéc. p. 69

425 A. TUNC, « Le gouvernement des sociétés anonymes : le mouvement de réforme aux Etats-Unis et au Royaume-Uni », préc. - A. COURET, « Le gouvernement d'entreprise, la *corporate governance* », *D.* 1995, chron. p. 163 - P. LE CANNU, « Légitimité du pouvoir et efficacité du contrôle dans les sociétés par actions », *Bull. Joly Sociétés* 1995, p. 637

426 V. sur cette notion : F. MANIN, *Les investisseurs institutionnels*, thèse Paris I, 1996

derniers leur a permis de remettre en cause le modèle de gouvernance centralisé des sociétés anonymes américaines et d'imposer une plus grande prise en compte des intérêts des actionnaires dans la gestion de la société[427]. L'American Law Institute (ALI) a commencé à travailler sur la réforme de la direction des sociétés à partir de 1978. Son travail s'est conclu en 1994 par la publication d'un ouvrage en deux volumes : *Principles of Corporate Governance : Analysis and Recommendations*[428], dont les recommandations s'adressaient tant au législateur américain qu'aux sociétés elles-mêmes[429].

L'ALI conseillait donc de renforcer le rôle du « conseil des directeurs »[430] au détriment du « *chief executive officer* »[431]. En effet, ce dernier se trouvait être l'organe majeur de la société, l'organe de centralisation des pouvoirs. Le conseil n'étant doté que de pouvoirs limités et étant composé de membres cooptés sur recommandation du *chief exécutive officer*. Les *Principles of Corporate Governance* préconisent donc de restituer au conseil sa compétence en matière de direction de la société et d'en faire l'organe responsable « *suprême de la vie de la société* »[432]. Le conseil se verrait confier le pouvoir de nommer, révoquer et fixer la rémunération des dirigeants chargés de la gestion quotidienne de la société ainsi que le devoir de contrôler les actes de ces derniers[433]. L'ALI relève en outre la nécessité de s'assurer de l'indépendance des membres du conseil vis-à-vis de l'exécutif et conseille de constituer trois comités au sein du conseil : un comité d'audit, un comité de rémunération et un comité de nomination[434].

L'organisation des sociétés anonymes anglaises est identique au modèle américain. La Banque d'Angleterre a, dès le début des années soixante-dix, prôné l'indépendance des membres du conseil et le regroupement des actionnaires pour faciliter l'exercice de leurs

---

427 A. TUNC, « La révolution américaine : présentation et application des « principles of corporate governance », *LPA* 27 sept. 1995, p. 5 - « Le gouvernement des sociétés anonymes : le mouvement de réforme aux Etats-Unis et au Royaume-Uni », préc., spéc. p. 65

428 AMERICAN LAW INSTITUTE, *Principles of Corporate Governance: Analysis and Recommendations, American Law Institute*, 1994

429 A. TUNC, « La révolution américaine : présentation et application des « principles of corporate governance », préc., spéc. p.7 et « Le gouvernement des sociétés anonymes : le mouvement de réforme aux Etats-Unis et au Royaume-Uni », préc. spéc. p. 62

430 organe des sociétés américaines se rapprochant de notre conseil d'administration français

431 organe dirigeant, responsable en chef de la société américaine

432 A. TUNC, « La révolution américaine : présentation et application des « principles of corporate governance », préc., spéc. p. 6 et s.

433 AMERICAN LAW INSTITUTE, *Principles of Corporate Governance: Analysis and Recommendations*, préc., § 3.01 et s. - A. TUNC, « Le gouvernement des sociétés anonymes : le mouvement de réforme aux Etats-Unis et au Royaume-Uni », préc. spéc. p. 63

434 AMERICAN LAW INSTITUTE, *Principles of Corporate Governance: Analysis and Recommendations*, préc., articles 3A.01 et s. - A. TUNC, « Le gouvernement des sociétés anonymes : le mouvement de réforme aux Etats-Unis et au Royaume-Uni », préc. spéc. p. 64

pouvoirs[435]. Au cours des années quatre-vingt, les plus grandes sociétés britanniques avaient également tenu compte des travaux de l'ALI en instaurant un « *audit committee* », un « *nominating committee* » et un « *rémunération committee* » au sein de leur conseil. Le développement de la *corporate governance* au Royaume-Uni a atteint son apogée avec la publication du rapport Cadbury, en 1992, par le *Committee on the Financial Aspects of Corporate governance*[436]. Ce rapport propose un Code de bonne conduite à destination des conseils d'administration[437]. Il n'a pas été intégré dans la législation anglaise mais en avril 1993, la bourse de Londres a imposé aux sociétés cotées de déclarer si elles entendent respecter ce Code et, dans le cas contraire, quelles sont les dispositions qu'elles n'appliquent pas et pourquoi[438]. Le rapport Cadbury et le Code de bonne conduite préconisent, tout comme l'ALI, un rééquilibrage des pouvoirs au sein du conseil, l'indépendance de ses membres, une meilleure information sur leurs rémunérations, et le renforcement de sa mission de contrôle des actes des dirigeants[439].

b : L'incidence de la corporate governance sur le droit français des sociétés

55. L'émergence de la *corporate governance* en France. En France, la *corporate governance* est devenue à la mode à partir de 1994. Tunc, qui a été l'un des premiers auteurs français à s'intéresser à ce phénomène, notait en 1994 que ce mouvement n'avait pas encore atteint le droit français des sociétés mais qu'il était vain de croire que notre législation serait épargnée[440]. En effet, la mondialisation de l'économie, et notamment des investissements, obligea les sociétés françaises souhaitant s'ouvrir aux capitaux anglo-américains à tenir compte de cette révolution[441]. Constatant la quasi-disparition d'un actionnariat « actif »[442] au

---

435 A. TUNC, « Le gouvernement des sociétés anonymes : le mouvement de réforme aux Etats-Unis et au Royaume-Uni », préc. spéc. p. 67

436 A. CADBURY, *The Committee on the Financial Aspects of Corporate Governance*, London: Gee and Company 1992 : http://www.ecgi.org/Codes/documents/cadbury.pdf

437 Une traduction de ce Code est proposée à la suite de l'article de A. BAKER, « L'effervescence anglaise », *LPA* 27 sept. 1995, n° 116, p. 9, spéc. p. 10

438 A. BAKER, « L'effervescence anglaise », préc., spéc. p. 10

439 A. TUNC, « Le gouvernement des sociétés anonymes : le mouvement de réforme aux Etats-Unis et au Royaume-Uni », préc. spéc. p. 71 - M. BIEGALA, « Le pouvoir des actionnaires peut-il et doit-il s'exercer à travers le conseil d'administration : l'expérience britannique », *LPA* 27 sept. 1995, p. 35, annexe II

440 A. TUNC, « Le gouvernement des sociétés anonymes : le mouvement de réforme aux Etats-Unis et au Royaume-Uni », préc. spéc. p. 72

441 A. TUNC, « La révolution américaine : présentation et application des « principles of corporate governance », préc., spéc. p. 6 et 8 ; A. BAKER, « L'effervescence anglaise », préc., spéc. p. 12 - R. H. KOPPES, « L'évolution du gouvernement d'entreprise, tendances actuelles et orientations futures », *LPA* 7 mai 1997, p. 12 - P. BISSARA, « Les véritables enjeux du débat sur « le gouvernement de l'entreprise » », *Rev. sociétés* 1998, p. 6, spéc. p. 12

442 C. NEUVILLE, « L'émergence d'un actionnariat actif en France », *LPA* 27 sept. 1995, p. 39 – P. LE CANNU, « Légitimité du pouvoir et efficacité du contrôle dans les sociétés par actions », préc., spéc. n° 2 p. 637

sein des sociétés anonymes[443], les auteurs ont rapidement pris conscience de l'importance que ce nouveau modèle de gouvernance allait prendre en France[444].

Dans le milieu des années quatre-vingt-dix, la doctrine fit le constat des insuffisances de la Loi de 1966. Comme aux Etats-Unis et au Royaume-Uni, le pouvoir se concentrait autour du PDG et du conseil d'administration[445]. Ces deux organes se trouvaient dotés des mêmes prérogatives : ils disposaient « *des pouvoirs les plus étendus pour agir en toute circonstance au nom de la société* »[446]. Les administrateurs, qui devaient contrôler les actes du président, ne tenaient leurs informations que du bon vouloir de ce dernier[447]. Enfin, les membres du conseil, qui disposaient en principe du pouvoir de nommer et révoquer le président, étaient le plus souvent choisis par lui[448]. Cette conception autocratique de l'organisation de la SA en France remonte aux Lois des 16 novembre 1940 et 4 mars 1943[449] inspirées du « *führerprinzip* »[450] instauré par la loi allemande du 30 janvier 1937[451]. Certains auteurs ont relevé que l'on pouvait remédier à ces difficultés en corrigeant la pratique de l'organisation des pouvoirs au sein des SA françaises, sans qu'il y ait forcément besoin d'une intervention législative[452]. D'autres se sont montrés encore plus hostiles à l'incorporation des principes de la *corporate governance* dans le droit français[453].

A la suite de cette émergence de la *corporate governance* dans la doctrine, un certain nombre de rapports ont vu le jour pour préconiser une réforme du droit des sociétés. Le CNPF

---

443 Ce constat n'est pas nouveau, A. Tunc écrivait déjà en 1952 que « *l'assemblée générale est aujourd'hui, dans la plupart des sociétés, et notamment dans toutes les grandes sociétés, l'organe le plus inefficace* » : A. TUNC, « L'effacement des pouvoirs légaux de la société anonyme », préc., spéc. p. 74 - le Doyen Ripert dénonçait pour sa part, en 1962, dans son célèbre ouvrage, « *la grande illusion des actionnaires* » : RIPERT, *Les aspects juridiques du capitalisme moderne*, préc., spéc. n° 38 et s., p. 87 et s.

444 A. COURET, « Le gouvernement d'entreprise, la *corporate governance* », préc. - P. LE CANNU, « Légitimité du pouvoir et efficacité du contrôle dans les sociétés par actions », préc. - T. GONTARD, « Pour une « *corporate governance* » française », *LPA* 27 sept. 1995, p. 16

445 A. TUNC, « Le gouvernement des sociétés anonymes : le mouvement de réforme aux Etats-Unis et au Royaume-Uni », préc., spéc. p. 72 - P. LE CANNU, « Légitimité du pouvoir et efficacité du contrôle dans les sociétés par actions », préc., spéc. n° 11

446 articles 98 et 113 de la Loi du 24 juillet 1966

447 A. COURET, « Le gouvernement d'entreprise, la *corporate governance* », préc., spéc. p. 164

448 T. GONTARD, « Pour une « *corporate governance* » française », préc., spéc. p. 17

449 G. BERLIOZ et J.-J. DAIGRE, « Le « gouvernement d'entreprise » : quelles conséquences pour les conseils d'administration des sociétés françaises », *LPA* 20 nov. 1996, p. 23

450 G. RIPERT et R. ROBLOT, par M. GERMAIN et V. MAGNIER, *Traité de droit de affaires*, t. 2, *Les sociétés commerciales*, préc., spéc. n° 1375, p. 286 - Y. DJIAN, *Le contrôle de la direction des sociétés anonymes dans les pays du marché commun*, Sirey 1965, spéc. n° 95 p. 97 - L. CZULOWSKI, *La notion de direction dans la société anonyme et la législation de 1940*, Imp. Du Sud 1943

451 Pour A. Tunc, cette conception n'a pas été imposée par l'occupant mais a été adopté pour responsabiliser les dirigeants de sociétés qui se cachaient trop souvent derrière leur ignorance des affaires sociales pour échapper aux tribunaux : A. TUNC, « Le gouvernement des sociétés anonymes : le mouvement de réforme aux Etats-Unis et au Royaume-Uni », préc. spéc. p. 72

452 V. par ex. p. BISSARA, « Les véritables enjeux du débat sur « le gouvernement de l'entreprise » », préc., spéc. p. 14 - *rapport Vienot I,* spéc. p. 5: http://www.medef.fr/medias/upload/510_FICHIER.pdf,

453 Y. GUYON, « Faut-il introduire en France la théorie de la « corporate governance » ? », *LPA* 7 mai 1997, p. 28

(devenu MEDEF) et l'AFEP ont, les premiers, chargé un comité de prolonger ce débat. Il a donné naissance aux rapports Viénot I (1995)[454] et II (1999)[455]. En 2002, c'est à un groupe de travail dirigé par Monsieur Bouton que les organisations patronales demandent de faire des propositions[456]. La COB s'est intéressée à cette évolution[457] et, dès 1995, a émis une recommandation reprenant les principales propositions du rapport Viénot I[458]. En 1999, l'autorité boursière dressait un premier bilan de l'application de cette recommandation[459]. Elle notait alors que peu de sociétés du CAC 40 avaient adopté une séparation nette entre fonctions de direction et de surveillance mais que beaucoup d'entre elles avaient mis en place en leur sein des comités spécialisés (de rémunération, de nomination et d'audit). Elle relevait également le manque de communication de ces sociétés sur leur conception du gouvernement d'entreprise et les difficultés d'une définition « normalisée » de l'administrateur indépendant.

Les organisations internationales se sont également penchées sur le sujet. En 1999, les pays membres de l'OCDE ont approuvé une première version des *Principes de gouvernement d'entreprise de l'OCDE*, régulièrement mise à jour depuis[460]. De même, la Commission européenne a lancé une vaste réflexion sur la réforme du droit des sociétés[461] qui a abouti en 2002 à un rapport du Groupe de haut niveau d'experts en droit des sociétés sur « *un cadre réglementaire moderne pour le droit européen des sociétés* »[462].

56. L'influence sur le législateur. Le législateur a pris acte de cette évolution de la conception de la gouvernance des sociétés. Il a d'abord commandé un rapport au sénateur Marini sur « la modernisation du droit des sociétés commerciales »[463]. Il est ensuite intervenu par trois fois avec la Loi « Nouvelles régulations économiques » du 15 mai 2001, la Loi de « sécurité financière » du 1er août 2003 et la Loi de « modernisation de l'économie » du 4 août 2008. En ce qui concerne la gouvernance des sociétés, la Loi NRE renforce les obligations d'information des associés et des tiers ainsi que les droits des associés minoritaires. Elle tente

---

454 http://www.medef.fr/medias/upload/510_FICHIER.pdf - A. TUNC, « Le rapport Viénot sur la conseil d'administration des sociétés cotées », *RIDC* 1996, p. 647

455 http://www.medef.fr/medias/upload/511_FICHIER.pdf

456 http://www.medef.fr/medias/upload/1507_FICHIER.pdf - A. COURET, « La recherche d'un meilleur gouvernement des entreprises cotées : la contribution du rapport du groupe de travail présidé par Daniel Bouton », *Bull. Joly Sociétés* 2002, p. 1126 - J. PAILLUSSEAU, « La *corporate governance*, A propos du rapport *Bouton* », *D*. 2002, p. 2722

457 p. FLEURIOT, « L'évolution du gouvernement d'entreprise en France et ses conséquences pour les sociétés cotées », *Bull. COB* 10/1995, p. 31

458 « Recommandation sur le conseil d'administration des sociétés cotées », *Bull. COB* nov. 1995, p. 57

459 « Gouvernement d'entreprise : évolutions récentes en France et à l'étranger », *Bull. COB* sept. 1999, p. 1

460 pour la dernière version à jour de 2004 : http://www.oecd.org/dataoecd/32/19/31652074.PDF

461 V. notamment sur le site de la Commission européenne la page intitulée « Modernisation du droit des sociétés et renforcement du gouvernement d'entreprise » : http://ec.europa.eu/internal_market/company/modern/index_fr.htm#background

462 http://ec.europa.eu/internal_market/company/docs/modern/report_fr.pdf

463 *Le rapport MARINI*, Doc. fr., 1996

de rétablir l'équilibre en organisant une nouvelle répartition des pouvoirs au sein des sociétés, en permettant de distinguer les fonctions de président du conseil d'administration et de directeur général et en limitant le cumul des mandats[464]. Cela revient plus ou moins à copier le mécanisme de la société à directoire et conseil de surveillance qui n'avait pourtant guère eu de succès[465]. La Loi de « sécurité financière » a renforcé l'information des actionnaires, essentiellement en instituant le rapport du président du conseil d'administration ou du conseil de surveillance sur les « *conditions de préparation et d'organisation des travaux du conseil, ainsi que des procédures de contrôle mises en place par la société* »[466]. Elle a néanmoins fait l'objet d'un certain nombre de critiques notamment s'agissant du recul de la transparence, de la limitation du contrôle des conventions réglementées et de la persistance de l'irresponsabilité des dirigeants[467]. La Loi du 3 juillet 2008 portant diverses dispositions d'adaptation du droit des sociétés au droit communautaire a modifié les articles L. 225-37 et L. 225-68 du Code de commerce en ajoutant l'obligation de joindre au rapport du président du conseil d'administration ou du conseil de surveillance un état des procédures de gestion des risques[468]. Enfin, la Loi de modernisation de l'économie de 2008 a supprimé l'obligation de détenir des actions pesant sur les administrateurs[469], ce qui va dans le sens d'une plus grande indépendance de ces derniers.

2 : L'objet de la mission de contrôle-surveillance des organes de sociétés par actions

57. Définitions légales. Le Code de commerce définit différemment la mission de contrôle-surveillance des organes des sociétés par actions. Ainsi, pour la société anonyme et la société européenne[470], il dispose que « *le conseil d'administration procède aux contrôles et*

---

464 Sur les apports de la loi NRE, voir notamment Y. GUYON, « Les réformes apportées au droit des sociétés par la loi du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économique », préc. - A. COURET, « La loi sur les nouvelles régulations économiques : la régulation du pouvoir dans l'entreprise », *JCP E* 2001, p. 1660

465 L. BRUNOUW, *L'exercice du contrôle dans les sociétés anonymes*, mémoire Lille II, 2003, spéc. p. 25

466 articles L. 225-37 et L. 225-68 du Code de commerce – V. également G. BARANGER, « Le rapport spécial du président du conseil d'administration sur le fonctionnement du conseil et les procédures de contrôle interne », *Bull. Joly Sociétés* 2004, p. 169

467 V. notamment F.-X. LUCAS, « Loi de sécurité financière, *corporate governance* ou poudre aux yeux », *Dr. et patrimoine* janv. 2004, p. 54 - D. SCHMIDT, « Les apports de la loi de sécurité financière au droit des sociétés », *Bull. Joly Sociétés* 2004, p. 321

468 articles 26 et 27 de la loi n° 2008-649 du 3 juillet 2008 portant diverses dispositions d'adaptation du droit des sociétés au droit communautaire

469 J. MESTRE, « La loi de modernisation de l'économie du 4 août 2008 : les aspects de droit des sociétés », *Rev. Lamy dr. aff.* oct. 2008, p. 10, spéc. n° 15 p. 12 - B. SAINTOURENS, « Les réformes du droit des sociétés par la loi du 4 août 2008 de modernisation de l'économie », *Rev. soc.* 2008, p. 477, spéc. n° 22 p. 488

470 sur renvoi de l'article L. 229-7 du Code de commerce

vérifications qu'il juge opportuns »[471] tandis que « *le conseil de surveillance exerce le contrôle permanent de la gestion de la société par le directoire* »[472]. Cette dernière formule est très proche de celle employée pour décrire la mission de contrôle du conseil de surveillance de la société en commandite par actions : « *le conseil de surveillance assume le contrôle permanent de la gestion de la société* »[473]. Le législateur s'est néanmoins abstenu de définir ce contrôle-surveillance. On peut néanmoins noter qu'il emploie le mot « contrôle » soit au singulier soit au pluriel selon qu'il désigne la mission générale de l'organe de surveillance ou les actes mettant en œuvre cette mission.

La doctrine économiste a développé une typologie des modes de contrôle-surveillance (a) et chaque organe de contrôle de la société répond à un type particulier de contrôle (b).

a : La typologie des modes de contrôles-surveillance

La doctrine économiste a développé une typologie des modes de contrôle-surveillance[474]. On en distingue trois : le contrôle du résultat, le contrôle du comportement et le contrôle clanique. On peut également opérer une différenciation entre contrôle stratégique et contrôle financier.

58. Contrôle du résultat, contrôle du comportement et contrôle clanique. La distinction entre contrôle du résultat, contrôle du comportement et contrôle clanique dépend de la complexité de la tâche à accomplir et de la mesurabilité du résultat[475]. Plus l'opération est complexe, plus on s'attachera à un contrôle du résultat mais, dans le même temps, plus le résultat est difficilement mesurable, plus le comportement du décideur sera étudié. Enfin, lorsque la tâche est complexe et que son résultat est difficilement mesurable, on privilégiera un contrôle « clanique », dit aussi contrôle par socialisation, autrement dit le dirigeant sera contrôlé par ses pairs plutôt que par des intervenants profanes.

---

471 article L. 225-35 al. 3 du Code de commerce

472 article L. 225-68 al. 1er du Code de commerce

473 article L. 226-9 al. 1er du Code de commerce

474 G. CHARREAUX, « Conseil d'administration et pouvoirs dans l'entreprise », *in Le gouvernement des entreprises, corporate governance, théories et faits*, Economica 1997, p. 141, spéc. p. 153 - L. GODARD, « Conseil d'administration, système de contrôle et d'incitation, et stratégie des entreprises », *in Le gouvernement des entreprises, corporate governance, théories et faits, préc.*, p. 211, spéc. p. 215

475 G. CHARREAUX, « Conseil d'administration et pouvoirs dans l'entreprise », *in Le gouvernement des entreprises, corporate governance, théories et faits*, préc., spéc. p. 153, se fondant sur les travaux de W. OUCHI, « A conceptual Framework for the design of organizational control mechanisms », *Management Science* 1979, 25, p. 833 et K.-M. EISENHARDT, « Control : organizational and economic approaches », *Management Science* 1985, 31, n° 2, p. 134

Tableau 1: les différents types de contrôle[476]

		Programmabilité de la tâche : Parfaite :	Imparfaite
Mesurabilité des résultats :	Elevée	Contrôle du comportement ou des résultats	Contrôle des résultats
	Faible	Contrôle du comportement	Socialisation « Contrôle clanique »

59. Contrôle stratégique et contrôle financier. On peut également distinguer contrôle stratégique et contrôle financier. Le contrôle stratégique est fondé sur une appréciation subjective de la gestion des dirigeants. Il s'agit de contrôler le processus de décision et les résultats financiers obtenus. Le contrôle financier se contente de « *critères financiers objectifs qu'ils soient* ex ante *(budgets) ou* ex post *(critère de résultats comptables et financiers)* »[477].

b : La variabilité du type de contrôle-surveillance en fonction de la forme sociale adoptée

Le type de contrôle exercé par le contrôleur va dépendre de son degré de compétence. S'agissant des organes spécifiques de contrôle au sein de la société, leur composition et donc l'aptitude de leurs membres à exercer tel ou tel types de contrôle va varier en fonction de la forme sociale choisie. On peut ainsi distinguer le contrôle clanique du conseil d'administration (α), l'autocontrôle des dirigeants (β) et le contrôle plus restreint du conseil de surveillance (χ).

α : Le contrôle « clanique » du conseil d'administration

60. Composition du conseil d'administration. Le conseil d'administration de la société anonyme est composé de trois administrateurs au moins[478], désignés par les actionnaires[479]. Depuis la Loi de modernisation de l'économie du 4 août 2008, les membres du conseil

---

476 G. CHARREAUX, « Conseil d'administration et pouvoirs dans l'entreprise », *in Le gouvernement des entreprises, corporate governance, théories et faits*, préc., spéc. p. 153, graphique 5.1

477 G. CHARREAUX, « Conseil d'administration et pouvoirs dans l'entreprise », *in Le gouvernement des entreprises, corporate governance, théories et faits*, préc., spéc. p. 154, se fondant sur les travaux de A.-K. GUPTA, « SBU stratégies, corporate-SBU relation, and SBU effectiveness in strategy implémentation » *Academy of Management Journal* 1987, 30, p. 477, et B.-D. BAYSINGER et R.-E. HOSKISSON, « The composition of boards of directors and strategic control, effects on corporate strategy », *Academy of Management Review* 1990, 15, n° 1, p. 72

478 article L. 225-17 du Code de commerce

479 article L. 225-18 du Code de commerce

d'administration ne sont plus tenus d'être eux-mêmes associés de la société[480]. Une telle obligation relève désormais de la liberté statutaire[481]. En effet, la loi leur imposait jusqu'à lors l'obligation de détenir un nombre minimal d'actions. Celles-ci, dans la Loi de 1966, étaient désignées par le vocable « actions de garantie » et connaissaient un régime juridique particulier (elles étaient notamment déclarées inaliénables). Il ne s'agissait pas tant de s'assurer du statut d'associé de l'administrateur que de lui imposer la propriété d'un certain nombre de titres afin de garantir une certaine diligence de sa part. La Loi du 5 janvier 1988 avait mis fin à ce régime spécial mais n'avait pas abrogé la disposition imposant la qualité d'associé aux administrateurs. La Loi LME du 4 août 2008 vient consacrer l'évolution de la pratique qui tend à faire de l'administrateur de société un véritable professionnel[482], doté de compétences particulières et indépendant de la direction générale de la société[483].

Afin d'améliorer le bon fonctionnement du conseil d'administration, le développement de la *corporate governance* a conduit à instaurer au sein du conseil des petits groupes de travail : des comités[484]. L'Ordonnance du 8 décembre 2008, instaurant une directive européenne de 2006, a imposé la présence d'un comité d'audit au sein des sociétés anonymes cotées[485]. Son objet est d'assurer « *le suivi des questions relatives à l'élaboration et au contrôle des informations comptables et financières* »[486]. Aux côtés du comité d'audit, d'autres comités spécialisés peuvent être créés. Les organisations patronales y sont particulièrement favorables. L'article 13 code de gouvernement d'entreprise publié par l'AFEP et le MEDEF recommande que « *l'examen des comptes, le suivi de l'audit interne, la sélection des commissaires aux comptes, la politique de rémunération, les nominations des administrateurs et des dirigeants mandataires sociaux, fassent l'objet d'un travail préparatoire par un comité spécialisé du*

---

480 article L. 225-25 du Code de commerce

481 J. MESTRE, « La loi de modernisation de l'économie du 4 août 2008 : les aspects de droit des sociétés », préc., spéc. n° 15 et s., p. 12 et s.

482 On a vu ainsi naître plusieurs associations ayant pour objet la reconnaissance et la valorisation des compétences professionnelles des administrateurs. V. par ex. l'Institut français des administrateurs : E. IZRAELEWICZ, « Administrateur, un métier », *Option fin.* 24 nov. 2003, p. 13 - ou encore l'Association des Administrateurs professionnels indépendants associés : C. WEBER, « La mise en pratique des réformes : le point de vue des administrateurs », intervention au colloque tenu à Lyon, le 1er déc. 2006 « Le gouvernement d'entreprise : cinq années de réformes en droit des sociétés, pour quel avenir », *LPA* 2 août 2007, p. 19

483 F. PELTIER, « l'essentiel des réformes : le renforcement du contrôle du management », intervention au colloque tenu à Lyon, le 1er déc. 2006 « Le gouvernement d'entreprise : cinq années de réformes en droit des sociétés, pour quel avenir », *LPA* 2 août 2007, p. 9, spéc. p. 10 - P.-H. CONAC, « L'avenir des réformes : les nouveaux organes », intervention au colloque tenu à Lyon, le 1er déc. 2006 « Le gouvernement d'entreprise : cinq années de réformes en droit des sociétés, pour quel avenir », *LPA* 2 août 2007, p. 32, spéc. p. 36

484 V. *supra* n° 54 et s.

485 article L. 823-19 du Code de commerce – J.-F. BARBIERI, « Les « comités spécialisés » : quelques interrogations pratiques », *Bull. Joly Sociétés* 2010, p. 116 - D. MANGENET, J.-Y. MARTIN et D. ROBINE, « Comité d'audit : une consécration entourée d'incertitude », *Dr. sociétés* 2010, étude 2 - AMF, *Rapports sur le comité d'audit*, 2010 - P. LE CANNU et B. DONDERO, « La consécration des comités d'audit par l'ordonnace du 8 décembre 2008 », *RTDF* 2009, p. 187

486 CH. DE GANAY D'INDY ET L. ENGEL, « Les comités d'audit », *Bull. Joly Sociétés* 2003, p. 723

conseil d'administration ». La composition du comité d'audit est fixée par le conseil d'administration lui-même parmi les membres du conseil. Il est toutefois fort recommandé d'y inclure des administrateurs indépendants[487]. Les autres comités spécialisés peuvent également être composés de tiers : associés, salariés, expert indépendant…[488].

61. Missions du conseil d'administration. Le conseil d'administration est à la fois un organe de contrôle-direction et de contrôle-surveillance de la société[489]. L'article L. 225-35 du Code de commerce dispose en effet que « *le conseil d'administration détermine les orientations de l'activité de la société et veille à leur mise en œuvre* ». Il « *procède aux contrôles et vérifications qu'il juge opportuns* ».

Le conseil dispose donc d'une compétence générale en matière de contrôle-surveillance des actes de la direction générale. Ce pouvoir s'exerce a posteriori[490]. La jurisprudence est relativement sévère s'agissant de cette mission qu'elle qualifie expressément de « *contrôle* »[491]. Elle admet depuis longtemps que les administrateurs sont responsables lorsqu'ils ont failli à cette tâche[492]. L'acceptation du mandat social impose « *une surveillance et un contrôle sérieux de l'administration de la société* »[493] qui doit s'exercer avec « *vigilance* » et « *perspicacité* »[494]. Cette mission de contrôle est permanente et s'exerce

---

487 P. ET PH DIDIER, *Droit commercial*, t. 2*, Les sociétés commerciales*, préc., spéc. n° 1284 et s., p. 916 et s.

488 P. D'ANCHALD, J.-J. CAUSSAIN et M. GERMAIN, « Gouvernement d'entreprise », *Dr. sociétés, actes prat.* 1996*,* n° 27, p. 3

489 R. CONTIN, *Le contrôle de la gestion des sociétés anonymes*, Librairie Technique 1975, spéc. n° 407 p. 284

490 R. CONTIN, *Le contrôle de la gestion des sociétés anonymes*, préc., spéc. n° 408 et s., p. 285 et s. - R. NEMEDEU, *Le contrôle des dirigeants de la société anonyme*, thèse Strasbourg 2000, spéc. p. 89

491 Cass. com., 10 févr. 1965, n° 63-10292 : *Bull. civ.* 1965, n° 104 : rejette le pourvoi au motif, notamment que « *l'arrêt, qui relève encore que ces agissements ont amené le déclin rapide de la société et ont entraine le dépôt de son bilan dès le 26 février 1956, c'est-à-dire après à peine une année d'existence, énonce qu'un tel résultat est incompatible avec une surveillance et* ***un contrôle sérieux****, auxquels étaient tenus les administrateurs* » - Cass. com. 1er avril 1981, n° 79-15815 : *Bull. civ.* 1981, n° 175 : « *Jean X... et Soudan, en acceptant les fonctions d'administrateurs, s'engageaient nécessairement, quand bien même ils n'auraient perçu aucune rémunération pour l'exercice de ces fonctions, à veiller à l'administration de la société* » - Cass. com., 28 juin 1982, n° 81-10128 : *Bull. civ.* 1982*, n°* 254 : « *mais attendu, que par sa décision dûment motivée, la cour d'appel qui, contrairement aux allégations du pourvoi, n'a pas décidé qu'il ne pouvait être tenu compte des difficultés éprouvées par MM A..., B... et Z... dans l'exercice de* ***leur devoir de contrôle*** *parce que ces difficultés n'étaient pas irrésistibles, n'a fait qu'user de son pouvoir souverain en appréciant le rapport d'expertise et les faits qui lui étaient soumis* » - Cass. com., 31 janv. 1995, n° 92-21548 : *Bull. civ.* 1995, n° 29 ; *Rev. sociétés* 1995, p. 763 ; *JCP E* 1995, pan. p. 361 : « *Attendu qu'en statuant ainsi, alors qu'ayant accepté les fonctions d'administrateur, M. Y... était tenu à une surveillance et* ***à un contrôle sérieux*** *de l'administration de la société et que l'intérêt limité qu'il avait dans l'affaire ne pouvait justifier sa passivité, la cour d'appel n'a pas tiré les conséquences légales de ses constatations* » - Cass. com., 24 avril 1990, n° 88-14911 : *Bull. civ.* 1990, n° 123 - Cass. com., 3 janv. 1995, n° 91-18044 : *Bull. Joly Sociétés* 1996, p. 266, note A. COURET - Cass. com., 8 janv. 2002, n° 98-17439 : *Bull. civ.* 20002, n° 7 ; *D.* 2002, p. 570, note A. LIENHARD

492 Cass. req., 7 janv. 1930 : *DP* 1932, I, 191, note CORDONNIER : « *les administrateurs nommés par l'assemblée générale constitutive d'une société anonyme sont responsables des nullités encourues lors de la constitution, et cela par cela seul qu'ils ont accepté le titre et les fonctions sans s'être assurés que toute les prescriptions de la loi pour la constitution de la société avaient été rigoureusement et sincèrement remplies* » – V. également Y. DJIAN, *Le contrôle de la direction des sociétés anonymes dans les pays du marché commun*, préc., spéc. n° 220 et s., p. 108 et s.

493 Cass. com., 25 mars 1997, n° 95-10995 : *Bull. civ.* 1997, n° 85 ; *JCP E* 1997, I, 676, n° 1, note VIANDIER et CAUSSAIN ; *Bull. Joly Sociétés* 1997, p. 799

494 Cass. com., 10 mai 1948 : *D.* 1948, p. 407 ; *S.* 1950, 1, 77, note R. PLAISANT

quotidiennement[495]. Pour certains auteurs, cette permanence du contrôle n'est pas « *réaliste* » en raison de la périodicité des réunions du conseil et des difficultés d'accès à l'information[496]. On se doit néanmoins de relever que l'accès à l'information des administrateurs a été grandement facilité par la Loi NRE de 2001 qui a consacré un véritable droit à l'information à leur profit[497]. De plus, aucun texte ne semble limiter dans le temps l'exercice du contrôle du conseil d'administration. La périodicité de ses réunions ne saurait empêcher une veille régulière sur les actes de la direction générale[498].

Le contrôle du conseil d'administration sur les actes des dirigeants est particulièrement étendu. En effet, le résultat de ce contrôle se traduit par le maintien en place de la direction générale ou au contraire sa révocation[499]. Or celle-ci intervient en principe pour juste motif, à défaut, elle ouvre droit à dommages et intérêts[500]. L'étude de la jurisprudence portant sur ces justes motifs permet d'établir l'ampleur du contrôle du conseil d'administration. Le pouvoir de révocation n'est pas discrétionnaire. Il connaît des limites au-delà desquelles le révoqué est fondé à demander réparation. Autrement dit, le contrôle du conseil d'administration n'est pas absolu. La jurisprudence dispose d'un référentiel lui permettant de juger de l'opportunité de la révocation : l'intérêt social, et elle ne manque pas d'y faire référence dans ses décisions[501]. Le

---

495 B. FEUGERE, « L'indispensable indépendance de l'administrateur d'une société anonyme », *JCP E* 1999, p. 946

496 A. PAUGET-BEYDON, *La notion de dirigeant de groupement*, préc., note 910 p. 248

497 article L. 225-35 al. 3 du Code de commerce : « *Le président ou le directeur général de la société est tenu de communiquer à chaque administrateur tous les documents et informations nécessaires à l'accomplissement de sa mission* »

498 CA Aix-en-Provence, 3 févr. 1966 : *JCP G* 1966, II, 14861, note PERCEROU ; *Rev. sociétés* 1966, p. 437, note M. PLAISANT

499 Pour une étude plus détaillée de la révocation des dirigeants, V. *infra* n° 79 et s.

500 article L. 255-55 du Code de commerce

501 R. BAILLOD, « Le « juste motif » de révocation des dirigeants sociaux », *RTD com.* 1983, p. 395, spéc. n° 16 et s., p. 406 et s. – V. pour des exemples: Cass. com., 17 juill. 1984, n° 83-12925 : *Bull. civ.* 1984, n° 240 ; *Rev. soc.* 1984, p. 791, note J. G. : « *une divergence de vue sur la gestion ou la politique sociales survenant entre un nouveau groupe d'actionnaires majoritaires et un membre du directoire est de nature à nuire à l'efficacité de la direction et constitue par là un motif légitime de révocation* » - Cass. com., 24 avril 1990, n° 88-20183 : *BRDA* 1990, n° 13, p. 9 : « *Mais attendu que, par les constatations critiquées à la première branche, la cour d'appel a considéré que la révocation de M. Y... était conforme à l'intérêt social, et, en l'état de ces seules énonciations, a pu décider que cette révocation n'avait pas été faite sans justes motifs* »- Cass. com., 4 mai 1993, n° 91-14693 : *Bull. civ.* 1993, n° 175 ; *RJDA* 1993, n° 1048 ; *Rev. sociétés* 1993, p. 800, note P. DIDIER ; *JCP G* 1993, IV, 1688 ; *JCP E* 1993, I, 288, n° 12, note A. VIANDIER et J.-J. CAUSSAIN ; *D.* 1993, inf. rap. p. 148 ; *Bull. Joly Sociétés* 1993, p. 769, note BAILLOD : « *Attendu que pour débouter M. X... de sa demande, la cour d'appel a retenu que celui-ci avait perdu la confiance de ses associés en créant chez au moins un client et surtout chez ces derniers, un état d'esprit fâcheux, et que sa révocation s'était avérée justifiée même si le chiffre d'affaires de la société n'avait cessé de croître et si aucune faute de gestion ne pouvait être relevée à son encontre ; Attendu qu'en se déterminant par ces motifs, impropres à établir en quoi l'attitude de M. X... pouvait constituer une faute de gestion ou était de nature à compromettre l'intérêt social ou le fonctionnement de la société, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision* » - Cass. com., 15 févr. 1994, n° 92-12201 : « *la décision prise par le gérant était gravement préjudiciable à l'intérêt social et constituait un juste motif de révocation* » - Cass. com., 4 mai 1999, n° 96-19503 : *Bull. civ.* 1999, n° 94 ; *Bull. Joly Sociétés* 1999, p. 914, note P. LE CANNU ; *JCP E* 1999, p. 1083 ; *Dr. sociétés* août-sept. 1999, p. 12 : « *Attendu, selon l'arrêt attaqué, que Mme X..., cogérante de la société à responsabilité Natacha, a été révoquée de ses fonctions par décision de l'assemblée générale ; qu'invoquant l'absence de justes motifs, elle a assigné la société en paiement de dommages-intérêts ; Attendu que pour accueillir cette demande, l'arrêt retient l'absence de preuves précises, s'agissant des faits rapportés à la charge de Mme X..., qui manifestent essentiellement une mésentente indiscutable entre les deux cogérantes, à*

conseil d'administration peut donc contrôler tous les actes des dirigeants et leur conformité à l'intérêt social. La révocation du dirigeant est ainsi fondée en cas de mauvaise gestion[502], de mésentente entre les membres de la société[503] ou encore de perte de confiance dans le directeur général[504]. Par contre, elle est jugée abusive lorsqu'elle est fondée sur des motifs de pure opportunité[505]. En outre, le conseil d'administration dispose du pouvoir de définir « *les orientations de l'activité de la société* »[506]. Autrement dit, il est chargé de définir la politique économique de l'entreprise. Dès lors, il est fondé à contrôler le respect de cette politique par la direction générale et non seulement les fautes commises dans l'exécution de cette politique.

Outre cette mission générale de contrôle-surveillance, le conseil d'administration se voit également doté de compétences spéciales[507] en matière de contrôle des cautions, avals et garantie[508], des conventions réglementées[509] et de la rémunération des dirigeants[510].

On peut ajouter qu'au sein même du conseil, le président est chargé d'une mission particulière de contrôle. « *Il veille au bon fonctionnement des organes de la société et*

---

l'exclusion de toute faute grave justifiant une révocation de la cogérante ; Attendu qu'en se déterminant ainsi, sans rechercher si cette mésentente n'était pas de nature, ainsi que le soutenait la société Natacha, à compromettre l'intérêt social ou le fonctionnement de la société, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision » - Cass. com., 19 déc. 2006, n° 05-15803 : *Bull. civ.* 2006, n° 269 ; *Rev. sociétés* 2007, p. 331, note B. SAINTOURENS ; *Bull. Joly Sociétés* 2007, p. 502, note P. LE CANNU ; *RTD com.* 2007, p. 168, note P. LE CANNU : « *Mais attendu qu'après avoir constaté qu'un grave désaccord sur le mode de gestion de la société et une forte mésentente opposaient les deux membres du directoire et relevé que ces circonstances ne permettaient pas un fonctionnement collégial de cet organe et étaient de nature à mettre en péril la bonne marche et la pérennité de la société, l'arrêt retient que la répercussion négative sur la vie de la société des désaccords profonds et manifestes entre les membres du directoire a constitué pour les actionnaires un juste motif pour révoquer M. X... de ses fonctions ; qu'en l'état de ces constatations et appréciations, desquelles il résulte que la révocation de M. X... trouvait un juste motif dans l'existence, entre les deux membres du directoire, d'une mésentente de nature à compromettre l'intérêt social, la cour d'appel, qui a fait la recherche visée par la première branche et n'avait pas à procéder à celle, inopérante, relative à l'imputabilité, visée par la seconde branche, a légalement justifié sa décision* »

502 V. par ex. en cas de « *chimérique spéculation* » et de « *gestion ruineuse* » : Cass. com., 17 déc. 1974 : *Rev. sociétés* 1975, p. 463, note J. H. - de découvert bancaire : CA Paris, 13 mars 1984 : *BRDA* 1984, n° 9, p. 11 - d'audit injustifié : Cass. com., 15 févr. 1994, n° 92-12201 : préc. note 501

503 Cass. com., 4 nov. 2008, n° 07-19303 : *RTD com.* 2009, p. 152, note C. CHAMPAUD et D. DANET : une Cour d'appel avait condamné une société au paiement de dommages-intérêts pour révocation abusive de son directeur général en raison de son caractère brutal et vexatoire et sans juste motif. La Cour de cassation casse l'arrêt au motif « *qu'en se déterminant ainsi sans rechercher s'il ne résultait pas du procès-verbal de la réunion du 13 mars 2003 une mésentente entre les membres de la société, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision* »

504 Cass. com., 12 juin 2007, n° 06-13900 : *RTD com.* 2008, p. 131, note P. LE CANNU et B. DONDERO ; *Bull. Joly Sociétés* 2008, p. 43, note B. SAINTOURENS : la Cour d'appel a légalement justifié sa décision en relevant que les relations entre le dirigeant et la société, « *étaient devenues conflictuelles et incompatibles avec la confiance que nécessite l'accomplissement d'un mandat social* »

505 CA Reims, 10 nov. 1975 : *Rev. sociétés* 1976, p. 314 note J. G. (rendu à propos d'un gérant de SARL) : « *la révocation repose sur une cause légitime dès l'instant où elle s'appuie sur une appréciation économique de la gestion et non pas sur de simples considérations d'opportunité, de politique intérieure de la société ou du groupe dont elle fait partie* »

506 article L. 225-35 du Code de commerce

507 V. pour de plus amples développements R. CONTIN, *Le contrôle de la gestion des sociétés anonymes*, préc., spéc. n° 418 et s., p. 292 et s.

508 article L. 225-35 al. 4 du Code de commerce

509 article L. 225-38 du Code de commerce

510 article L. 225-53 al.3 du Code de commerce

s'assure en particulier que les administrateurs sont en mesure de remplir leur mission »[511]. Il s'agit essentiellement de s'assurer que les administrateurs ont à leur disposition toutes les informations nécessaires en vertu de l'article L. 225-35 du Code de commerce. Cela ne fait pas de lui l'informateur privilégié des administrateurs[512]. Ces derniers restent tenus de s'informer par eux-mêmes, quitte à interroger le président si nécessaire. La tache de ce dernier est de s'assurer que les informations les plus importantes ont bien été transmises et que les autres sont bien à la disposition du conseil[513].

62. Nature du contrôle exercé par le conseil d'administration. La complexité de la tâche de la direction générale et la difficulté de son appréciation ont favorisé l'émergence d'un contrôle « clanique » du conseil d'administration. Comme nous l'avons vu, les administrateurs tendent à devenir de véritables professionnels et entendent faire reconnaître leurs compétences. Le risque est pourtant de voir se développer une véritable caste fermée de dirigeants, ce qui ne favorisera pas l'indépendance que l'on souhaiterait retrouver en chacun d'eux.

La mission de contrôle du conseil d'administration est toutefois singulière. En effet, ce dernier ne se contente pas d'être un observateur de la gestion de la société, il en est également l'un des principaux acteurs[514]. Les administrateurs sont donc amenés à opérer un autocontrôle sur leurs propres actes.

β : L'autocontrôle des dirigeants

63. Le cumul du contrôle-direction et du contrôle-surveillance. La qualité de dirigeant de société n'exclut pas le pouvoir ou le devoir de surveillance. Le contrôle-direction et le contrôle-surveillance ne sont pas exclusifs l'un de l'autre, au contraire. En effet, en cas de pluralité de dirigeants, la jurisprudence impose à chacun l'obligation de s'assurer de la bonne gestion des autres[515]. Ceci s'applique aux gérants de sociétés civiles, de SARL et de SNC[516]

---

511 article L. 225-51 du Code de commerce

512 R. BAILLOD, « « l'information des administrateurs de sociétés anonymes », *RTD com.* 1990, p. 1, spéc. n° 17 et s., p. 11 et s.

513 T. LEOBON, « L'information du conseil d'administration : gestion et responsabilité », *Bull. Jolly* 2006, p. 168, spéc. n° 25 p. 175

514 V. *supra* n° 19 et s.

515 A. PAUGET-BEYDON, *La notion de dirigeant de groupement*, préc., spéc. n° 522 p. 249

516 Cass. com., 11 oct. 1971, n° 69-13694 : *Bull. civ.* 1971, n° 235 : La Cour de cassation rejette le pourvoi dès lors que la cour d'appel a justement retenu a la charge du dirigeant les fautes commises par lui dans l'exercice de son mandat. Ce dernier « *a ainsi commis la grave négligence de ne pas remplir les fonctions de gérant pour lesquelles il avait été désigné et de ne pas surveiller la gestion de son cogérant* » – V. également Cass. com., 9 déc. 1957 : *Bull.* civ. 1957, n° 338 - Cass. com., 24 mars 1965, n° 62-13319 : *Bull.* civ. 1965, n° 231 - Cass. com., 24 oct. 1978, n° 76-13392 : *Bull. civ.* 1978, n° 239 - CA Paris, 16 nov. 1988 : *Bull. Joly Sociétés* 1989, p. 189, note LE CANNU - CA Paris, 30 juin 1989 : *BRDA* 1989, n° 20, p. 20

mais également aux directeurs généraux et administrateurs de sociétés anonymes. Ainsi, dans un arrêt de 1994, la Cour de cassation a condamné en comblement de passif un président de conseil d'administration[517] en raison de « *l'absence de contrôle des activités du directeur général* »[518]. Il n'y a aucune raison que la même obligation ne pèse pas entre les membres du conseil d'administration et entre directeurs de même niveau hiérarchique même si aucune jurisprudence n'existe sur ce point[519].

64. Fondement de l'autocontrôle directorial. Le fondement de l'autocontrôle des dirigeants de sociétés se trouve dans l'omnipotence de leur pouvoir de gestion[520]. En effet, tous les dirigeants disposent des mêmes pouvoirs les plus étendus pour agir en toute circonstance au nom de la société. Le contrôle des actes de gestion des codirigeants rentre bien dans cette définition. On peut à l'appui de cette thèse relever qu'en cas de cogérance, le droit donne un droit de veto à chacun des dirigeants pour bloquer les décisions de gestion prises par les autres, même si une telle opposition est inopposable aux tiers de bonne foi[521].

χ : Le contrôle-surveillance plus restreint du conseil de surveillance

65. Définition légale du contrôle-surveillance par le conseil de surveillance. Trois formes sociales disposent d'un conseil de surveillance : la société en commandite par actions[522], la société anonyme[523] et la société par actions simplifiée. Dans ces deux derniers cas, cela relève d'un choix statutaire[524]. Dans la SAS, les pouvoirs du conseil de surveillance sont parfaitement libres et relèvent des statuts[525].

Dans la SA, « *le conseil de surveillance exerce le contrôle permanent de la gestion de la société par le directoire* »[526]. Ce contrôle s'opère tant sur la gestion que sur la comptabilité de la société. En effet, l'article L. 225-68 alinéa 3 du Code de commerce dispose qu'à « *toute époque de l'année, le conseil de surveillance opère les vérifications et les contrôles qu'il juge opportuns* », tandis que l'alinéa 5 fait expressément référence au contrôle des documents

---

517 Président directeur général en raison de l'absence de dissociation possible avant la loi NRE de 2001

518 Cass. com., 22 mars 1994, n° 92-14894 – V. pour un autre exemple de l'obligation de surveillance des actes du directeur général pesant sur le président : Cass. com., 23 févr. 1993, n° 91-12778

519 A. PAUGET-BEYDON, *La notion de dirigeant de groupement*, préc., spéc. note 920, p. 250

520 A. PAUGET-BEYDON, *La notion de dirigeant de groupement*, préc., spéc. n° 523 et s., p. 250 et s.

521 articles 1848 du Code civil pour la société civile, L. 221-4 du Code de commerce pour la SNC, L. 223-18 du Code de commerce pour la SARL

522 article L. 226-4 du Code de commerce

523 article L. 225-68 du Code de commerce

524 article L. 225-57 du Code de commerce

525 article L. 227-5 du Code de commerce

526 article L. 225-68 al. 1er du Code de commerce

comptables de la société. Lorsque la société est admise à la négociation sur un marché réglementé, le conseil de surveillance doit obligatoirement comprendre un comité d'audit[527].

Dans la SCA, l'article L. 226-9 du Code de commerce dispose que le conseil de surveillance « *assume le contrôle permanent de la gestion de la société* ». Mais cet article fait un parallèle entre la mission du conseil et celle du commissaire aux comptes. Leurs prérogatives sont identiques et le conseil doit dresser un rapport sur les comptes sociaux. Néanmoins, la doctrine semble s'accorder pour ne pas limiter la mission du conseil de surveillance de la SCA à un simple contrôle comptable. Son rôle est donc identique à celui du conseil de surveillance de la SA[528] et leur étude pourra se faire conjointement.

66. Le contrôle de la comptabilité. Le contrôle de la gestion de la société est indissociable du contrôle de la comptabilité qui n'en est que la traduction chiffrée[529]. Le conseil de surveillance est donc également investi d'une mission de vérification des documents comptables[530]. Cette mission risque de faire doublon avec celle du commissaire aux comptes[531] car les sources d'information relatives à la tenue des comptes sociaux sont identiques pour les deux organes[532], même si le pouvoir de contrôle des filiales est moindre pour le conseil de surveillance. En effet, la mission de contrôle de la gestion des membres du conseil de surveillance « *est limitée à la société* […] *dont ils sont membres du conseil de surveillance et ne saurait s'étendre de plein droit aux sociétés dans lesquelles la société* […] *possède des participations qu'il n'entre pas dans leur mission de contrôler, sauf à démontrer que des pièces précisément énumérées sont nécessaires à l'efficacité de leur contrôle de la société* »[533]. Néanmoins, l'étendue du contrôle exercé par le conseil de surveillance et le commissaire aux comptes diffère. Ce dernier n'a aucun droit de s'immiscer dans la gestion de la société et doit même se garder de donner son avis sur l'opportunité de cette gestion[534]. De plus, la législation récente permet d'optimiser ce double contrôle[535]. En effet, ces textes font du conseil de surveillance l'un des destinataires de la mission du commissaire aux comptes, lequel participe aux réunions du conseil.

---

527 article L. 823-19 du Code de commerce – V. *supra* n° 60

528 PH. MERLE, *Droit commercial, Sociétés commerciales*, préc., spéc. n° 594, p. 736 - *Mémento Lefebvre Sociétés commerciales* 2012, préc., spéc. n° 44810

529 H. CHASSERY, « Les attributions du conseil de surveillance », préc., spéc. n° 10 p. 463

530 articles L. 225-68 al. 3 et 5 du Code de commerce pour la SA et L. 226-9 al. 2 pour la SCA

531 *JCl. Société Traité*, Fasc. 133-60, par J.-J. CAUSSAIN, spéc. n° 120

532 M.-D. CRUEGE, « La dualité des organes de contrôle dans les sociétés anonymes à directoire », préc., spéc. p. 424 et s.

533 CA Paris 3e ch. A, 30 août 2005 : *Bull. Joly Sociétés* 2006, p. 205, note R. BAILLOD

534 E. DU PONTAVICE, « Le principe de non immixtion dans la gestion à l'épreuve des faits », *Rev. sociétés* 1968, p.1

535 Loi n° 2003-706 du 1er août 2003 et Ordonnance n° 2005-1126 du 8 septembre 2005

67. Le contrôle de la régularité de l'action des dirigeants. La mission du conseil de surveillance porte plus généralement sur la régularité de la gestion au regard de la législation en vigueur et des statuts. Mais il va plus loin que cela et, à la différence de la mission dévolue au commissaire aux comptes, c'est d'un véritable contrôle d'opportunité qu'il s'agit[536]. En effet, le conseil de surveillance doit apprécier « *la valeur commerciale* » de la gestion du directoire, « *c'est-à-dire les avantages et les inconvénients qui en résultent pour la société* »[537].

Selon Monsieur Chassery : « *Le contrôle de la gestion s'analyse comme l'appréciation de l'opportunité des actions menées par le directoire en matière commerciale, financière, administrative ou industrielle. Cette tâche amène les contrôleurs à examiner l'utilisation faite des données fournies par une étude de marché, la pertinence des achats et des ventes réalisés par la société en raison de la conjoncture, l'efficacité d'une action publicitaire. L'élaboration de pareil jugement obligera ceux qui le formulent à comparer les résultats obtenus et les moyens employés afin de mesurer dans un premier temps les écarts entre les prévisions et les réalisations dont ils cherchent dans un deuxième temps à découvrir les causes et à identifier les responsables* »[538].

Si le conseil de surveillance a pour mission de contrôler l'action du directoire, il ne doit pas, en principe, s'immiscer dans la gestion de la société[539]. Ceci ne veut pas dire que le conseil ne pourra pas émettre de critiques. Loin de là, c'est même son rôle. Certains auteurs ont pourtant douté de cette faculté de remettre en cause la gestion globale de la société par le directoire[540]. Il semble que, dès lors que le conseil n'a pas un pouvoir de décision mais a pour mission la bonne information de l'assemblée générale, rien ne fasse obstacle à une telle critique de l'action du directoire[541]. Néanmoins, l'appréciation de l'action du directoire ne devrait pouvoir concerner que les moyens de cette action et non le choix de la politique menée par le directoire car, à la différence du conseil d'administration, il ne dispose pas du pouvoir d'arrêter cette politique[542]. Ils n'encourent aucune responsabilité « *en raison des actes de*

---

536 J. HEMARD, F. TERRE et P. MABILAT, *Sociétés commerciales*, t. 1, Dalloz 1972, spéc. n° 1142, p. 1000

537 G. RIPERT et R. ROBLOT, par M. GERMAIN et V. MAGNIER, *Traité de droit de affaires*, t. 2, *Les sociétés commerciales*, préc., spéc. n° 1715 p. 533

538 H. CHASSERY, « Les attributions du conseil de surveillance », préc., spéc. n° 10 p. 463

539 C. GERSCHEL, « Le principe de non immixtion en droit des affaires (1ère partie) », *LPA* 30 août 1995, p. 8, spéc. n° 9

540 R. SINAY, « La société anonyme de type nouveau du projet de loi française sur les sociétés commerciales », *Gaz. Pal.* 1966, 1, doctr. p. 50, spéc. n° 39 p. 57

541 M.-D. CRUEGE, « La dualité des organes de contrôle dans les sociétés anonymes à directoire », *Rev. sociétés* 1975, p. 421, spéc. p. 429.

542 J. HEMARD, F. TERRE et P. MABILAT, *Sociétés commerciales*, t. I, préc., spéc. n° 1142, p. 1000 - HOUIN et GORE, « La réforme des sociétés commerciales », *D.* 1967, chron. p. 124, spéc. note 71 p. 140

gestion et de leur résultat »[543]. Le conseil est donc compétent pour juger de l'opportunité des moyens mis en œuvre pour réaliser la politique économique de la société mais le contrôle de l'opportunité de cette politique lui échappe. Il semble quand même qu'on ne puisse lui reprocher de donner son avis sur la question ni le sanctionner pour son silence.

Outre leur pouvoir général de contrôle-surveillance, les organes de surveillance disposent, selon la forme sociale, de pouvoirs spéciaux de contrôle des actes des dirigeants en matière de conventions réglementées[544] et de cautions, avals et garanties, de cession d'immeubles, de cession de participations, de constitution de suretés[545] et de rémunération des membres du directoire[546] dans la SA[547].

Le contrôle exercé par le conseil de surveillance s'apparente à un contrôle clanique, même en l'absence de participation à la gestion de la société. En effet, la mission du directoire et celle de la direction générale sont identiques et le conseil de surveillance, tout comme le conseil d'administration, a le même devoir de vérification tant du mode de gestion que de ses effets.

68. Le bénéficiaire du contrôle-surveillance. Enfin, il semble utile de s'intéresser aux destinataires de la mission de contrôle du conseil de surveillance. Dans leur ouvrage, Hémard, Monsieur Terré et Mabilat retracent l'histoire « parlementaire » de cette question[548]. Lors de l'élaboration de la Loi du 24 juillet 1966, et plus spécialement de l'article 128 relatif au conseil de surveillance de la SA, l'Assemblée nationale avait souhaité inscrire dans la loi que ce contrôle était exercé « *dans l'intérêt des actionnaires* »[549]. Le Sénat s'est opposé à cette formulation au motif que l'action du conseil de surveillance était orientée plutôt vers l'intérêt de la société elle-même et dans l'intérêt des tiers[550]. La navette parlementaire n'ayant pas mis fin au conflit[551], c'est la commission mixte paritaire qui a finalement tranché en faveur du Sénat[552]. La loi est donc muette sur les intérêts que le contrôle du conseil de surveillance est censé protéger. Néanmoins, au regard des débats parlementaires, c'est bien l'intérêt de la société elle-même et celui des tiers qui doit servir de fondement à la mission du conseil. Les

---

543 articles L. 225-257 du Code de commerce pour la SA et L. 226-13 pour la SCA – R. NEMEDEU, *Le contrôle des dirigeants de la société anonyme*, préc., spéc. p. 90

544 articles L. 225-86 du Code de commerce pour la SA, et L. 226-10 pour la SCA

545 article L. 225-68 du Code de commerce

546 article L. 225-90-1 du Code de commerce

547 Sur ces autorisations, V. *infra* n° 73

548 J. HEMARD, F. TERRE et P. MABILAT, *Sociétés commerciales*, t. I, préc., spéc. n° 1141 p. 1000

549 *JOAN déb.*, séance du 8 juin 1965, p. 1869

550 *JO Sénat déb.*, séance du 22 avril 1966, p. 257

551 *JOAN déb.*, séance du 10 juin 1966, p. 1936 - *JO Sénat déb.*, séance du 22 juin 1966, p. 927

552 BASTIAN, « La réforme du droit des sociétés commerciales », *JCP G* 1968, I, 2183

membres du conseil de surveillance ne pourraient donc pas se retrancher derrière un éventuel *quitus* de l'assemblée générale pour échapper à leur responsabilité. En effet, ils se doivent d'exécuter leur mission de contrôle-surveillance de manière indépendante et ne sont pas soumis à l'intérêt majoritaire.

Le contrôle-surveillance des organes spécifiques de contrôle de la société est particulièrement étendu et s'exerce en toute indépendance, tant des associés majoritaires que des organes de direction. Il va de soi que l'exercice de cette importante mission requiert des prérogatives importantes en matière d'accès à l'information. La loi met donc un certain nombre de moyens d'information à leur disposition.

3 : Les moyens du contrôle-surveillance des organes de contrôle des sociétés

Les organes de contrôle de la société ne peuvent mener à bien leur mission que s'ils ont pleinement accès à l'information relative aux actes de gestion des dirigeants. Ce droit à l'information a connu une évolution différente selon les organes.

69. Le droit à l'information du conseil de surveillance de société anonyme. Le conseil de surveillance des sociétés anonymes à directoire dispose, depuis la Loi de 1966, du droit de se faire communiquer « *les documents qu'il estime utiles à l'accomplissement de sa mission* »[553]. Le directoire est également tenu de lui présenter un rapport trimestriel[554] ainsi que l'ensemble des documents comptables après la clôture de chaque exercice[555]. L'ensemble de ces prérogatives lui est toujours reconnu aujourd'hui[556]. Autrement dit, le conseil dispose d'un pouvoir très étendu. Il a accès à tous les documents émanant de la société. Il peut même faire appel à un cabinet spécialisé pour réaliser un audit de la société[557].

La loi est par contre muette sur la possibilité pour un membre du conseil de surveillance seul d'exercer seul un acte de contrôle. De même, contrairement aux membres du conseil d'administration[558], rien n'est précisé sur l'éventuelle obligation du directoire de fournir à chaque membre du conseil de surveillance les informations nécessaires à l'accomplissement de sa mission. Le Garde des Sceaux a comblé cette lacune de la loi en précisant que le caractère collégial du conseil de surveillance ne s'opposait évidemment pas à ce que chacun des membres du conseil puisse individuellement requérir du directoire la fourniture de tout

---

553 article 128 al. 3 de la loi du 24 juillet 1966
554 article 128 al. 4 de la loi du 24 juillet 1966
555 article 128 al. 5 de la loi du 24 juillet 1966
556 article L. 225-68 du Code de commerce
557 CA Paris, 3e ch., 14 juin 2002 : *JCP E* 2003, 627, note J.-J. CAUSSAIN, F. DEBOISSY, G. WICKER
558 article L. 225-35 al. 3 du Code de commerce

document et renseignement qu'il estimerait utile à l'exercice de sa mission de contrôle. Par contre, le ministre est plus réservé sur la possibilité pour un membre du conseil de surveillance de se faire assister d'un technicien étranger à la société. En effet, l'intervention d'un tiers au sein de la société, même à la demande d'un associé, est toujours subordonnée à l'existence d'une disposition expresse en ce sens. Or cette éventualité n'est pas prévue pour les membres du conseil de surveillance[559].

Le droit à l'information du conseil de surveillance connaît une autre limite, dans les groupes de sociétés, la mission du conseil ne s'étend pas de plein droit aux sociétés contrôlées. S'il ne semble pas totalement exclu que les membres du conseil puissent obtenir des informations sur les filiales de la société, ils ne peuvent le faire que s'ils justifient que ces renseignements présentent un intérêt pour le contrôle de la société dont ils sont l'organe[560].

70. Le droit à l'information des administrateurs de sociétés anonymes. Le droit à l'information des administrateurs n'a été reconnu que beaucoup plus tardivement. La Loi de 1966 n'évoquait pas l'accès aux documents sociaux par les administrateurs[561]. Tout au plus évoquait-elle l'obligation de discrétion dont ils sont tenus relativement aux informations fournies par le président lors des réunions du conseil[562]. En 1977, lors d'une réponse ministérielle, le ministre de la Justice s'était montré favorable à la reconnaissance du droit à l'information des administrateurs : « *il ne semble pas qu'en l'absence de disposition expresse lui en faisant obligation, la société soit tenue de délivrer aux administrateurs copies de tous les documents sociaux et notamment des procès-verbaux du conseil d'administration. Par contre, les administrateurs doivent pouvoir, pour être pleinement informés, prendre connaissance de tous ces documents et se les faire communiquer. Pourvu qu'ils agissent dans un but légitime et qu'ils ne commettent aucune divulgation, il semble également qu'ils puissent prendre eux-mêmes copie partielle ou totale de ces documents* »[563].

La jurisprudence a été la première à reconnaître un véritable droit à l'information des administrateurs dans deux arrêts de la chambre commerciale de la Cour de cassation : Cointreau du 2 juillet 1985[564] et Dennery du 1er décembre 1987[565]. Le premier arrêt, de 1985,

---

559 *Rép. min. à M. Le Douarec*, n° 15330 : *JOAN Q* 25 janv. 1975, p. 310 ; *Rev. sociétés* 1975, p. 332

560 CA Paris, 3e ch. A, 30 août 2005 : préc. note 533

561 R. NEMEDEU, *Le contrôle des dirigeants de la société anonyme*, préc., spéc. p. 94

562 article 100 de la loi du 24 juillet 1966

563 *Rép. min. Just. à M. Durieux, dép., JOAN* 31 mars 1977, p. 1396 ; *Bull. Joly Sociétés* 1977, p. 269, 2ème rép.

564 Cass. com., 2 juill. 1985, n° 83-16887 : *Bull. civ.* 1985, n° 203 ; *Bull. Joly Sociétés* 1985, p. 865 et p. 962 ; *JCP E* 1985, II, 20518 et 14578, note A. VIANDIER ; *D.* 1986, 351, note Y. LOUSSOUARN ; *Rev. sociétés* 1986, p. 231, note P. LE CANNU ; *Defrénois* 1986, art. 33713, note J. HONORAT – V. également P. LE CANNU, « Le droit à l'information de l'administrateur préalablement à la réunion du conseil d'administration », *Bull. Joly Sociétés* 1985, p. 923

concerne une demande d'annulation d'une délibération du conseil d'administration pour défaut d'information d'un administrateur. Selon la Cour de cassation, « *le conseil d'administration est appelé à agir au nom de la société, qu'il s'ensuit que le président de ce conseil doit mettre les administrateurs en mesure de remplir leur mission en toute connaissance de cause* ». Elle reproche alors à la Cour d'appel de ne pas avoir recherché si l'administratrice demandeuse « *avait reçu au préalable et dans un délai suffisant l'information à laquelle elle avait droit* ». Ce droit à l'information est énoncé encore plus clairement dans l'arrêt de 1987 puisque la Cour de cassation y énonce dans un attendu de principe que « *le conseil d'administration est investi des pouvoirs les plus étendus pour agir en toute circonstance au nom de la société et que ses membres sont responsables des fautes commises dans l'exercice de leurs fonctions ; qu'il s'ensuit que le président de ce conseil doit mettre ceux-ci en mesure de recevoir les informations qui leur sont nécessaires* ».

Ces deux décisions sont fondées sur l'étendue des pouvoirs du conseil en matière de gestion de la société[566] et ont conduit à la consécration du principe du droit à l'information des administrateurs par la doctrine[567].

Il a fallu attendre la Loi NRE du 15 mai 2001 pour que le législateur ajoute ce droit à l'information dans l'ordonnancement législatif. Il disposait à l'origine que « *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* »[568]. Dans sa rédaction actuelle issue de la Loi du 1er août 2003, l'article L. 225-35 alinéa 3 du Code de commerce dispose que : « *Le président ou le directeur général de la société est tenu de communiquer à chaque administrateur tous les documents et informations nécessaires à sa mission* ». Cette nouvelle rédaction vise à limiter l'accès des administrateurs aux seuls documents utiles. Chaque administrateur dispose donc du même droit à l'information que le conseil de surveillance collégialement.

71. Le droit à l'information du conseil de surveillance de société en commandite par actions. Le cas du conseil de surveillance de la société en commandite par actions est particulier. En effet, la loi ne fait pas référence à un droit général à l'information mais confère

---

565 Cass. com., 1er déc. 1987, n° 86-13682 : *Bull. civ.* 1987, n° 260 ; *LPA* 28 déc. 1987, p. 7, note p. MORETTI ; *Rev. sociétés* 1988, p. 237, note P. LE CANNU

566 R. NEMEDEU, *Le contrôle des dirigeants de la société anonyme*, préc., spéc. p. 96

567 V. sur ce sujet : R. BAILLOD, « L'information des administrateurs de sociétés anonymes », préc. - J.-P. BOUERE, « L'information du conseil d'administration », *JCP E* 1992, II, 515 - P. LE CANNU, « La protection des administrateurs minoritaires », *Bull. Joly Sociétés* 1990, p. 511 - R. M. BORGES, « Le droit à l'information individuel des administrateurs de société anonyme », *Bull. Joly Sociétés* 1997, p. 843 - T. LEOBON, « L'information du conseil d'administration : gestion et responsabilité », préc.

568 article L. 225-35 al. 3 du Code de commerce dans sa rédaction issu de la loi NRE du 15 mai 2001

au conseil les mêmes pouvoirs que les commissaires aux comptes[569]. Il dispose donc d'un droit à l'information particulièrement étendu. En effet, les commissaires aux comptes « *peuvent se faire communiquer sur place toutes les pièces qu'ils estiment utiles à l'exercice de leur mission et notamment tous contrats, livres documents comptables et registres des procès-verbaux* »[570]. En cela, on note déjà un avantage certain des conseils de surveillance de SA et de SCA sur le conseil d'administration de SA en matière de droit d'accès à l'information. En effet, le conseil de surveillance, dans ces deux formes sociales, évalue lui-même l'importance que peuvent avoir certaines informations pour l'accomplissement de sa mission alors que dans la SA à conseil d'administration, l'information passe par le filtre de la direction générale à qui il revient de décider si les informations demandées sont pertinentes.

Le conseil de surveillance de la SCA dispose également de prérogatives dont ne disposent pas les conseils de la SA. En effet, les commissaires aux comptes peuvent obtenir toutes les informations utiles à leur mission auprès des autres sociétés du groupe (sociétés mères et filiales) et auprès des tiers ayant accompli des opérations pour le compte de la société[571]. Le conseil de surveillance de la SCA dispose donc des mêmes droits.

Le droit positif consacre donc le principe du droit à l'information des conseils de la société. Il est indispensable au bon exercice du contrôle-surveillance par ces organes. Ce contrôle ne présenterait pourtant guère d'intérêt s'il n'avait pas des finalités particulières.

4 : Les finalités du contrôle-surveillance exercé par les organes de contrôle de la société

La finalité du contrôle-surveillance opéré par les organes de contrôle-surveillance de la société varie suivant la forme sociale et le conseil qui l'exerce. On peut distinguer trois finalités à ce contrôle : la préparation de l'information au profit des actionnaires (a), l'autorisation de certains actes (b) et la sanction de la direction générale (c).

a : La préparation de l'information à destination des actionnaires

72. Les rapports à destination des associés. Tant dans la SA que dans la SCA, le conseil est tenu de rendre compte de sa mission de contrôle devant les actionnaires. Ainsi, le conseil de surveillance de la SCA « *fait à l'assemblée générale ordinaire annuelle un rapport dans*

---

569 article L. 226-9 al. 1er du Code de commerce
570 article L. 823-13 al. 1er du Code de commerce
571 article L. 823-14 du Code de commerce

lequel il signale, notamment, les irrégularités et inexactitudes relevées dans les comptes annuels et, le cas échéant, les comptes consolidés de l'exercice »[572].

Dans la SA, il revient au président du conseil d'administration de rendre compte des travaux de celui-ci à l'assemblée générale[573]. Le conseil de surveillance doit, lui, présenter à l'assemblée générale ses observations sur le rapport du directoire et les comptes de l'exercice[574]. Enfin, lorsque la société fait appel public à l'épargne, le conseil d'administration ou le conseil de surveillance, selon le cas, est tenu de rendre compte dans un rapport « *de la composition, des conditions de préparation et d'organisation des travaux du conseil, ainsi que des procédures de contrôle interne et de gestion des risques mises en place par la société, en détaillant notamment celles de ces procédures qui sont relatives au traitement de l'information comptable et financière pour les comptes sociaux et, le cas échéant, pour les comptes consolidés* »[575].

La préparation de l'information au profit des associés confère donc aux différents conseils, d'administration ou de surveillance, une mission de contrôle-surveillance intermédiaire et d'assistance au profit de l'assemblée générale dans l'exercice de sa propre mission de contrôle-surveillance.

b : L'autorisation de certains actes de gestion

73. Le contrôle des actes de direction graves. Les conseils, tant dans la SA que dans la SCA, disposent du pouvoir d'autoriser certains actes[576]. Il en est ainsi essentiellement pour les conventions réglementées[577] et les cautions, avals et garanties[578]. La sanction du défaut d'autorisation par le conseil est soit la nullité[579], soit l'inopposabilité[580]. Dans la SA à conseil de surveillance, les cessions d'immeubles, cessions de participations, et constitutions de suretés doivent également être autorisées par le conseil[581] mais le défaut d'autorisation sera inopposable aux tiers[582]. Enfin, les statuts de la SA peuvent soumettre à l'autorisation du

---

572 article L. 226-9 al. 2 du Code de commerce

573 article L. 225-51 du Code de commerce

574 article L. 225-68 al. 6 du Code de commerce

575 articles L. 225-37 al. 6 et L. 225-68 al. 7 du Code de commerce pour la SA, L. 226-10-1 pour la SCA

576 Pour une étude détaillée de ce pouvoir d'autorisation au profit du conseil de la SA, V. R. NEMEDEU, *Le contrôle des dirigeants de la société anonyme*, préc. spéc. p. 37 et s. - R. CONTIN, *Le contrôle de la gestion des sociétés anonymes*, préc., spéc. n° 418 et s., p. 292 et s.

577 dans la SA et la SCA : articles L. 225-38, L. 225-86 et L. 226-10 du Code de commerce

578 uniquement dans la SA : articles L. 225-35 al. 4 et L. 225-68 du Code de commerce

579 Pour les conventions réglementées

580 Pour les cautions, avals et garanties

581 uniquement pour le conseil de surveillance dans la SA : article L. 225-68 du Code de commerce

582 article R. 225-54 al. 3 du Code de commerce

conseil d'autres actes de gestion mais ces limitations statutaires des pouvoirs des dirigeants seront également inopposables aux tiers[583].

Messieur Contin et Nemedeu classent ces autorisations dans le contrôle-surveillance « *antérieur à la passation des actes de gestion* »[584] ou « *préalable* »[585]. D'autres auteurs y voient de véritables actes de direction de la société[586]. Pour ces derniers, « *autoriser une opération, c'est gérer partiellement la société* »[587]. Ainsi, Madame Pauget-Beydon considère, à propos du conseil de surveillance de la SA, que lorsqu'il « *autorise certaines opérations, que ce soit d'ailleurs* […] *des autorisations prévues par la loi ou les statuts, il dépasse le contrôle*. […] *Il devient alors un organe dirigeant à part entière si les décisions qu'il prend sont stratégiques.* […] *Cette qualité résulte toutefois de la lettre même de la loi, lorsqu'elle admet le principe des autorisations préalables du conseil de surveillance* »[588]. Néanmoins, la lettre de la loi exonère dans le même temps le conseil de surveillance de la SA et de la SCA de toute responsabilité relative à la gestion de la société[589]. Le législateur lui-même n'envisage donc pas de telles autorisations comme de véritables actes de gestion. Il est suivi en cela par la jurisprudence[590]. Cela s'explique par le caractère spécial de ces autorisations et l'interdiction qu'elles portent sur la gestion courante de l'entreprise[591]. De plus, ces autorisations ne sauraient constituer des actes positifs de gestion. Le conseil, lorsqu'il refuse de consentir à un acte des dirigeants soumis à son contrôle, intervient pour prévenir un éventuel conflit d'intérêts[592] ou un acte manifestement contraire à l'intérêt social. Autrement dit, il vient empêcher un acte dommageable pour la société. Son rôle n'est pas de définir une quelconque politique économique. Il ne lui appartient pas de substituer à l'acte de gestion interdit un acte qu'il aurait lui-même décidé. Il doit uniquement de s'assurer que les dirigeants ne seront pas tentés de détourner leur pouvoir de direction à leur profit. Cela constitue une

---

583 articles L. 225-57 al. 3, L. 225-64 al. 3 et L. 225-68 al. 2 du Code de commerce

584 R. NEMEDEU, *Le contrôle des dirigeants de la société anonyme*, préc. spéc. p. 37

585 R. CONTIN, *Le contrôle de la gestion des sociétés anonymes*, préc., spéc. p. 292

586 A. PAUGET-BEYDON, *La notion de dirigeant de groupement*, préc., spéc. n° 724 p. 359 – V. également H. CHASSERY, « Les attributions du conseil de surveillance », préc., spéc. n° 22 p. 477 - TH. GAUTIER, *Les dirigeants et les groupes de sociétés*, préc., spéc. n° 53 - Y. GUYON, *Droit des affaires*, t. I, *Droit commercial général et sociétés*, préc. n° 356

587 H. CHASSERY, « Les attributions du conseil de surveillance », préc., spéc. n° 22 p. 477

588 A. PAUGET-BEYDON, *La notion de dirigeant de groupement*, préc., spéc. n° 724 p. 360

589 articles L. 225-257 du Code de commerce pour la SA et L. 226-13 pour la SCA

590 Cass. com., 18 avril 1989, n° 87-16188 : *Bull. civ.* 1989, n° 123 ; *Bull. Joly Sociétés* 1989, p. 568 : « *Attendu, d'autre part, que le jugement retient que les pouvoirs conférés au conseil de surveillance par les statuts de la société, ainsi que l'autorise l'article 128* [actuel article L. 225-68 al. 2 du Code de commerce] *précité, ne modifient pas le caractère d'organe exclusivement de contrôle du conseil,* […] *qu'en l'état de ces énonciations, le tribunal a répondu aux conclusions invoquées* »

591 P. LE CANNU, « La nature juridique des fonctions des membres du conseil de surveillance d'une société anonyme », *Bull. Joly Sociétés* 1989, p. 479, spéc. n° 16 p. 483

592 J.-J. CAUSSAIN, *Le directoire et le conseil de surveillance de la société anonyme*, Litec 2002, spéc. n° 313 et s., p. 185 et s. - A. PAUGET-BEYDON, *La notion de dirigeant de groupement*, préc., spéc. n° 565 et s., p. 270 et s.

sorte de contrôle-surveillance renforcé qui confère un droit de veto eu égard à l'importance de l'opération de gestion en cause.

c : La sanction des organes de direction

74. Révocation et rémunération des dirigeants. La finalité ultime du contrôle-surveillance opéré par les organes de surveillance de la société est la sanction des dirigeants. L'étendue de ce pouvoir varie néanmoins selon la forme sociale.

Dans les sociétés anonymes, le conseil d'administration dispose du pouvoir de révoquer directement le directeur général et les directeurs généraux délégués de la société[593]. Cette révocation doit être justifiée par de justes motifs, à défaut elle ouvre droit à dommages et intérêts au profit du dirigeant[594]. Le conseil peut également révoquer le président du conseil d'administration[595]. Celle-ci peut être prononcée *ad nutum* : sans préavis, sans motif et sans indemnité.

Le conseil de surveillance ne dispose pas d'un tel pouvoir mais peut convoquer l'assemblée générale[596], en fixer l'ordre du jour[597] et donc proposer à cette dernière la révocation d'un ou plusieurs membres du directoire[598]. Autrement dit, il dispose d'un pouvoir indirect de révocation des dirigeants. Les statuts peuvent également conférer au conseil de surveillance le pouvoir de révoquer directement les membres du directoire[599]. Le conseil de surveillance peut aussi prononcer la révocation *ad nutum* du président du directoire mais uniquement de ce poste et non de sa qualité de membre du directoire[600].

Le conseil d'administration ou le conseil de surveillance de la SA sont également chargés de fixer la rémunération du directeur général, et des directeurs généraux délégués, ou des

---

593 article L. 225-55 al. 1er du Code commerce - G. CHARREAUX, « Conseil d'administration et pouvoirs dans l'entreprise », *in Le gouvernement des entreprises, corporate governance, théories et faits*, préc., spéc. p. 155

594 article L. 225-55 al. 1er du Code commerce

595 article L. 225-47 al. 3 du Code de commerce

596 article L. 225-103 III du Code de commerce

597 article L. 225-105 al. 1er du Code de commerce

598 A l'origine, l'article 121 de la loi du 24 juillet 1966 disposait que « *les membres du directoire peuvent être révoqués par l'assemblée générale, sur proposition du conseil de surveillance* ». Cette formulation a été modifiée par la loi NRE et désormais le texte ne fait plus référence à cette « *proposition du conseil de surveillance* ». Pour autant, il ne s'agit pas de priver le conseil de son pouvoir de proposition mais plus simplement de permettre à l'assemblée générale de voter cette révocation même en l'absence d'initiative du conseil de surveillance : J.-J. DAIGRE, « La loi du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques », *JCP E* 2001, p. 1013

599 article L. 225-61 al. 1er du Code de commerce

600 CA Douai, 17 juin 1976 : préc. note 152 : La Cour d'appel confirme la compétence du conseil de surveillance au motif que ce dernier désigne le président du directoire, « *que la fonction de président ne confère pas à son titulaire un pouvoir de direction plus étendu que celui des autres membres du directoire* » et que « *le pouvoir de conférer à l'un des membres du directoire la qualité de président implique le pouvoir de retirer cette qualité à celui qui en est investi* »

membres du directoire[601]. Dans la SA à conseil d'administration, ce dernier est seul compétent pour fixer cette rémunération[602]. Dans la SA à conseil de surveillance, l'article L. 225-63 dispose que « *l'acte de nomination fixe le mode et le montant de la rémunération de chacun des membres du directoire* ». Aucun texte ne vient préciser les conditions de modification ultérieure de cette rémunération mais la jurisprudence considère qu'à défaut de fixation de cette rémunération dans l'acte de nomination, les membres du directoire ne peuvent prétendre à aucune rétribution[603]. Autrement dit, la rémunération des membres du directoire ainsi que toute modification intervenant postérieurement à leur nomination ne peuvent résulter que d'un vote du conseil de surveillance[604].

Le conseil dispose donc d'un second moyen de sanction du dirigeant en cas de mauvaise gestion, il peut tout simplement revoir sa rémunération à la baisse. Il peut également, à l'inverse, augmenter les rétributions versées aux directeurs généraux ou aux membres du directoire si le contrôle exercé constate une bonne gestion de l'entreprise de leur part[605].

Dans la SCA, par contre, le conseil de surveillance ne dispose pas du pouvoir de révoquer le gérant sauf si les statuts le prévoient ou par le biais de la révocation judiciaire[606]. Il n'est pas non plus compétent pour fixer la rémunération des gérants, celle-ci relevant également des statuts[607]. Leur seul pouvoir est donc de convoquer l'assemblée générale qui pourra décider d'éventuelles sanctions contre le dirigeant[608].

---

601 articles L. 225-53 al. 3 du Code de commerce pour le conseil d'administration, L. 225-63 pour le conseil de surveillance - G. CHARREAUX, « Conseil d'administration et pouvoirs dans l'entreprise », *in Le gouvernement des entreprises, corporate governance, théories et faits*, préc., spéc. p. 157

602 Cass. com., 13 févr. 1996, n° 94-11094 : *Bull. civ.* 1996, n° 51 ; *RJDA* 1996, n° 801 : « *seul le conseil d'administration peut déterminer, par une délibération sur son montant et ses modalités, la rémunération des directeurs généraux, et* […] *les paiements faits par la société ne peuvent suppléer à sa décision* » - Pour une critique, V. N. CUZACQ, « Plaidoyer en faveur de l'avénement de la démocratie actionnariale en matière de fixation de la rémunération des dirigeants des sociétés anonymes », *LPA* 3 avril 2012, p. 10

603 CA Paris, 3e ch. B, 1er déc. 2000 : *JurisData* n° 2000-132579 ; *Dr. sociétés* 2001, comm. 66, note F. X. LUCAS : la société se trouvant en cessation de paiement, un membre du directoire déclare sa créance de rémunération. La Cour d'appel rejette cette créance au motif que « *l'acte de nomination n'a pas fixé le mode et le montant de la rémunération de chacun des membres du directoire* » – La même solution s'applique pour les dirigeants de SA à conseil d'administration : Cass. com., 12 janv. 1993, n° 91-13366 : *Dr. sociétés* févr. 1993, p. 11 ; *Bull. Joly Sociétés* 1993, p. 338, note Y. CHAPUT : « *Mais attendu que les règles relatives aux contrat de travail ne sont pas applicables à la rémunération allouée au président du conseil d'administration d'une société, la détermination de cette rémunération relevant de la compétence exclusive dudit conseil d'administration ; qu'en retenant qu'à défaut pour lui d'avoir saisi ce conseil à cette fin pendant l'exercice de ses fonctions, M. C... n'était fondé à demander paiement d'aucune rémunération, la cour d'appel a légalement justifié sa décision* »

604 *JCl. Société Traité*, Fasc. 133-50, par J.-J. CAUSSAIN, spéc. n° 84

605 R. NEMEDEU, *Le contrôle des dirigeants de la société anonyme*, préc., spéc. p. 80

606 article L. 226-2 du Code de commerce

607 article L. 226-8 du Code de commerce

608 article L. 226-9 du Code de commerce

B: LES FINALITES DU CONTROLE-SURVEILLANCE DE L'ASSEMBLEE GENERALE

Nous avons précédemment qualifié le contrôle financier exercé par les associés de contrôle-surveillance[609]. De même, l'étude des moyens de ce contrôle : le droit à l'information, a été abordée[610]. Il nous faut donc maintenant nous intéresser aux finalités de ce contrôle. Les associés disposent d'abord du droit d'approuver certains actes des dirigeants (1). S'ils ne sont pas satisfaits de la gestion de ces derniers, ils peuvent les révoquer (2) ou plus simplement quitter la société (4). Enfin, en contrôlant la rémunération de la direction, ils vont pouvoir la sanctionner ou au contraire la gratifier (3).

1 : L'approbation de la gestion des dirigeants

L'assemblée générale est principalement compétente pour approuver les comptes annuels (a) et les conventions réglementées (b). Il arrive également qu'elle soit tenue de statuer sur certains actes de gestion des dirigeants (c).

a : L'approbation des comptes annuels

75. Modalités. La principale sanction du contrôle-surveillance de l'assemblée générale est l'approbation des comptes sociaux. Il s'agit même de « *l'attribution essentielle de l'assemblée générale ordinaire* »[611]. Dans toutes les sociétés commerciales, l'organe de direction est tenu de dresser à la fin de chaque exercice un inventaire, les comptes annuels et un rapport de gestion[612]. Ce rapport de gestion « *expose la situation de la société durant l'exercice écoulé, son évolution prévisible, les évènements 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* »[613]. Dans les sociétés civiles, le gérant est également tenu de rendre compte de sa gestion aux associés mais cette obligation se résume à l'obligation de dresser un rapport « *d'ensemble sur l'activité de la société au cours de l'année ou de l'exercice écoulés comportant l'indication des bénéfices réalisés ou prévisibles et des pertes encourues ou prévues* »[614]. Les associés de sociétés commerciales doivent statuer sur la

---

609 V. *supra* n° 53

610 V. *supra* n° 31 et s.

611 *Rapp. AN*, n°1368, 1964-1965, par M. LE DOUAREC, t. II, p. 105

612 article L. 232-1 I al. 1er du Code de commerce

613 article L. 232-1 II du Code de commerce

614 article 1856 du Code civil – Néanmoins, certaines sociétés civiles peuvent être tenues d'établir des comptes sociaux, V. *supra* n° 31

gestion passée des dirigeants en approuvant les comptes sociaux[615]. La loi est muette s'agissant d'une obligation similaire pesant sur les associés de sociétés civiles. Néanmoins, ces derniers peuvent prévoir dans les statuts que des comptes annuels devront être dressés par le gérant puis approuvés par l'assemblée générale[616].

76. Sanctions. Lors de l'assemblée générale d'approbation des comptes, chaque associé peut demander des explications sur des éléments des comptes annuels qui lui apparaitraient peu clairs. L'assemblée est également compétente pour modifier les comptes annuels[617]. En effet, l'assemblée générale a pour mission de contrôler la régularité et la sincérité des comptes. Elle peut par exemple modifier l'importance des amortissements ou augmenter une provision au regard d'une créance douteuse[618]. Certains auteurs estiment que ces modifications devraient être confiées au conseil de surveillance ou aux commissaires aux comptes[619], du moins lorsqu'un tel organe est présent dans la société. D'autres auteurs admettent néanmoins que l'assemblée générale est compétente pour modifier les comptes sociaux, y compris ceux précédemment approuvés[620]. En réalité, l'assemblée générale ne dispose pas des compétences requises pour procéder à une modification substantielle des comptes sociaux[621]. Elle ne peut procéder qu'à des corrections peu importantes. Dans le cas

---

615 article L. 221-7 du Code de commerce pour la SNC, L. 222-7 pour la société en commandite simple, L. 223-26 pour la SARL, L. 225-100 pour la SA, L. 229-8 (procédant par renvoi) pour la société européenne, L. 226-1 (procédant par renvoi) pour la société en commandite par action et L. 227-9 pour la SAS

616 Cass. 3e civ., 24 sept. 2003, n° 02-13039 : *JCP E* 2004, 29, note J.-J. CAUSSAIN, FL. DEBOISSY et G. WICKER ; *Dr. sociétés* 2004, comm. 23, note F.-X. LUCAS : « *Mais attendu qu'après avoir relevé que les statuts des deux sociétés stipulaient qu'il serait établi chaque année un inventaire contenant l'indication de l'actif et du passif de la société, un compte de profits et de pertes et un bilan, l'arrêt constate que M. Hubert X... n'a tenu aucune comptabilité depuis l'origine des loyers, se limitant à établir les déclarations fiscales relatives aux normes foncières ; que, par ces motifs qui suffisent à caractériser la cause légitime de révocation du gérant, la cour d'appel a légalement justifié sa décision de ce chef* »

617 Rép. min. à M. Arnaud : *JOAN Q* 15 janv. 1972, p. 106 ; *JCP CI* 1972, II, 10553 ; *Rev. sociétés* 1972, p. 380 ; *RTD com*. 1972, p. 118, note R. HOUIN : L'assemblée générale « *se prononce en particulier sur les résultats financiers de la société pendant l'exercice écoulé. Son pouvoir en ce domaine ne paraît pas, sous réserve de l'interprétation des tribunaux, devoir être limité à la simple approbation ou au rejet des comptes présentés par le conseil d'administration. La jurisprudence, approuvée par la doctrine, avait sous le régime antérieur, nettement consacré le droit pour l'assemblée des actionnaires d'apporter aux comptes les modifications qu'elle juge utile (en particulier Douai, 23 avril 1932 ; Cass. Req. 22 janv. 1926 et Houpin et Bosvieux,* Traité des société *n° 123-1)* » - Rép. min. à M. Bénard : *JOAN Q* 15 janv. 1972, p. 105 ; *Rev. sociétés* 1972, p. 552 ; *RTD com.* 1972, p. 118, note R. HOUIN - Rép. min. à M. Arnaud : *JOAN Q* 6 avril 1972, p. 819 ; *Rev. sociétés* 1972, p. 786 ; *RTD com.* 1972, p. 412 - R. NEMEDEU, *Le contrôle des dirigeants de la société anonyme*, préc., spéc. p. 134

618 Cass. req., 22 juin 1926 : *DP* 1927, jurisp. p. 117 : « *le principe de l'annualité du bilan ne s'oppose pas à ce qu'une assemblée générale d'actionnaires modifie le bilan d'un exercice antérieur ou révise la valeur qu'avaient les éléments d'actif à la fin de cet exercice, alors que ces modifications n'ont pour but que d'assurer l'exactitude et la sincérité du bilan* » - HOUPIN et BOSVIEUX, *Traité général théorique et pratique des sociétés civiles et commerciales et des associations*, Librairie de la Société du Recueil Sirey, 7e éd. 1937, spéc. n° 123-1 - *JCl. Société Traité*, Fasc. 136-40, par F. MANSUY, spéc. n° 54 et s.

619 R. HOUIN, note sous Rép. min. à M. Arnaud et Rép. min. à M. Bénard, *RTD com*. 1972, p. 118, spéc. p. 121

620 E. DU PONTAVICE, *Bull. CNCC* 1980, n° 37, p. 96

621 R. NEMEDEU, *Le contrôle des dirigeants de la société anonyme*, préc. spéc. p. 135

contraire, il conviendrait d'ajourner l'assemblée générale d'approbation pour permettre à chaque actionnaire de statuer en toute connaissance de cause[622].

L'assemblée générale peut refuser d'approuver les comptes sociaux, soit que ceux-ci comprennent certaines irrégularités, soit plus simplement que les associés entendent « *sanctionner une politique générale de gestion de l'entreprise* »[623]. Il se peut également qu'en cas de changement dans la structure du capital social de la société, les nouveaux associés majoritaires refusent d'approuver les comptes dressés par une direction dont ils ne faisaient pas partie[624]. En pratique, il est rare que l'assemblée générale rejette les comptes sociaux[625]. Lorsqu'une telle éventualité se produit, elle s'accompagne généralement de la révocation des dirigeants sociaux ou entraine leur démission[626].

Si les comptes sont approuvés, ils devront faire l'objet d'un certain nombre de formalités de publicité. L'approbation des comptes produit les mêmes effets que toute décision de l'assemblée. Elle s'impose aux tiers[627]. Elle vaut également quitus pour la gestion du conseil d'administration et du directeur général ou du directoire, ainsi que pour la mission de contrôle du conseil de surveillance. Néanmoins, ce quitus ne fait pas obstacle à une éventuelle action en responsabilité contre les mandataires sociaux[628]. Selon la COB, ce quitus n'a qu'une valeur morale[629]. Quelle que soit la forme sociale, l'approbation des comptes sociaux n'est pas une cause d'exonération de la responsabilité des dirigeants pour faute de gestion.

b : L'approbation des conventions réglementées.

77. Quitus de la responsabilité des dirigeants. Dans toutes les formes sociales à l'exception des sociétés civiles n'ayant pas d'activité économique, des SNC et des sociétés en commandite simple, il existe une procédure d'autorisation particulière pour les conventions passées directement, ou par personne interposée[630], entre la société et l'un de ses dirigeants ou une autre société dont ses derniers sont également dirigeants ou actionnaires[631]. Elle a pour

---

622 *JCl. Société Traité*, Fasc. 136-40, par F. MANSUY, spéc. n° 57

623 R. NEMEDEU, *Le contrôle des dirigeants de la société anonyme*, préc., spéc. p. 137

624 *Lamy Sociétés commerciales* 2012, préc. spéc. n° 3888

625 R. NEMEDEU, *Le contrôle des dirigeants de la société anonyme*, préc., spéc. p. 137

626 J. HEMARD, F. TERRE et P. MABILAT, *Sociétés commerciales*, t. II, Dalloz 1974, spéc. n° 366, p. 316

627 J. HEMARD, F. TERRE et P. MABILAT, *Sociétés commerciales*, t. II, Dalloz 1974, spéc. n° 376 et s., p. 324 et s.

628 articles L. 225-253 al. 2, L. 225-256 al. 1 et L. 225-257 du Code de commerce

629 *Bull. COB* juill. 1980, p. 4

630 V. A DUBOY DE LUZY, *L'interposition de personne*, LGDJ 2010

631 articles L. 223-19 du Code de commerce pour la SARL, L. 225-38 et L. 225-86 pour la SA, L. 226-10 pour la SCA, L. 227-10 pour la SAS, L. 229-7 pour la SE, L. 612-5 pour les sociétés civiles ayant une activité économique – G. BARANGER, *Conventions réglementées*, Ed. Francis Lefebvre 2007 - I. BALENSI, *Les conventions entre les sociétés commerciales et leurs dirigeants*, Economica 1975 - B. DONDERO, « Conventions réglementées : réduire les

objet d'empêcher les conflits d'intérêts. Le but est d'éviter qu'un dirigeant se trouve dans une situation ou il aura à choisir entre privilégier son propre intérêt ou celui de la société. Une telle réglementation remonte à la Loi du 23 mai 1863[632]. De façon étonnante, la jurisprudence n'étend pas cette procédure au dirigeant de fait[633].

Certaines conventions sont purement et simplement interdites. Il s'agit de toute opération de crédit ou de garantie au profit d'un dirigeant ou d'un associé, directement ou indirectement[634]. A l'inverse, les conventions courantes et conclues à des conditions normales ne sont pas concernées par la procédure d'autorisation[635]. Enfin, il faut relever qu'outre la conclusion d'un contrat, la jurisprudence soumet également toute modification contractuelle à l'approbation de l'organe de surveillance et de l'assemblée générale[636].

Cette procédure implique l'approbation de la convention par l'organe de surveillance de la société s'il y a lieu et par l'assemblée générale. Cette dernière statue au regard d'un rapport spécial du commissaire aux comptes ou du dirigeant lui-même, ce qui s'avère évidemment beaucoup moins efficace[637]. Le défaut d'approbation par l'assemblée générale n'est jamais une cause de nullité de la convention mais entraine la responsabilité des dirigeants et de l'organe de surveillance en cas de conséquence dommageable pour la société. L'approbation des comptes annuels ne peut constituer à elle seule l'approbation des conventions

---

incertitudes », *Bull. Joly Sociétés* 2012, p. 190 - B. RAYNAUD, « La prévention des conflits d'intérêts dans les sociétés par action », *JCP E* 2003, 354 - P. LE CANNU, « Les conventions réglementées après la loi du 15 mai 2001 », *Bull. Joly Sociétés* 2001, p. 720 - A. COURET, « La prévention des conflits d'intérêts : nouveau régime des conventions », *RJDA* 2002, p. 290

632 P. et PH. DIDIER, *Droit commercial*, t. II, *Les sociétés commerciales*, préc., spéc. n°738, p. 592

633 Cass. soc., 3 mai 2012, n° 10-20998 : *Bull. Joly Sociétés* 2012, p. 562, note H. BARBIER : « *Vu l'article 101 de la loi n° 66-537 du 24 juillet 1966, devenu l'article L. 225-38 du Code du commerce ; Attendu qu'aux termes de ce texte, toute convention intervenant entre une société et l'un de ses administrateurs ou directeurs généraux doit être soumise à l'autorisation préalable du conseil d'administration ; Attendu que pour annuler l'avenant signé le 11 février 1992 prévoyant une indemnité de congédiement, l'arrêt retient que si la désignation de M. X comme administrateur et directeur général n'a été approuvée par le conseil d'administration que le 30 avril 1992, la qualité de mandataire social de fait doit lui être reconnue dès le mois de janvier 1992, puisque le 6 janvier 1992, il a signé en qualité de directeur général un contrat d'embauche d'un chauffeur routier et que le 18 mars 1992 il a signé en la même qualité une note de service adressée à tous les chauffeurs de la société ; que l'avenant du 11 février 1992 n'a pas été soumis à la procédure d'autorisation prévue par les articles 101 et suivants de la loi du 24 juillet 1966 ; que cet avenant, qui fait bénéficier M. X d'une somme disproportionnée par rapport au risque qu'un contentieux éventuel résultant de la rupture du contrat de travail fait subir à l'employeur, est dommageable pour ce dernier ; Qu'en statuant ainsi, alors qu'elle avait relevé que l'avenant litigieux avait été conclu à une date à laquelle M. X n'était pas encore administrateur ou directeur général de la société, la cour d'appel qui n'a pas tiré les conséquences légales de ses constatations, a violé le texte susvisé* »

634 articles L. 223-21 du Code de commerce pour la SARL, L. 225-43 et L. 225-91 du Code de commerce pour la SA

635 articles L. 223-20 du Code de commerce pour la SARL, L. 225-39 et L. 225-87 du Code de commerce pour la SA

636 Cass. com., 27 févr. 1996, n° 94-12454 : *Bull. civ.* 1996, n° 69 ; *D. affaires* 1996, p. 587 ; *Bull. Joly Sociétés* 1996, p. 492, note P. LE CANNU ; *RTD com.* 1996, p. 482, note B. PETIT et Y. REINHARD ; *Rev. sociétés* 1996, p. 567, note Y. GUYON : « *la résiliation d'un commun accord, aussi bien que la conclusion et la modification de conventions qui entrent dans le champ d'application de l'article 101 de la loi du 24 juillet 1966, doit être soumise à l'autorisation du conseil d'administration* »

637 J.-F. BARBIERI, « Loi NRE, conventions réglementées et conventions libres : les nouvelles contrainte pour le commissaire aux comptes », *Bull. Joly Sociétés* 2003, p. 251 - B. DONDERO, « Le commissaire aux comptes et les conventions réglementées », *Gaz. Pal.* 11 août 2012, p. 8

réglementées. Ces dernières doivent faire l'objet d'un vote spécifique de l'assemblée générale[638]. Pour Messieurs Didier, ce contrôle-surveillance exercé par les associés sur les actes graves et potentiellement « *suspects* » reste toutefois peu efficace[639].

c : Les autres opérations faisant l'objet d'un vote de l'assemblée générale

78. Approbation statutaire ou libre. L'assemblée générale peut également être amenée à voter pour autoriser certains actes de gestion des dirigeants, soit que cela soit expressément prévu par les statuts, soit que les dirigeants prennent l'initiative de cette consultation. Néanmoins, ce vote ne lie pas la société. Les limitations statutaires du pouvoir des dirigeants n'ont d'effet que dans l'ordre interne et sont inopposables aux tiers, même de mauvaise foi[640]. *A fortiori*, il en va de même pour les consultations facultatives non prévues dans le pacte social. Enfin, l'assemblée générale ordinaire annuelle doit également approuver certaines « dépenses somptuaires » non déductibles des bénéfices assujettis à l'impôt sur les sociétés[641]. Il s'agit en effet « *d'actes anormaux par détermination de la loi* »[642] dont la gravité et l'absence apparente de justification au regard de l'intérêt de la société justifient un contrôle spécial des associés[643]. L'autorisation de certaines opérations de gestion par l'assemblée générale constitue un contrôle-surveillance « *ex ante* »[644].

2 : La révocation des dirigeants

79. Principe. Dans toutes les formes sociales, à l'exception de la SAS et de la SCA[645], l'assemblée générale dispose du pouvoir de révoquer, directement ou indirectement, les

---

638 Cass. com., 28 nov. 1995, n° 93-19949 : *Bull. Joly Sociétés* 1996, p. 204, note P. LE CANNU : un bail est conclu en la société et un de ses administrateurs. Ce dernier rédige un avenant modifiant le montant du loyer. La Cour d'appel déclare prescrite la nullité de l'action formée par la société *« dès lors que l'avenant avait été exécuté par l'intervention de l'assemblée générale qui avait approuvé des comptes faisant état du montant des loyers calculés conformément à ses disposition* ». La Cour de cassation casse cette décision au motif que « *l'assemblée générale des actionnaires n'avait jamais été avisée qu'un avenant au bail augmentant les loyers avait été consenti par* [l'administrateur] ».

639 P. et PH. DIDIER, *Droit commercial*, t. II, *Les sociétés commerciales*, préc., spéc. n°745, p. 597

640 V. *supra* n° 18

641 article 223 quater du Code général des impôts

642 M. COZIAN et F. DEBOISSY, *Précis de fiscalité des entreprises*, Litec 35e éd. 2012, spéc. n° 208 et s., p. 97 et s.

643 Ces dépenses somptuaires ne sont pas déductibles des résultats de la société pour le calcul de l'impôt. Il est intéressant de noter que l'administration fiscale autorise la réintégration de ces dépenses « *lorsqu'elles sont nécessaires à l'activité de l'entreprise en raison même de son objet* ». Néanmoins, « *l'intérêt de l'entreprise ne permet pas de justifier à lui seul la déduction d'une dépense somptuaire* » : *doc. adm. DGI,* 4 C-31, 30 oct. 1997, n° 7

644 J. MAATI, *Le gouvernement d'entreprise*, De Boeck Université 1999, spéc. p.16 – V. pour les autorisations données par le conseil de surveillance : *supra* n° 73 et s.

645 Sauf clause statutaire confiant cette prérogative à l'assemblée générale : article L. 226-2 al. 3 du Code de commerce pour la SCA et L. 227-9 al. 1er pour la SAS

dirigeants de la société[646]. Dans les sociétés civiles, les SNC, les SCS et les SARL, la collectivité des associés est donc compétente pour prononcer la révocation du gérant[647]. Cette révocation est libre mais à défaut de justes motifs, elle ouvre droit à dommages et intérêts au profit du dirigeant[648].

Dans la SA, l'assemblée générale peut révoquer directement les membres du conseil d'administration et du conseil de surveillance[649]. Cette révocation a lieu *ad nutum*. L'assemblée peut également révoquer directement les membres du directoire[650]. Par contre, la direction générale de la SA à conseil d'administration ne peut être révoquée que par ce dernier[651]. Mais dans ce dernier cas, l'assemblée générale peut indirectement obtenir la révocation du directeur général ou des directeurs généraux délégués en menaçant de révoquer le conseil d'administration. Les mêmes règles s'appliquent à la société européenne[652].

3 : La rémunération des dirigeants

80. Fixation de la rémunération. Les associés disposent d'un pouvoir de fixation de la rémunération des dirigeants de la société[653]. Dans les sociétés civiles, SCN, SCS, SARL, SCA et SAS, la rémunération des dirigeants relève des statuts ou d'une décision collective des associés[654]. Dans ce cas, les associés sont eux-mêmes à l'origine de la décision et peuvent à tout moment moduler cette rémunération en fonction des résultats du dirigeant.

Dans les sociétés anonymes et les sociétés européennes, l'assemblée générale est compétente pour fixer le montant des jetons de présence versés au conseil d'administration.

---

646 B. SAINTOURENS, « La révocation des dirigeants sociaux dans l'actualité jurisprudentielle », *Bull. Joly Sociétés* 2005, p. 667 - F.-X. LUCAS, « L'avenir de la révocabilité ad nutum des dirigeants sociaux », *Dr. sociétés* 2001, chron. 1 - J.-F. BARBIERI, « La révocation des dirigeants sociaux : pour la liberté statutaire », *JCP E* 2001, suppl. 3, p. 5 – S. FREMEAUX, « L'avenir du régime de révocation des dirigeants sociaux », *LPA* 20 déc. 2000, p. 6 - J.-J. CAUSSAIN, « La précarité de la fonction de mandataire social (révocation et mode de protection), *Bull. Joly Sociétés* 1993, p. 535 - PH. REIGNE, « Révocabilité ad nutum des mandataires sociaux et faute de la société » *Rev. société* 1991, p. 499 - J.-L. AUBERT, « La révocation des organes d'administration des sociétés commerciales », *RTD com.* 1968, p. 977

647 articles 1851 du Code civil pour la société civile ; L. 221-12 pour la SNC ; L. 222-2 renvoyant à L. 221-12 pour la SCS ; L. 223-25 du Code de commerce pour la SARL

648 R. BAILLOT, « Le « juste motif » de révocation des dirigeants sociaux », préc.

649 articles L. 225-18 et L. 225-75 du Code de commerce

650 article L. 225-61 du Code de commerce

651 article L. 225-55 du Code de commerce

652 sur renvoi au dispositions relatives à la SA par l'article L. 229-1 du Code de commerce

653 N. CUZACQ, « Plaidoyer en faveur de l'avénement de la démocratie actionnariale en matière de fixation de la rémunération des dirigeants des sociétés anonymes », préc. - B. SAINTOURENS et *al.*, « La rémunération des dirigeants dans les sociétés par actions », *Actes prat. ing. Sociétaire* mars-avr. 2009 - E. DU PONTAVICE, « La fixation de la rémunération des organes de direction et de surveillance de la société anonyme », *in Mélanges en l'honneur de Daniel Bastian, 1, Droit des sociétés*, Librairie Technique 1974, p. 177 - P. LE CANNU, « Les rémunérations des dirigeants de sociétés commerciales », *in Droit bancaire et financier : Mélanges AEDBF-France I,* Banque édition 1997, p. 247

654 soit que la loi est muette sur l'organe compétent soit qu'elle renvoie expressément aux statuts ou à l'assemblée générale (article L. 226-8 Code de commerce pour la SCA)

Ce dernier répartit ensuite la somme entre les administrateurs[655]. Par contre, la rémunération de la direction générale et du directoire relève de la compétence du conseil d'administration[656] ou du conseil de surveillance[657]. Dans ce cas, le pouvoir de l'assemblée générale sur la fixation de la rémunération de la direction générale n'est qu'indirect. Néanmoins, le développement des règles de *corporate governance* a conduit le législateur à accroitre les obligations relatives à la publicité de ces rémunérations sous l'influence d'une recommandation de la Commission européenne[658].

81. Publicité de la rémunération. La rémunération des dirigeants fait l'objet d'une publicité particulière. Dans toutes les sociétés tenues aux obligations comptables des commerçants, les documents comptables doivent comporter en annexe « *le montant des engagements pris en matière de pensions, compléments de retraite et indemnités assimilées en distinguant, d'une part, ceux qui ont fait l'objet de provisions et, d'autre part, ceux qui ont été contractés au profit de dirigeants* »[659]. De plus, dès lors qu'elles ne peuvent pas adopter une comptabilité simplifiée, les personnes morales doivent faire figurer « *le montant des rémunérations allouées au titre de l'exercice aux membres des organes d'administration, de direction et de surveillance à raison de leurs fonctions* »[660]. Ces informations sont données de façon globale pour chaque catégorie et ne doivent pas permettre d'identifier la situation d'un membre déterminé de ces organes[661].

Dans les sociétés anonymes, les actionnaires ont en outre le droit d'obtenir communication du montant global des rémunérations versées aux cinq ou dix personnes les mieux rémunérées[662] de la société selon que celle-ci possède plus de deux cents salariés ou non[663].

---

655 article L. 225-45 du Code de commerce

656 article L. 225-53 du Code de commerce

657 article L. 225-63 du Code de commerce

658 Recommandation de la Commission européenne du 14 décembre 2004 « encourageant la mise en œuvre d'un régime approprié de rémunération des administrateurs des sociétés cotées » : http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2004:385:0055:0059:FR:PDF

659 article R. 123-197 7° du Code de commerce

660 article R 123-18 1° du Code de commerce

661 article R 123-18 1° du Code de commerce

662 notion à entendre très largement qui comprend notamment les avantages en nature : Rép. min. Lebas, *JOAN Q* 3 avril 1969, p. 868, n° 4274

663 article L. 225-115 4° du Code de commerce – V. également : F. GARRON, « La rémunération excessive des dirigeants de sociétés commerciales », *Rev. sociétés* 2004, p. 795 - B. DONDERO, « Pour une transparence ponctuelle de la rémunération des mandataires sociaux des sociétés anonymes non cotées », *LPA* 27 avril 2004, p. 6 - C. CHAMPAUD et D. DANET, *RTD com.* 2005, p. 749 - Y. PACLOT et C. MALECKI, « Le nouveau régime des rémunérations, indemnités et avantages des dirigeants des sociétés cotées », *D.* 2007, p. 2481 - I. TCHOTOURIAN, « La longue marche vers la transparence en matière de rémunérations des dirigeants : l'illustration à travers la réforme récemment intervenue au Canada », *Bull. Joly Sociétés* 2009, p. 519 - V. MAGNIER et Y. PACLOT, « Les rémunérations des dirigeants des sociétés cotées », *D.* 2009, p. 1027

Les sociétés dont les titres sont admis à la négociation sur un marché réglementé[664] doivent également rendre compte dans le rapport de gestion « *de la rémunération totale et des avantages de toutes natures*[665] *versés, durant l'exercice, à chaque mandataire social* »[666].

4 : Le droit de quitter la société

82. La cession des droits sociaux. L'ultime moyen de sanctionner la mauvaise gestion des dirigeants consiste pour les associés à quitter la société.

Dans les sociétés par actions, les principes de libre cessibilité et de libre négociabilité permettent aux associés de quitter la société en vendant leur titre quand ils le souhaitent. Lorsque la cession de parts ou actions nécessite l'agrément des autres associés, le refus d'agrément doit conduire au rachat des droits sociaux par ces derniers, la société ou un tiers, ou encore oblige à procéder à une réduction de capital. A défaut, l'agrément sera réputé acquis et l'associé qui souhaite quitter la société pourra céder ses titres au cessionnaire initial[667]. L'article 1869 du Code civil organise même un droit de retrait au profit de l'associé de société civile. Il n'y a guère que dans la SNC que l'*intuitu personae* est si fort que le retrait d'un associé est impossible, même par le biais d'une cession de part, sans l'accord de l'assemblée générale, sauf à entraîner la dissolution pure et simple de la société[668].

Lorsqu'un associé est mécontent de la gestion de la société, il dispose d'un moyen très efficace de marquer son opposition à la direction. Il peut quitter la société. La cession des droits sociaux est une sanction particulièrement efficace dans les sociétés cotées. En effet, dans ce cas, la loi de l'offre et de la demande sur les marchés financiers va entraîner la chute du cours des titres en cas de cession massive et une publicité immédiate des difficultés de l'entreprise. « *Cette baisse des cours peut avoir plusieurs conséquences néfastes pour les dirigeants : baisse de leur rémunération s'ils possèdent des actions ou si leur rémunération est indexée sur le cours, difficulté pour émettre de nouveaux titres* »[669]. Elle peut également conduire à une prise de contrôle hostile de la société et au remplacement de l'équipe

---

664 Pour une étude plus complète de la publicité de la rémunération dans les sociétés anonymes cotées, V. M. TELLER, *L'information communiquée par les sociétés cotées : analyse juridique d'un mutation*, thèse Nice Sophia-Antipolis 2007, spéc. n° 162 et s., p. 154 et s.

665 y compris donc les avantages en nature : *Bull. CNCC* 2001, p. 673

666 article L. 225-102-1 du Code de commerce

667 articles 1861 et s. du Code civil pour la société civile, L. 221-13 du Code de commerce pour la SNC, L. 222-2 renvoyant à L. 221-13 pour la SCS, L. 223-14 pour la SARL

668 M. COZIAN, A. VIANDIER et F. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, préc., spéc. n° 1193 p. 612

669 G. CHARREAUX, « La théorie de l'agence : une synthèse de la littérature », *in De nouvelles théories pour gérer l'entreprise*, Economica, 1987, p. 19 et s., spéc. p. 41

dirigeante défaillante[670]. Pour les auteurs en sciences de gestion, il s'agit là d'une application de la théorie de l'agence[671] à la résolution des conflits entre actionnaires et dirigeants[672].

PARAGRAPHE 2 : LE CONTROLE-SURVEILLANCE PAR LE COMMISSAIRE AUX COMPTES

Si à l'origine le commissaire aux comptes n'était qu'un mandataire des associés, il est devenu un organe de contrôle-surveillance à part entière[673]. il a aujourd'hui une importance croissante et son rôle ne peut être restreint à la protection des intérêts des associés (A). Sa mission est particulièrement étendue. Elle consiste à contrôler les comptes de la société, la légalité de la vie sociale et également l'information transmise par les dirigeants (B).

A : FONDEMENT ET DESTINATAIRES DE LA MISSION DE CONTROLE-SURVEILLANCE DU COMMISSAIRE AUX COMPTES

83. Origine historique. L'institution du commissaire aux comptes remonte au XVIIème siècle. Elle trouve en effet son origine au sein de la Compagnie des Indes Orientales, en 1668, lorsque l'assemblée générale désigne pour la première fois des commissaires extraordinaires chargés « *d'examiner, calculler et arrester les livres* »[674]. Ce contrôle se renforce par la suite au cours du XVIIIème siècle, en devenant permanent[675] et surtout beaucoup plus étendu que la simple surveillance des comptes[676]. Ce contrôle se retrouve également dans quelques sociétés privées mais ponctuellement lorsqu'un événement particulier fait douter de la bonne tenue des comptes[677].

Le XIXème siècle voit naitre le Code de commerce en 1807, qui reconnaît trois formes de sociétés : la société en nom collectif, la société en commandite et la société anonyme. La loi ne prévoit pourtant aucun contrôle des comptes dans ces sociétés et ce dernier reste donc conventionnel. Il est organisé par les statuts. Les premiers organes de contrôle de ces sociétés, les censeurs ou les commissaires aux comptes, ne sont que des émanations de l'assemblée générale. Il s'agit d'actionnaires élus dont le pouvoir de contrôle est plus ou moins étendu

---

670 G. CHARREAUX et p. WIRTZ, *Gouvernance des entreprises ; Nouvelles perspectives*, Economica 2006, spéc. p. 149

671 G. CHARREAUX et p. WIRTZ, *Gouvernance des entreprises ; Nouvelles perspectives*, préc., spéc. p. 104 et s.

672 G. CHARREAUX, « La théorie de l'agence : une synthèse de la littérature »,préc., spéc. p. 39

673 sur la qualification d'organe social du commissaire aux comptes, V. *supra* n° 134

674 D. BEGUE, *L'organisation juridique de la Compagnie des Indes*, Domat-Montchrestien, 1936, spéc. p. 109

675 D. BEGUE, *L'organisation juridique de la Compagnie des Indes*, préc., spéc. p. 56

676 H. LEVY-BRUHL, *Histoire juridique des sociétés de commerce en France au XVIIe et XVIIIe siècle*, Domat-Montchrestien, 1938, spéc. p. 209

677 V. par ex. pour le cas des comptes tenus par un salarié renvoyé : A. DE SAINT-LEGER, *Les mines d'Anzin et d'Aniche pendant la révolution*, t. II, *les mines d'Aniches*, 1ère partie, E. Leroux, 1935, spéc. p. 184

selon ce que prévoit le contrat de société mais qui reste peu efficace[678]. En 1863, le législateur instaure une petite société anonyme : la société par actions à responsabilité limitée. Le commissaire aux comptes fait pour la première fois son apparition dans la loi. Pour la première fois également, il peut être un tiers[679]. Sa mission consiste à « *faire un rapport à l'assemblée générale de l'année suivante sur la situation de la société, sur le bilan et sur les comptes présentés par les administrateurs* » [680]. Son pouvoir d'investigation est important car « *les commissaires ont droit, toutes les fois qu'ils le jugent convenable, dans l'intérêt social, de prendre communication des livres, d'examiner les opérations de la société et de convoquer l'assemblée générale* »[681].

La loi de 1867, en libéralisant la société anonyme, supprime la société à responsabilité limitée de 1863. Elle reprend textuellement l'article 15 de la loi de 1863 pour l'appliquer à la société anonyme. Le commissariat aux comptes investit alors légalement cette dernière mais voit son pouvoir restreint[682]. Son contrôle n'est plus permanent mais ponctuel : il n'intervient plus que dans le trimestre qui précède l'assemblée générale annuelle[683]. On craint alors l'immixtion trop envahissante du contrôleur dans le fonctionnement social[684]. L'inefficacité du contrôle légale et l'incompétence de ses acteurs conduisent à nombre de projets de réforme[685]. Il faudra toutefois attendre le décret du 8 aout 1935 pour voir le législateur imposer la professionnalisation du commissariat aux comptes et renforcer leur responsabilité[686]. Ce texte prévoit des règles d'incompatibilité et instaure une liste d'auditeurs parmi lesquels doit figurer au moins l'un des commissaires des sociétés faisant appel public à l'épargne[687]. Le contrôle légal redevient permanent[688]. Les textes ultérieurs vont étendre le

---

678 J. HILAIRE, « La formation du commissariat aux comptes ; de la surveillance par les actionnaires à la certification », *in Le commissariat aux comptes, Renforcement ou dérive*, vol. 1, A. SAYAG (dir.), Librairie Technique 1989, p. 13, spéc. n° 10 et s. p. 18 et s.

679 Y. FOOS, *Histoire et évolution du commissariat aux comptes dans la société anonyme française*, préc., spéc. p. 46

680 article 15 de la Loi du 23 mai 1863

681 article 16 de la Loi du 23 mai 1863

682 J. HILAIRE, « La formation du commissariat aux comptes ; de la surveillance par les actionnaires à la certification », préc., spéc. n° 25 p. 28

683 article 33 de la Loi du 24 juillet 1867 : « *Pendant le trimestre qui précède l'époque fixée par les statuts pour la réunion de l'assemblée générale, les commissaires ont droit, toutes les fois qu'ils le jugent convenable dans l'intérêt social, de prendre communication des livres, d'examiner les opérations de la société. Ils peuvent toujours, en cas d'urgence, convoquer l'assemblée générale* »

684 Y. FOOS, *Histoire et évolution du commissariat aux comptes dans la société anonyme française*, préc. spéc. p. 55

685 J. HILAIRE, « La formation du commissariat aux comptes ; de la surveillance par les actionnaires à la certification », préc., spéc. n° 28 et s., p. 30 et s. - Y. FOOS, *Histoire et évolution du commissariat aux comptes dans la société anonyme française*, préc., spéc. p. 59 et s.

686 J. HILAIRE, « La formation du commissariat aux comptes ; de la surveillance par les actionnaires à la certification », préc., spéc. n° 35 et s., p. 35 et s.

687 Y. FOOS, *Histoire et évolution du commissariat aux comptes dans la société anonyme française*, préc., spéc. p. 64

688 article 32 de la loi du 24 juillet 1867 modifié par le décret du 8 août 1935

mandat des commissaires aux comptes à trois ans[689] et étendre leur mission au contrôle des conventions réglementées[690]. Enfin, la loi du 24 juillet 1966 puis le décret du 12 août 1969 ont consacré le statut actuel du commissaire aux comptes.

84. Destinataires de la mission du commissaire aux comptes. D'après la loi, la mission du commissaire aux comptes est d'abord orientée au profit des associés. Le député Le Douarec, rapporteur devant l'Assemblée nationale, rappelait ainsi que le projet de loi réaffirmait « *la mission traditionnelle de contrôle des commissaires aux comptes sur les actes de direction et de gestion, mission qui trouve son aboutissement et sa justification dans l'information des actionnaires* »[691]. Ainsi, l'article L. 823-10 du Code de commerce vise le contrôle des documents sociaux qui leur sont transmis. De même, l'article L. 823-11 impose au contrôleur légal de s'assurer du respect de l'égalité entre associés. L'article L. 823-12 l'oblige à les informer des irrégularités qu'il a pu relever. Enfin, le rapport du commissaire aux comptes sera systématiquement transmis aux associés et fera l'objet d'un vote lors de l'assemblée générale annuelle d'approbation des comptes.

Néanmoins, les comptes sociaux des sociétés par actions, des SARL et des SNC et SCS dont tous les associés sont des SARL ou des sociétés par actions, doivent faire l'objet d'une publicité annuelle. Or dans ce cas, le rapport du commissaire aux comptes doit systématiquement être transmis au greffe du tribunal de commerce[692]. Cette obligation de publication est renforcée pour les sociétés cotées qui sont tenues de publier et de déposer auprès de l'AMF un rapport financier annuel comprenant également le rapport du commissaire aux comptes[693]. De plus, dans toutes les formes sociales, le commissaire est tenu de révéler au parquet les faits délictueux commis relevés à l'occasion de sa mission ainsi que d'alerter la juridiction compétente en cas de risque d'atteinte à la continuité de l'activité. Autrement dit, dès lors qu'il se trouve face à une situation compromettante pour les intérêts de la société elle-même, voire ceux des tiers, il est tenu de rendre publique l'information[694].

La mission du commissaire aux comptes s'étend donc bien au-delà du seul intérêt des associés. Le Conseil d'Etat, pour apprécier l'atteinte au principe communautaire de libre prestation des services par le Code de déontologie de la profession de commissaire aux comptes, a d'ailleurs énoncé que les dispositions de ce dernier « *ont pour objet, en renforçant*

---

689 article 6 du décret du 31 août 1937

690 l'article 40 de la loi du 24 juillet 1867 modifié par la loi du 4 mars 1943

691 *Rapp. AN*, n°1368, 1964-1965, par M. LE DOUAREC, t. 3, p. 2

692 articles L. 232-21 et s. du Code de commerce

693 articles L. 451-1-2, I du Code monétaire et financier et 222-3 du règlement général de l'AMF

694 à tous le moins de la transmettre aux autorités judiciaires

l'indépendance des commissaires aux comptes, de garantir le bon fonctionnement du contrôle légal des comptes et d'assurer leur sincérité et leur régularité, dans l'intérêt de l'ensemble des parties prenantes, et, notamment, des salariés et des actionnaires »[695].

La commission européenne a conscience du rôle majeur que joue l'audit légal et la publicité des conclusions de sa mission sur les marchés financiers. Suite à la crise financière récente, elle a lancé une consultation sur la politique en matière d'audit. Dans le livre vert qu'elle a publié à cette occasion, elle relève « *que les auditeurs jouent un rôle important et sont chargés d'une mission de contrôle des comptes en vertu de dispositions juridiques. Cette mission correspond à une fonction sociale, celle de fournir un avis sur la fidélité des états financiers des entités contrôlées* ». Elle constate ensuite les critiques que les parties prenantes ont pu soulever lorsque des sociétés « *qualifiées de « raisonnables » et « solides »* [ont pu connaitre] *en réalité des difficultés financières* »[696]. Cette consultation a conduit, le 30 novembre 2011, à une proposition de règlement européen relatif aux exigences spécifiques applicables au contrôle légal des comptes des entités d'intérêt public[697] et une proposition de directive concernant les contrôles légaux des comptes annuels et des comptes consolidés[698]. Elles devraient être étudiées en 2013 par le Parlement européen. La commission propose essentiellement de limiter les concentrations entre cabinets d'audit afin de favoriser la concurrence, d'encadre le déroulement de la mission d'audit et le rapport qui en résulte, de rendre plus transparente la désignation de l'auditeur, d'assurer un contrôle des activités des cabinets d'audit et d'interdire la fourniture de prestations autres que d'audit qui remettraient en cause l'indépendance du contrôleur.

La doctrine consacre également la mission d'intérêt général du commissaire aux comptes[699]. Le commissariat aux comptes est « *une institution fonctionnelle d'intérêt public* »[700]. Selon Du Pontavice, « *le commissariat aux comptes est l'application de la technique comptable au contrôle exercé sur les sociétés dans l'intérêt des associés et des tiers* »[701]. Cette double mission remonterait à l'instauration de l'ancêtre du commissaire aux

---

695 CE 24 mars 2006, n° 288460, *société KPMG*, : *Bull. Joly Sociétés* 2006, p. 711, note J.-F. BARBIERI ; *Rev. sociétés* 2006, p. 583, note PH. MERLE

696 *Livre vert de la Commission européenne, Politique en matière d'audit : les leçons de la crise*, 13 oct. 2010 : http://ec.europa.eu/internal_market/consultations/docs/2010/audit/green_paper_audit_fr.pdf

697 http://ec.europa.eu/internal_market/auditing/docs/reform/regulation_fr.pdf

698 http://ec.europa.eu/internal_market/auditing/docs/reform/directive_fr.pdf

699 A. LALA, « Le CAC : garant de la transparence financière ou coupable idéal ? », *Gaz. Pal.* 11 août 2012, p. 5

700 V. compte-rendu de mémoire P. BERNARDET, *Bull. CNCC* 1974, p. 253

701 DU PONTAVICE E, « Le commissariat aux comptes dans les lois des 24 juillet 1966 et 4 janvier 1967 sur les sociétés commerciales », *in Etudes de droit commercial à la mémoire de Henry Cabrillac*, Librairies Techniques 1968, spéc.n° 1. p. 377

comptes au sein de la Compagnie des Indes en 1723[702]. Pour Monsieur Vidal, « *le commissariat aux comptes n'est plus seulement exercé dans l'intérêt particulier des associés ; il l'est également dans l'intérêt de l'ensemble des partenaires de l'entreprise, dirigeants, associés majoritaires, associés minoritaires, salariés, partenaires contractuels, ainsi que dans l'intérêt public, et dans l'intérêt de l'entreprise elle-même* »[703]. Monsieur Merle relève la même chose : « *ce contrôle comptable, financier et juridique, est devenu peu à peu général. Il ne s'exerce plus uniquement dans l'intérêt des actionnaires. Il est également très précieux pour les tiers (clients, fournisseurs, banquiers, repreneur) qui, en présence de comptes certifiés par des spécialistes, peuvent s'engager en toute connaissance de cause avec leur cocontractant* »[704]. On retrouve encore la même réflexion dans l'ouvrage de Ripert et Roblot : les commissaires aux comptes « *exercent cette fonction dans l'intérêt de tous ceux qui sont concernés, d'une manière ou d'une autre, par le bon fonctionnement de la société : les dirigeants, les actionnaires, les salariés, le public des épargnants, des fournisseurs, des clients* »[705].

Devant l'importance croissante de cette mission d'intérêt public, un auteur n'a pas hésité à comparer la mission de contrôle des comptes du commissaire aux comptes et le contrôle administratif exercé sur les services publics et les établissements publics par les autorités hiérarchiques et le juge administratif[706]. D'ailleurs, pour certains auteurs, la distinction entre « *organe de contrôle externe de la société* » et « *organe public de contrôle* » ne tient qu'à la compétence de l'assemblée générale en matière de nomination du commissaire aux comptes[707]. Or, au début du XXe siècle, certains projets de réforme entendaient confier cette prérogative à l'autorité judiciaire[708].

---

702 DU PONTAVICE E, « Le commissariat aux comptes dans les lois des 24 juillet 1966 et 4 janvier 1967 sur les sociétés commerciales », préc., spéc. n° 2 p. 378 - F. CARRARD, *Les experts comptables, sociétés fiduciaires et syndicats de révision selon l'art. 723 co*, Lausanne 1964, spéc. p. 16 et s.

703 D. VIDAL, *Droit des sociétés*, préc., spéc. n° 598 p. 335

704 PH. MERLE, *Droit commercial, Sociétés commerciales*, préc. spéc. n° 499 p. 599

705 G. RIPERT et R. ROBLOT, par M. GERMAIN et V. MAGNIER, *Traité de droit de affaires*, t. 2, *Les sociétés commerciales*, préc., spéc. n° 1720, p. 538

706 C. FREYRIA, « Le commissariat aux comptes : Mission d'intérêt public ? », *JCP E* 1996, 516

707 C. JAUFFRET-SPINOSI, « synthèse comparative », *in Le commissariat aux comptes, renforcement ou dérive*, Vol. 2., A. SAYAG (dir.), Librairie Technique 1989, p. 713, spéc. n° 887, p. 734 – V. également VIANDIER A., « L'évolution du commissariat aux comptes », *in Aspects actuels du droit commercial français : commerce, sociétés, banque et opérations commerciales, procédures de règlement du passif : études dédiées à René Roblot*, LGDJ, 1984, p. 325, spéc. n° 13 p. 331

708 Projets Lesache de 1929 et 1934, projet Auriol de 1929 ; R. GRANGER, *La nature juridique des rapports entre actionnaires et commissaires chargés du contrôle dans les sociétés par actions*, thèse Paris 1951, spéc. n° 40 p. 66 – V. néanmoins R. CONTIN, *Le contrôle de la gestion des sociétés anonymes*, préc., spéc. n° 236 p. 163 pour qui ces projets n'étaient pas tant dictés par le caractère institutionnel de la société que par la volonté d'assurer « *une indépendance réelle des commissaires aux comptes à l'égard des organes de gestion* »

Enfin, la profession elle-même a bien conscience de son rôle Social, de l'implication de sa mission dans une vision entrepreneuriale de la société. Le Code de déontologie de la profession de commissaire aux comptes le rappelle dès son article premier : « *Le commissaire aux comptes exerce une mission d'intérêt général* ». Dès 1978, le président de la CNCC s'exprimait dans le même sens : « *pour le commissaire aux comptes, c'est l'évolution de la conception de l'entreprise qui constitue le facteur déterminant. L'entreprise n'est plus la seule affaire des dirigeants et des détenteurs du capital. Elle concerne aussi les salariés, les banques, les fournisseurs, les caisses sociales, le fisc. La manière dont le commissaire exerce est devenue un problème d'intérêt public* »[709].

B : LES MISSIONS DE CONTROLE-SURVEILLANCE DU COMMISSAIRE AUX COMPTES

Si à l'origine le commissariat aux comptes avait exclusivement pour objet le contrôle de la comptabilité de la société, le nombre des missions dévolues au commissaire aux comptes n'a cessé de croitre au fil des lois relatives au droit des sociétés. On peut en pratique faire une distinction entre les missions générales et permanentes du contrôleur légal (1) et ses missions particulières (2).

1 : Missions générales et permanentes

Les missions générales et permanentes du commissaire aux comptes sont d'une part des missions de contrôle (a) dont la finalité constitue une véritable mission d'information (b).

a : Les missions de contrôle-surveillance

Dans le cadre de sa mission permanente de contrôle, le commissaire aux comptes est tenu de s'assurer de la régularité des comptes sociaux (α) et de l'information transmise par les autres organes de la société (β).

α : Le contrôle des comptes

85. Le respect des principes comptables. Le fondement légal de cette mission se trouve à l'article L. 823-10 alinéa 1er du Code de commerce : « *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* ».

[709] J. SIGAUT, président de la CNCC, éditorial, *Bull. CNCC* juin 1978

Il s'agit pour le contrôleur de s'assurer de la régularité et de la sincérité des comptes sociaux ainsi que de l'image fidèle qu'ils traduisent de la situation financière de la société[710].

Le but de la normalisation et de l'agrégation des données comptables est de traduire « *une image fidèle du patrimoine, de la situation financière et du résultat de l'entité à la date de clôture* »[711]. Ainsi, selon les normes comptables, « *la comptabilité est conforme aux règles et procédures en vigueur qui sont appliquées avec sincérité afin de traduire la connaissance que les responsables de l'établissement des comptes ont de la réalité et de l'importance relative des événements enregistrés* »[712]. L'image fidèle, traduction de l'expression comptable anglaise « *true and fair view* »*,* est donc la résultante des principes de sincérité et de régularité des comptes sociaux[713].

Le principe de régularité s'entend du respect des règles comptables en vigueur. Cela concerne non seulement les dispositions légales et règlementaires mais également les grands principes qui sous-tendent le droit comptable[714]. Ces dispositions doivent normalement s'appliquer strictement[715] et automatiquement[716].

Le principe de sincérité, quant à lui, peut faire l'objet d'une double conception. Dans une conception subjective, la sincérité s'entendrait du comportement de l'auteur des comptes : « *les états financiers seraient sincères s'ils ont été élaborés avec loyauté et bonne foi* »[717]. La conception objective s'intéresserait aux documents comptables eux-mêmes : il s'agirait « *d'une évaluation correcte des valeurs comptables, ainsi que d'une appréciation raisonnable des risques et des dépréciations de la part des dirigeants* »[718]. Le principe de sincérité consiste donc à s'assurer de l'application de bonne foi des prescriptions comptables par l'auteur des comptes. Elle lui impose également un devoir de collaboration : il se doit ainsi de faire figurer dans les comptes toute information non obligatoire mais qu'il estime être d'une certaine importance pour leurs destinataires[719]. La conception objective est ainsi poussée à

---

710 article L. 823-9 al. 1er du Code de commerce

711 article 120-1 du PCG

712 article 120-2 du PCG

713 CH. DE LAUZAINGHEIN, J.-L. NAVARRO et D. NECHELIS, *Droit comptable*, Dalloz 3ème éd. 2004, spéc. n° 380 p. 348

714 CH. DE LAUZAINGHEIN, J.-L. NAVARRO et D. NECHELIS, *Droit comptable*, préc., spéc. n° 387 et s., p. 355 et s. : principes de fidélité, continuité, non compensation, importance significative ou relative, prudence, valeur historique, spécialité, permanence des méthodes et patrimonialité du bilan.

715 F. GORE, « Les notions de régularité et de sincérité des comptes », *RF compt.* 1973, p. 167

716 S. DOYEN, « La fiabilité des comptes sociaux. Réflexions sur la notion de fidélité », *Gaz. Pal.* 1981, doctr. p. 55, spéc. p. 55

717 J. LACOMBE, « Régularité et sincérité des comptes et image fidèle de l'entreprise : la quadrature du cercle ? », *in Aspects actuels du droit commercial français : commerce, sociétés, banque et opérations commerciales, procédures de règlement du passif : études dédiées à René Roblot*, LGDJ 1984, p. 309, spéc. n° 11 p.315

718 COB, *Rapport pour l'année 1969*, spéc. p. 104

719 CH. DE LAUZAINGHEIN, J.-L. NAVARRO et D. NECHELIS, *Droit comptable*, préc. spéc. n° 385 p. 354

son paroxysme. En effet, le principe de sincérité doit s'apprécier non pas par rapport à l'émetteur de l'information comptable mais au regard de son destinataire. Il s'agit de « *la bonne perception extérieure des états financiers, par des personnes extérieures à l'entreprise* »[720].

L'image fidèle consiste à dépasser les règles du droit comptable lorsque celles-ci s'avèrent insuffisantes pour informer clairement de la situation réelle de la société[721]. En effet, la régularité des comptes est nécessaire pour permettre une bonne lecture et compréhension de ces derniers mais elle ne garantit pas la réalité de la situation économique de l'entreprise. La sincérité de leur auteur doit conduire à la sincérité de l'information qu'ils contiennent. Comme l'écrit Monsieur Pasqualini, le principe de fidélité « *dicte une attitude constituée de réalisme et du sens des autres, car est décrite la réalité de l'entreprise par les procédés de la technique et de la doctrine comptables en vue de sa perception par autrui* »[722].

Le contrôle externe de la fidélité des comptes sociaux est particulièrement important. En effet, le dirigeant de la société est l'organe compétent pour établir les comptes sociaux. Il est dans le même temps l'organe de gestion de l'entreprise, celui qui décide au quotidien du risque social. Comme le relève Monsieur Vidal, « *s'il y a quelque subjectivité, elle est celle du dirigeant dans la perception par lui-même du risque qui résulte de sa politique ; mais cette perception doit être intégralement transmise à ses partenaires juridiques, ceux qui participent au risque défini par lui* » [723]. La comptabilité étant le support privilégié de l'information transmise aux associés et aux tiers, celle-ci doit être le plus fidèle possible à la réalité sociale car elle leur permettra d'exercer un contrôle-surveillance efficace et éventuellement de sanctionner le dirigeant indélicat. Il est donc nécessaire de faire intervenir un tiers indépendant afin de s'assurer de cette fidélité. L'objet du contrôle-surveillance du commissaire aux comptes est ce risque social pris par le titulaire du pouvoir de contrôle-direction.

86. La certification. La mission du commissaire aux comptes se traduit par la certification des comptes annuels après qu'il se soit assuré de la régularité et de la sincérité de ceux-ci[724]. Il doit « *prendre un engagement personnel en donnant à autrui c'est-à-dire à tout tiers intéressé la certitude qu'il aura acquise lui-même de certaine qualité des comptes*

---

720 J. LACOMBE, « Régularité et sincérité des comptes et image fidèle de l'entreprise : la quadrature du cercle ? », préc., spéc. n° 11 p. 315

721 E. DU PONTAVICE, « La notion d'image fidèle dans les comptes annuels des sociétés françaises », *in Mélanges Guy Flattet : recueil de travaux offerts à Guy Flattet*, Lausanne 1985, p. 85

722 F. PASQUALINI, *Le principe de l'image fidèle en droit comptable*, Litec 1992, spéc. n° 34 p.29

723 D. VIDAL, *Le commissaire aux comptes dans la société anonyme*, préc., spéc. n° 96 p. 91

724 article L. 823-9 Code de commerce. Applicable également aux comptes consolidés

sociaux et, en particulier, de leur régularité et de leur sincérité »[725]. La loi ne définit pas le sens qu'elle entend donner au mot « certification », néanmoins, si l'on se réfère au dictionnaire, il s'agit de s'assurer de l'exactitude d'une chose[726]. Il faut relativiser l'étendue de l'obligation du commissaire aux comptes. Il ne s'agit que d'une obligation de moyens et elle ne porte pas sur l'exactitude des comptes eux-mêmes car certains éléments comptables ne reflètent que l'appréciation d'un risque ou une décision de gestion[727].

Lorsque le commissaire aux comptes relève des irrégularités significatives ou qu'il n'a pas pu procéder à certaines vérifications qu'il jugeait utiles, il peut assortir la certification de réserves[728]. Il doit alors en préciser les motifs[729] afin que les tiers aient « *une image plus juste et plus fidèle de l'entreprise* »[730]. Ces réserves vont également lui permettre de se prémunir contre toute incrimination de délit d'information mensongère ou de non-révélation de faits délictueux. Le commissaire ne peut pas, par contre, prendre des réserves générales[731]. Si les irrégularités relevées sont trop graves, elles peuvent conduire à un refus de certification de la part du commissaire aux comptes qui devra être motivé[732]. Ce refus peut résulter d'un « désaccord » avec les comptes soumis. C'est le cas lorsque le commissaire aux comptes « *a détecté au cours de son audit des comptes des anomalies significatives et que celles-ci n'ont pas été corrigées* »[733]. Le refus peut également être justifié par les difficultés que le contrôleur légal a pu rencontrer dans l'accomplissement de sa mission, autrement dit, « *lorsqu'il n'a pas pu mettre en oeuvre toutes les procédures d'audit nécessaires pour fonder son opinion sur les comptes* »[734]. Ces deux situations entraineront un refus de certification soit parce que les incidences sur les comptes des limitations à ses travaux ou des anomalies significatives ne peuvent être clairement circonscrites, soit parce que la formulation d'une réserve n'est pas suffisante pour permettre à l'utilisateur des comptes de fonder son jugement en connaissance de cause.

En pratique, la certification des comptes est particulièrement importante pour la société. Par le biais de l'obligation de publication des comptes sociaux au RCS, les tiers ont accès au

---

725 J. TRIAL, « Le statut et les tâches du commissaire aux comptes », *RF. compt.* 1967, p. 279

726 Pour une brève étude sémantique de ce mot, V. E. DU PONTAVICE, « Le commissaire aux comptes et la certification », *Rev. sociétés* 1976, p. 257, spéc. p. 258

727 E. DU PONTAVICE, « Le commissaire aux comptes et la certification », préc., spéc. p. 259 et s.

728 N. DHAINAUT-FAKIROFF, *Les prérogatives du commissaire aux comptes*, thèse Paris II, 2007, n° 470

729 CNCC, NEP-700 § 3

730 N. DHAINAUT-FAKIROFF, *Les prérogatives du commissaire aux comptes*, préc., spéc. n° 470

731 E. DU PONTAVICE, « Le commissaire aux comptes et la certification », *Rev. sociétés* 1976, p. 257, spéc. p. 268

732 CNCC, NEP-700 § 3 - E. DU PONTAVICE, « Le commissaire aux comptes et la certification », préc., spéc. p. 271 et s.

733 CNCC, NEP-700 § 6, n° 15

734 CNCC, NEP-700 § 6, n° 17

rapport du commissaire aux comptes. L'émission de réserves ou, *a fortiori*, un refus de certification va lourdement handicaper l'entreprise dans ses relations avec ses partenaires économiques[735].

β : Le contrôle-surveillance de l'information

87. Le contrôle du rapport de gestion. Le commissaire aux comptes est également tenu de vérifier les informations comptables et financières contenues dans le rapport de gestion[736]. Il doit s'assurer que les informations exigées par la loi sont bien données et que celles-ci sont sincères et correspondent bien à la réalité des comptes sociaux[737]. Il doit néanmoins s'abstenir de porter un jugement sur les actes des dirigeants ou l'opportunité de telle ou telle décision, au risque de contrevenir à l'interdiction d'immixtion dans la gestion de la société[738].

Le commissaire aux comptes s'assure également de la sincérité et de la concordance avec les comptes annuels des informations contenues dans les documents adressés aux actionnaires ou associés, ou même simplement tenus à leur disposition, sur la situation financière et les comptes annuels[739].

b : La finalité du contrôle par le commissaire aux comptes : l'information

88. Modalités. A l'issue de sa mission de contrôle, le commissaire aux comptes doit informer les dirigeants et les actionnaires du résultat de son contrôle-surveillance.

En vertu de l'article L. 823-16 du Code de commerce, le commissaire aux comptes informe le conseil d'administration, ou le conseil de surveillance et le directoire (ou, dans les sociétés autres que les SA, l'organe chargé de l'élaboration des comptes), des éventuelles modifications qui lui paraissent devoir être apportées aux comptes sociaux et des éventuelles irrégularités et inexactitudes[740]. L'objectif de cette communication est de corriger les éventuelles anomalies relevées[741]. Elle favorise également la collaboration entre les

---

735 N. DHAINAUT-FAKIROFF, *Les prérogatives du commissaire aux comptes*, préc., spéc. n° 476

736 article L. 823-10 al. 2 du Code de commerce

737 J.-M. LATU et A. PALMADE, « La certification, mission de base consacrée », *in Le commissariat aux comptes, Renforcement ou dérive*, Vol. 1, A. SAYAG (dir.), Litec 1989, p. 43, spéc. n° 103, p. 87

738 E. DU PONTAVICE, « Le principe de non-immixtion des commissaires aux comptes dans la gestion à l'épreuve des faits », *Rev. sociétés* 1973, p. 599, spéc. p. 612 - N. DHAINAUT-FAKIROFF, *Les prérogatives du commissaire aux comptes*, préc., spéc. n° 430 et s. – V. également *infra* n° 197

739 article L. 823-10 al. 2 du Code de commerce – D. VIDAL, *Droit des sociétés*, préc., spéc. n° 651, p. 365 - .-M. LATU et A. PALMADE, « La certification, mission de base consacrée », préc., spéc. n° 103, p. 87

740 N. MATHEY, « Les recommandations de l'article L. 225-237 du Code de commerce, A propos des relations du commissaire aux comptes avec les dirigeants sociaux », *Bull. Joly Sociétés* 2002, p. 1141

741 CNCC, NEP 320, § 6

contrôleurs légaux et les décideurs afin d'aider « *les dirigeants à mieux tenir et à mieux utiliser la comptabilité, ce qui est plus utile qu'un simple contrôle* a posteriori »[742].

Les commissaires aux comptes sont également les garants de la bonne information des actionnaires. Pour assurer cette mission, ils doivent être convoqués à toutes les assemblées[743] afin d'y signaler les irrégularités et les inexactitudes qu'ils ont découvertes au cours de leur mission de contrôle[744]. La loi prévoit que le commissaire aux comptes présente un rapport « général » sur l'accomplissement de sa mission à l'assemblée générale d'approbation des comptes[745]. Ce rapport comprend la certification des comptes sociaux, éventuellement assortie de réserves, ainsi que les éventuelles observations sur la sincérité et la concordance avec les comptes annuels des informations données dans le rapport de gestion de l'exercice et dans les documents adressés aux actionnaires sur la situation financière de la société et de l'ensemble des entreprises comprises dans la consolidation ainsi que sur les comptes annuels et les comptes consolidés[746].

Le rapport général devra également mentionner les prises de participation et des prises de contrôle réalisées par la société ou dont elle a été l'objet au cours de l'exercice, ainsi que les aliénations diverses intervenues en application de la législation sur les participations réciproques[747].

2 : Missions particulières du commissaire aux comptes

Le commissaire aux comptes est tenu d'un certain nombre de missions particulières de contrôle (a) et d'information (b).

a : Missions particulières de contrôle

Selon Monsieur Vidal, « *l'un des éléments de la normalisation est* [...] *la claire définition et le respect du cadre juridique dans lequel les dirigeants définissent le risque social auquel les actionnaires participent »*[748]. L'activité directoriale est donc encadrée par toute une série de règles légales et statutaires dont le but est de limiter le risque pris par les investisseurs. La loi a confié au commissaire aux comptes la mission d'assurer ce contrôle-surveillance de la

---

742 *JCl. Société Traité*, Fasc. 134-20, par D. LANGE, spéc. n° 44
743 article L. 823-17 du Code de commerce
744 article L. 823-12 du Code de commerce
745 article L. 225-100 al. 8 du Code de commerce
746 article R. 823-7 du Code de commerce
747 *JCl. Société Traité*, Fasc. 134-20, par D. LANGE, spéc. n° 64
748 D. VIDAL, *Le commissaire aux comptes dans la société anonyme*, préc., spéc. n° 106 p. 96

vie juridique de la société et du respect des limites légales et contractuelles du pouvoir des dirigeants. Il est donc tenu de contrôler le fonctionnement social (α) et la structure sociale (β).

α : Le contrôle du fonctionnement social[749]

89. L'égalité entre associés. Le commissaire aux comptes est chargé de veiller à l'égalité entre actionnaires[750]. Il contrôle donc l'absence de rupture d'égalité dans la répartition des droits et des obligations des associés autres que ceux prévus par la loi, et, pour ces derniers, il s'assure que les conditions légales sont bien respectées[751]. Ce contrôle de l'égalité entre actionnaires est rendu encore plus difficile dans les groupes de sociétés. Dans cette situation, le commissaire aux comptes doit prendre en compte l'ensemble du groupe pour vérifier le respect du principe d'égalité[752].

Le commissaire aux comptes doit également s'assurer du respect des dispositions relatives à l'obligation de détention d'actions de garantie par les administrateurs ou les membres du conseil de surveillance lorsque celle-ci est prévue par les statuts[753]. Outre le respect du principe d'égalité entre actionnaires lors de la répartition des bénéfices, le commissaire aux comptes s'assure également de l'absence de distribution de dividende fictif. En cas de distribution d'acompte sur dividende, il doit certifier l'arrêté intermédiaire des comptes. Cette mission de contrôle de la régularité de la vie sociale est une mission très vaste qui ne s'arrête pas aux exemples cités[754].

---

749 J.-M. LATU et A. PALMADE, « Des missions particulières proliférantes », *in Le commissariat aux comptes, Renforcement ou dérive*, vol. 1, A. SAYAG (dir.), Librairie Technique 1989, p. 107, spéc. n° 123 et s., p. 110 et s.

750 article. L. 823-11 du Code de commerce – V. également Y. DE CORDT, *l'égalité entre actionnaires*, Bruylant 2004 - J.-M. MOULIN, *le principe d'égalité dans les sociétés anonymes*, thèse Paris V, 1999 - PH. BISSARA, P. DIDIER, PH. MISSEREY, « L'égalité des actionnaires : mythe ou réalité ? » *CDE* 1994, n° 5, p.18

751 *JCl. Société Traité*, Fasc. 134-20, par D. LANGE, spéc. n° 84 et 85

752 Cass. com., 21 oct. 1974, n° 73-12937 : *Bull. civ.* 1974, n° 257 ; *Rev. sociétés* 1975, p. 113, note B. BOULOC : « *Mais attendu qu'après avoir déclaré à juste titre que s'ils ne peut pas être fait grief a priori au prêteur ou au souscripteur de l'emploi des fonds prêtés ou souscrits, emploi auquel il demeure en principe étranger, il en va toutefois différemment lorsqu'à l'intérieur d'un groupe de sociétés les dirigeants communs ont systématiquement utilisé les fonds de l'une d'elles pour permettre aux autres de survivre ou de s'enrichir, l'arrêt retient que dans cette dernière hypothèse qui parait être celle de la cause, il convient, pour apprécier si les intérêts de la société prêteuse ou souscriptrice ont été sauvegardés, d'analyser les opérations non pas isolement, mais dans leur ensemble et dans leur succession, et que le point de départ de la prescription de l'action en responsabilité engagée par X... ne pourra être fixé avec certitude que connaissance prise de la totalité des opérations du groupe Frydman qui se commandent, et qui, dans la thèse de X..., ont été conçues et menées dans un but unique* »

753 article L. 225-26 et L. 225-73 du Code de commerce – *JCl. Société Traité*, Fasc. 134-20, par D. LANGE, spéc. n° 90

754 V. pour d'autres exemples : PH. MERLE, *Droit commercial, sociétés commerciales*, préc., spéc. n° 513 p. 617 - *JCl. Société Traité*, Fasc. 134-20, par D. LANGE, spéc. n° 94

β : Le contrôle de la structure sociale

90. Les modifications statutaires. Le commissaire aux comptes a un devoir général de contrôle de la régularité de toute modification statutaire[755].

Il doit notamment intervenir lors des opérations sur le capital. En cas d'augmentation de capital, le commissaire aux comptes doit établir un rapport lorsque les associés entendent supprimer le droit préférentiel de souscription. Il s'assure ainsi de la bonne information de ces derniers et du respect de leur droit. Il donne un avis sur l'opération mais qui ne doit concerner que les données comptables et non l'opportunité de la décision[756]. Il intervient également en cas d'augmentation de capital par compensation de créance[757] ou de paiement de dividende en actions[758]. Il doit donner son avis en cas d'offre publique d'échange dans les prospectus diffusés à cette occasion et lors de l'assemblée générale ordinaire qui suit l'émission[759]. De même, en cas d'offre publique d'achat, la note d'information doit mentionner la vérification des données comptables par le commissaire aux comptes. Le commissaire aux comptes contrôle l'achat d'action par la société au profit de ses salariés, ainsi que l'émission d'action au profit de ces derniers[760]. Le commissaire aux comptes donne son avis en cas d'émission de valeurs mobilières autres que des actions (obligations convertibles ou échangeables en actions).

Enfin, lors d'une réduction de capital, le commissaire aux comptes intervient pour donner son avis sur les causes et les conditions de la réduction[761]. Il contrôle également l'annulation d'action et la réduction de capital non motivé par des pertes.

b : Missions particulières d'information

Certains évènements de la vie sociale vont obliger le commissaire aux comptes à procéder à une information particulière à l'égard de destinataires bien définis. Cette information intervient parfois pour expliquer certaines opérations de gestion *a posteriori* (α), dans d'autres cas il s'agit de procéder à une information prévisionnelle pour éviter la survenance d'événements dommageables (β).

---

755 article L. 210-8 al. 2 du Code de commerce – PH. MERLE, *Droit commercial, sociétés commerciales*, préc., spéc. n° 513 p. 617 - *JCl. Société Traité*, Fasc. 134-20, par D. LANGE, spéc. n° 95

756 article R. 225-115 al. 2 du Code de commerce

757 article R. 225-134 du Code de commerce

758 article R. 232-19 du Code de commerce

759 article L. 225-148 al. 2 du Code de commerce

760 *JCl. Société Traité*, Fasc. 134-20, par D. LANGE, spéc. n° 111

761 article L. 225-204 du Code de commerce

α : Informations rétrospectives

91. Informations relatives aux actes de gestion importants. Certains actes de gestion particulièrement importants doivent faire l'objet d'une information directe des actionnaires par le commissaire aux comptes. Il ne s'agit pas seulement pour ce dernier de contrôler l'information transmise par les dirigeants mais de procéder lui-même à cette information. Il en est ainsi pour les conventions réglementées[762], la rémunération des dirigeants[763] et la modification de la présentation des comptes.

En matière d'acquisition ou d'aliénation de titres, le commissaire aux comptes intervient pour informer les actionnaires et le public en cas de prise de participation significative, de prise de contrôle ou d'aliénation d'actions effectuée dans le cadre de participations réciproques. L'information concerne également les prises de participation significatives dans la société contrôlée[764].

92. La révélation des actes délictueux. Le commissaire aux comptes est également tenu de révéler au procureur de la République tout fait délictueux dont il aura eu connaissance à l'occasion de ses investigations[765]. Cette obligation n'est pas nouvelle et remonte à la Loi du 24 juillet 1867[766]. En effet, la mission de contrôle légale du commissaire aux comptes le place dans une situation privilégiée pour découvrir d'éventuelles malversations[767]. Une situation bien plus efficace que celle des autorités de police, pourtant dotées de moyens d'action plus coercitifs[768]. Il ne s'agit pas d'une obligation de résultat. Le commissaire n'est pas tenu de procéder à une recherche active de ces infractions[769].

L'obligation de révélation porte sur tout crime, délit ou contravention en matière de droit des sociétés, droit comptable, droit fiscal, droit social[770]… La CNCC a néanmoins édicté une norme limitant le devoir de révélation aux infractions prévues par le Code de commerce ou

---

762 articles R. 225-31 et R. 225-58 du Code de commerce – B. DONDERO, « Le commissaire aux comptes et les conventions réglementées », préc.

763 E. DU PONTAVICE, « Le commissaire aux comptes et la rémunération des dirigeants de sociétés anonymes », *Rev. sociétés* 1968, p. 30

764 article 233-7 et 233-12 du Code de commerce

765 article L 823-12 du Code de commerce – V. sur l'obligation de révéler les faits délictueux : J.-F. BARBIERI, « De la révélation des faits délictueux à la déclaration de soupçon et inversement… », *in Les droits et le Droit ; Mélanges dédiés à Bernard Bouloc*, Dalloz 2006, p. 33 - J.-C. BOULAY, « L'obligation du commissaire aux comptes de révéler les faits délictueux », *Rev. sociétés* 1980, p. 443 - A. VIANDIER, « Sur les limites de l'obligation de révélation des faits délictueux », *JCP CI* 1982, II, 13682 - CH. GOYET, « La révélation des faits délictueux ; remarque sur une politique négociée de l'action publique », *JCP G* 1989, I, 3370 - D. VIDAL, *Le commissaire aux comptes dans la société anonyme*, préc., spéc. n° 404 et s., p. 307 et s. - N. DHAINAUT-FAKIROFF, *Les prérogatives du commissaire aux comptes*, préc., spéc. n° 526 et s.

766 article 34 de la loi du 24 juillet 1867

767 J.-C. BOULAY, « L'obligation du commissaire aux comptes de révéler les faits délictueux », préc., spéc. n° 2 p. 445

768 M. TERRE, « La révélation des faits délictueux par le commissaire aux comptes », *Eco. et compt.* juin 1973, p. 27

769 N. DHAINAUT-FAKIROFF, *Les prérogatives du commissaire aux comptes*, préc., spéc. n° 532

770 M. COZIAN, A. VIANDIER et F. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, préc., spéc. n° 842, p. 447

ayant une incidence sur les comptes sociaux[771], mais cette recommandation n'est pas opposable au ministère public[772]. Le commissaire aux comptes n'a pas à apprécier l'opportunité des poursuites. Il se borne à révéler au procureur de la République « *dès qu'il en a connaissance dans le cadre de sa mission, les irrégularités susceptibles de recevoir une qualification pénale, même si celle-ci ne peut en l'état être définie avec précision* »[773].

Le non-respect de l'obligation de dénonciation constitue un délit pénal[774]. Néanmoins, la jurisprudence, confortée par une circulaire du Garde des Sceaux du 23 octobre 1985, admet que le commissaire aux comptes puisse laisser le temps aux dirigeants de régulariser la situation avant de dénoncer l'infraction au parquet[775]. De même, ne font l'objet d'une obligation de révélation que les irrégularités présentant une incidence significative[776].

Enfin, le commissaire aux comptes participe à la lutte contre le blanchiment, la fraude fiscale et le financement du terrorisme. L'article L. 561-15 du Code monétaire et financier l'oblige à déclarer à Tracfin « *les opérations portant sur des sommes dont elles savent, soupçonnent ou ont de bonnes raisons de soupçonner qu'elles proviennent d'une infraction passible d'une peine privative de liberté supérieure à un an ou participent au financement du terrorisme* », et « *les sommes ou opérations dont ils savent, soupçonnent ou ont de bonnes raisons de soupçonner qu'elles proviennent d'une fraude fiscale* »[777]

93. L'information des représentants du personnel. Le comité d'entreprise est également le destinataire de la mission d'information des commissaires aux comptes[778]. Il peut les convoquer « *pour recevoir leurs explications sur les différents postes des documents communiqués ainsi que sur la situation financière de l'entreprise* »[779].

---

771 CNCC, NEP 6-701

772 M. COZIAN, A. VIANDIER et F. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, préc., spéc. n° 842, p. 447

773 Cass. crim., 15 sept. 1999, n° 98-81855 : *Bull. crim.* 1999, n°187 ; *Bull. Joly Sociétés* 2000, p. 25, note critique J.F. BARBIERI ; *Bull. CNCC* 2000, p. 62, note PH. MERLE

774 article L. 820-7 du Code de commerce

775 Trib. correct. Paris, 17 déc. 1981 : *Bull. CNCC* 1982, p. 284, note E. DU PONTAVICE - Trib. correct. Châlon sur Soâne, 16 nov. 1984 : *Bull. CNCC* 1985, p. 116 - CA Paris 9ème ch., 29 mai 1986 : *Bull. CNCC* 1986, p. 395

776 Trib. correct. Coutances, 29 juin 1999 : *Bull. CNCC* 1999, p. 471, note PH. MERLE ; *Gaz. Pal.* 1999, 2, 672, note PH. MERLE - CA Caen ch. correct., 14 avril 2000 : *BULL. CNCC* 06/2000, n° 72 p. 202, note PH. MERLE - CA Besançon ch. correct., 11 avril 2000 : *Bull. CNCC* 2000, p. 374, note PH. MERLE – Cette disposition ne figurant que dans une circulaire, certains auteurs craignent un revirement et souhaiteraient que cette condition soit inscrite dans la loi : N. DHAINAUT-FAKIROFF, *Les prérogatives du commissaire aux comptes*, préc., spéc. n° 565 et s. - PH. MERLE, note sous Trib. correct. Coutances, 29 juin 1999 : *Gaz. Pal.* 1999, 2, 672

777 A. ROBERT, « Lutte contre le blanchiment des capitaux et le financement du terrorisme : obligations et responsabilités des commissaires aux comptes et experts-comptables », *LPA* 28 mars 2012, p. 3

778 S. LIMOU, N. MARIGNIER et TH. RUCKEBUSCH, « L'information économique et financière des salariés », *Liaisons soc.* 2012, point spéc. n° 16028

779 article L. 432-4 al. 7 du Code du travail

β : Informations prospectives

94. Le contrôle des comptes prévisionnels. Les sociétés d'une certaine importance (nombre de salariés ou chiffre d'affaires) sont tenues d'établir une comptabilité prévisionnelle[780]. Le commissaire aux comptes est tenu de contrôler ces documents[781]. Il « *formule des observations, il les consigne dans un rapport écrit adressé au conseil d'administration, au directoire ou aux gérants ainsi qu'au comité d'entreprise* »[782].

Le commissaire aux comptes n'est pas tenu de certifier ces comptes prévisionnels. Il est par contre tenu de contrôler le respect des éléments comptables déjà connus sur lesquels les dirigeants se sont fondés pour établir les comptes prévisionnels et la cohérence de ses derniers avec les comptes annuels. Il doit également mettre l'accent sur le caractère « prévisionnel » de ces documents afin de s'assurer que les actionnaires feront bien la différence entre la comptabilité annuelle, image fidèle de la vie sociale, et la comptabilité prévisionnelle qui n'est que la projection pour l'avenir de l'évolution du risque social[783].

95. Le devoir d'alerte. La seconde mission d'information prospective concerne le devoir d'alerte instauré par la Loi du 1er mars 1984[784]. « *En raison de la mission permanente d'investigation et de contrôle qui lui 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* »[785].

La procédure d'alerte est applicable dans toutes les sociétés dotées d'un commissaire aux comptes[786]. Elle est déclenchée dès lors que ce dernier relève « *à l'occasion de l'exercice de sa mission, des faits de nature à compromettre la continuité de l'exploitation* » de la

---

780 article L. 232-2 du Code de commerce

781 article L. 232-3 du Code de commerce

782 article R. 232-7 du Code de commerce

783 *JCl. Société Traité*, Fasc. 134-20, par D. LANGE, spéc. n° 170

784 V. sur le devoir d'alerte du commissaire aux comptes : A. VIANDIER, « L'évolution du commissariat aux comptes », préc., spéc. n° 16 p. 332 - G. BLANC, « La situation du commissaire aux comptes après la loi n° 84-148 du 1er mars 1984 », *JCP E* 1984, II, 14304, spéc. n° 34 - B. SOINNE, « La procédure d'alerte instituée par la loi du 1er mars 1984 et la mission du commissaire aux comptes », *JCP E* 1985, II, 14563 - J. PAILLUSSEAU, « L'alerte du commissaire aux comptes dans la SAS - La notion de comptabilité dans le droit de la SAS », *JCP G* 2000, I, 262 - A.-F. ZATTARA-GROS, « Les commissaires aux comptes et les difficultés des entreprises », *Gaz. Pal.*, 11 août 2012, p. 14 - D. VIDAL, *Le commissaire aux comptes dans la société anonyme*, préc., spéc. n° 433 et s., p. 329 et s. - A. GODFROY, *Le commissaire aux comptes et la procédure d'alerte*, thèse Paris II, 1999 - N. DHAINAUT-FAKIROFF, *Les prérogatives du commissaire aux comptes*, préc., spéc. n° 571 s.

785 Exposé des motifs de la loi n° 84-148 du 1 mars 1984 relative a la prévention et au règlement amiable des difficultés des entreprises

786 articles L. 234-1 du Code de commerce pour la SA, L. 234-2 pour les autres sociétés commerciales et L. 612-3 pour les personnes morales de droit privé non commerçantes ayant une activité économique

société[787]. Elle commence généralement par un entretien informel avec les dirigeants qui, si elle n'est pas suivie d'effet, entraine le déclenchant de l'alerte[788]. Le commissaire aux comptes va donc, dans un premier temps, saisir officiellement les dirigeants de la difficulté afin d'obtenir des explications[789]. A défaut de réponse satisfaisante, et si la continuité de l'exploitation est toujours compromise, l'assemblée générale est convoquée pour statuer sur un rapport spécial du commissaire aux comptes[790]. Enfin, si les décisions des associés s'avèrent infructueuses, le commissaire aux comptes informe de ses démarches le président du tribunal de commerce ou du TGI et lui en communique les résultats[791]. A chacune de ces trois phases, les organes représentatifs du personnel, l'éventuel conseil de surveillance et le président du tribunal de commerce ou du TGI sont informés de l'évolution de la situation[792].

De la même façon que le commissaire aux comptes se trouve dans une situation privilégiée pour assister le parquet dans la recherche de faits délictueux, son rôle de contrôleur légal des comptes en fait également un allié de premier choix en matière de prévention des difficultés des entreprises. En effet, la notion de continuité de l'exploitation est l'un des grands principes comptables fondé sur l'article L. 123-20 alinéa 1er du Code de commerce qui énonce que pour l'établissement de sa comptabilité « *le commerçant, personne physique ou morale, est présumé poursuivre ses activités* ». En raison de son obligation de s'assurer que « *les comptes annuels sont réguliers et sincères et donnent une image fidèle du résultat des opérations de l'exercice écoulé* », le risque d'atteinte à la continuité de l'exploitation est au cœur de la mission du commissaire aux comptes.

C : UN ACTEUR MAJEUR ET INDEPENDANT DU CONTROLE-SURVEILLANCE

96. La consécration de l'indépendance du commissaire aux comptes. Le commissaire aux comptes a une place particulière au sein des organes de contrôle-surveillance de la société. S'il lui est totalement interdit de s'immiscer dans la gestion sociale, et notamment d'en juger l'opportunité, sa mission est particulièrement étendue. Il assure le contrôle-surveillance de la régularité comptable et juridique de la société au profit non seulement de la

---

787 articles L. 234-1 al. 1er et L. 612-3 al. 1er du Code de commerce – V. également M.-A. LAFORTUNE, « Les obligations du commissaire aux comptes pour la continuité de l'exploitation, la protection et la sécurité des activités financières et boursières », *in Commissaire aux comptes, Missions et responsabilités*, Economica 2001, p. 121, spéc. p. 133

788 CNCC, NEP 6-702, § 6 – N. DHAINAUT-FAKIROFF, *Les prérogatives du commissaire aux comptes*, préc., spéc. n° 590 et 625

789 articles L. 234-1 al. 1er et 2ème, L. 234-2 al. 1er et L. 612-3 al. 1er et 2ème du Code de commerce

790 articles L. 234-1 al. 3, L. 234-2 al. 2 et L. 612-3 al. 3 du Code de commerce

791 articles L. 234-1 al. 4, L. 234-2 al. 3 et L. 612-3 al. 4 du Code de commerce

792 articles L. 234-1, L. 234-2 et L. 612-3 al. 4 du Code de commerce

société mais aussi de toute personne dont l'information comptable constitue un élément important de décision.La place centrale du commissaire aux comptes est également due à son statut qui lui confère une totale indépendance à l'égard des dirigeants et des autres organes de surveillance de la société. Le Code de commerce consacre ainsi toute une section à la déontologie et à l'indépendance du commissaire aux comptes[793]. Il doit être « *indépendant de la personne ou de l'entité dont il est appelé à certifier les comptes* »[794]. Cette indépendance « *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* »[795].

Afin d'assurer cette indépendance, le législateur a instauré un certain nombre de dispositions particulières. Il a ainsi énoncé des incompatibilités générales. Les fonctions de commissaire aux comptes sont incompatibles avec toute activité ou tout acte de nature à porter atteinte à son indépendance, avec tout emploi salarié et avec toute activité commerciale, qu'elle soit exercée directement ou par personne interposée[796]. D'autres incompatibilités spéciales viennent encadrer l'exercice du commissariat aux comptes. Le commissaire aux comptes ne peut prendre, recevoir ou conserver, directement ou indirectement, un intérêt auprès de la société dont il est chargé de certifier les comptes, ou auprès d'une personne qui la contrôle ou qui est contrôlée par elle[797]. Il lui est également interdit de fournir à la société qui l'a chargé de certifier ses comptes, ou aux personnes ou entités qui la contrôlent ou qui sont contrôlées par celle-ci, tout conseil ou toute autre prestation de services n'entrant pas dans les diligences directement liées à la mission de commissaire aux comptes[798]. Enfin, il ne peut être nommé dirigeant ou salarié des sociétés qu'il contrôle, moins de cinq années après la cessation de ses fonctions[799]. Il en va de même dans une entité contrôlée ou qui contrôle la société dont il a certifié les comptes[800]. Réciproquement, les personnes ayant été dirigeants ou salariés d'une société ne peuvent être nommées commissaires aux comptes de cette société moins de cinq années après la cessation

---

793 « De la déontologie et de l'indépendance des commissaires aux comptes » : Code de commerce, Livre VIII, Titre II, Chap. II, sect. 3

794 article 5 al. 1er du Code de déontologie de la profession de commissaire aux comptes

795 article 5 al. 2 du Code de déontologie de la profession de commissaire aux comptes

796 article L. 822-10 du Code de commerce

797 article L. 822-11 I du Code de commerce

798 article L. 822-11 II du Code de commerce

799 article L. 822-12 al. 1er du Code de commerce

800 article L. 822-12 al. 2 du Code de commerce

de leurs fonctions[801]. Le non-respect de ces règles d'incompatibilité est sanctionné pénalement[802].

801 article L. 822-13 du Code de commerce
802 article L. 820-6 du Code de commerce

SECTION 2 : LA NOTION UNITAIRE DE « CONTROLE »

97. Introduction. L'étude précédente du contrôle organique montre que le « contrôle » semble désigner de multiples opérations très différentes. Le contrôle des dirigeants se distingue du contrôle des associés qui lui-même, même s'il s'en rapproche énormément, ne recouvre pas exactement la mission des organes de contrôle de la société. Pourtant, une étude sémantique du mot « contrôle » permet d'aboutir à une définition unitaire de cette notion. Celle-ci fait appel à la distinction entre risque social et intérêt social et permet de distinguer les « dirigeants », titulaires d'un contrôle-direction, des « surveillants », qui exercent un contrôle-surveillance.

Sous-section 1 : La définition unitaire du contrôle

Sous-section 2 : La distinction entre risque social, objet du contrôle, et intérêt social, norme du contrôle

Sous-section 3 : Le pouvoir de définition du risque social, critère de distinction du contrôleur et du contrôlaire

SOUS-SECTION 1 : LA DEFINITION UNITAIRE DU CONTROLE

Après nous être essayés à une étude du mot « contrôle » tant au sens commun que dans son usage particulier en droit des sociétés, nous nous attacherons à revenir au sens premier de la notion de contrôle qui recouvre tous les autres.

Paragraphe 1 : Etude sémantique de la notion de contrôle

Paragraphe 2 : Le retour au sens premier de la notion de contrôle

PARAGRAPHE 1 : ETUDE SEMANTIQUE DE LA NOTION DE « CONTROLE »

Le mot « contrôle » peut avoir plusieurs sens tant dans le langage courant (A) qu'en droit des sociétés (B).

A : LES DIFFERENTES ACCEPTIONS DU MOT « CONTROLE »

98. « Contrôle » au sens commun. Le Littré donne quatre sens possibles au mot contrôle : « *registre double qu'on tient pour la vérification d'un autre* », « *vérification*

administrative », « *examen, censure* » ou « *état nominatif des personnes qui appartiennent à un corps* »[803]. Les dictionnaires récents complètent cette notion de contrôle « surveillance » par le contrôle « domination », « maîtrise »[804].

Beaucoup d'auteurs ont relevé les divergences du sens du mot « contrôle » selon la langue. « *Si en anglais le sens courant du mot contrôle est celui de pouvoir, puissance, domination, autorité, dans toutes les autres langues européennes, « contrôle » signifie surveillance, vérification, inspection, activité de contrôler seulement* »[805]. Néanmoins, le sens anglais du mot contrôle investit la sphère lexicale francophone[806]. En France, le mot contrôle apparaît au XIVe siècle dans ses deux acceptions : surveillance et maîtrise[807].

Bergeron, dans son ouvrage *Fonctionnement de l'Etat*, propose « *de grouper en six principales acceptions l'usage du mot « contrôle – control ». Dans cette gradation descendante des six sens, les trois premiers correspondent plutôt au « control » qu'au « contrôle » et vice-versa pour les trois derniers. Ces six sens sont :* 1° domination ; 2° direction ; 3° limitation ; 4° surveillance ; 5° vérification ; 6° enregistrement *ou préférablement,* collation »[808]. Ce dernier sens est le sens originel du mot contrôle. « *A partir de 1654, nombre d'actes juridiques devaient être « contrôlés », c'est à dire résumés sur des registres spéciaux, moyennant le paiement d'une taxe. Ils acquéraient ainsi date certaine, avantage précieux de droit privé. C'est le système du contrôle, que nous appelons aujourd'hui enregistrement* »[809]. Selon Bergeron, « *ce sixième sens désigne la plus faible intensité de l'acte de contrôle ; mais il est aussi le plus riche en signification. Tous les autres sens (vérification, surveillance, limitation, direction, domination) impliquent un renforcement de l'idée étymologique d'enregistrement ou de collation. En effet, en quoi consiste le contrôle selon les divers sens que nous venons de relever si ce n'est de faire une comparaison en vue d'une recherche d'adéquation ou d'équivalence entre un « rôle » et un « contre-rôle » ? Si cela est, nous sommes justifiés à y voir le formel de l'acte de contrôle, le contrôle à l'état pur* »[810].

---

803 LITTRE, *Dictionnaire de la langue française*, Librairie générale française 1990

804 *Le Nouveau Petit Robert de la langue française*, LeRobert 2008, p. 533

805 GURVITCH, « Le contrôle social » *in* GURVITCH et MOORE, *La sociologie au XXe siècle*, t. I, PUF 1947, p. 273

806 BERGERON, *Fonctionnement de l'Etat*, Armant Collin 1965, spéc. p. 49 – V. également MICHEL, *Le contrôle économique des sociétés et ses rapports avec leur nationalité,* thèse Paris, 1923, spéc. p. 6 – *Contra* : R. ARAKELIAN, *La notion de contrôle*, thèse Paris V, 2000, spéc. n° 4, p. 5, qui relève que les dictionnaires anglais renvoient pour l'étymologie de ce mot au français et plus précisément au latin médiéval « *contrarotolus* »

807 R. ARAKELIAN, *La notion de contrôle*, préc., spéc. n° 3, p.4

808 R. ARAKELIAN, *La notion de contrôle*, préc., spéc. p. 50

809 OLIVIER-MARTIN, *Précis d'histoire du droit français*, Dalloz 1932, spéc. p. 326

810 BERGERON, *Fonctionnement de l'Etat*, préc., spéc. p. 51

Après cette brève étude sémantique générale du mot contrôle, il semble opportun de rechercher quels sens du mot contrôle sont employés en droit des sociétés.

B : LE « CONTROLE » EN DROIT DES SOCIETES

En droit positif et en doctrine, le mot « contrôle » est utilisé pour désigner la direction (1) et la surveillance (2).

1 : Le contrôle « direction »

Nous procéderons successivement à l'étude du « contrôle-direction » par la loi (a), la jurisprudence (b) et la doctrine (c).

a : L'usage législatif de la notion de contrôle « direction »

99. Une apparition tardive. La notion de contrôle, au sens de direction de la société, n'apparaît véritablement dans notre législation qu'en 1985. C'est d'abord avec la Loi n°85-11 du 3 janvier 1985[811] portant sur l'obligation de publier des comptes consolidés que les notions de « contrôle conjoint » et de « contrôle exclusif »[812] ont été introduites dans le Code de commerce. L'article 1er de cette loi ajoute un article 357-1 à la Loi de 1966 qui dispose :

> *« II. - Le contrôle exclusif par une société résulte :*
>
> *1° Soit de la détention directe ou indirecte de la majorité des droits de vote dans une autre entreprise ;*
>
> *2° Soit de la désignation, pendant deux exercices successifs, de la majorité des membres des organes d'administration, de direction ou de surveillance d'une autre entreprise. La société consolidante est présumée avoir effectué cette désignation lorsqu'elle a disposé au cours de cette période, directement ou indirectement, d'une fraction supérieure à 40 % des droits de vote, et qu'aucun autre associé ou actionnaire ne détenait, directement ou indirectement, une fraction supérieure à la sienne ;*
>
> *3° Soit du droit d'exercer une influence dominante sur une entreprise en vertu d'un contrat ou de clauses statutaires, lorsque le droit applicable le permet et que la société dominante est actionnaire ou associée de cette entreprise.*
>
> *III. - Le contrôle conjoint est le partage du contrôle d'une entreprise exploitée en commun par un nombre limité d'associés ou d'actionnaires, de sorte que les décisions résultent de leur accord ».*

---

811 *JO* 4 janv. 1985, p. 101

812 article 357-1 de la Loi du 24 juillet 1966 (actuel article L. 233-16 du Code de commerce)

Le législateur est intervenu une seconde fois avec la Loi du 12 juillet 1985 relative aux participations détenues dans les sociétés par actions[813]. Cette loi a introduit un article 355-1 à la Loi de 1966 qui dispose :

> *« Une société est considérée [...] comme en contrôlant une autre :*
>
> *- Lorsqu'elle détient directement ou indirectement une fraction du capital lui conférant la majorité des droits de vote dans les assemblées générales de cette société ;*
>
> *- 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 ;*
>
> *- Lorsqu'elle détermine en fait, par les droits de vote dont elle dispose, les décisions dans les assemblées générales de cette société ;*
>
> *Elle est présumée exercer ce contrôle lorsqu'elle dispose directement ou indirectement, d'une fraction des droits de vote supérieure à 40 % et qu'aucun autre associé ou actionnaire ne détient directement ou indirectement une fraction supérieure à la sienne ».*

La Loi 2001-1168 du 11 décembre 2001 a ajouté un troisième alinéa à cet article : « *Pour l'application des mêmes sections du présent chapitre, deux ou plusieurs personnes agissant de concert sont considérées comme en contrôlant conjointement une autre lorsqu'elles déterminent en fait les décisions prises en assemblée générale* ». Enfin, la Loi 2005-842 du 26 juillet 2005 pour la confiance et la modernisation de l'économie a complété le premier alinéa par un 4° : « *Lorsqu'elle est associée ou actionnaire de cette société et dispose du pouvoir de nommer ou de révoquer la majorité des membres des organes d'administration, de direction ou de surveillance de cette société* ».

Pour certains auteurs, ces deux textes, aujourd'hui les articles L. 233-3 et L. 233-16 du Code de commerce, donnent une définition légale du contrôle « maîtrise » ou « direction ». L'article L. 233-3 en constituerait même la définition « *de droit commun* »[814]. Pour autant, ces deux dispositions ne donnent pas tant une définition du contrôle « direction » que les règles d'attribution du pouvoir[815] dans les groupes de sociétés. En effet, ces articles permettent de déterminer qui contrôle quelle société mais aucunement les prérogatives que ce pouvoir confère à son titulaire. Si l'on résume ces textes, le contrôle d'une société appartient à celui qui dispose du pouvoir de désigner les dirigeants. Tout au plus peut-on admettre une définition organique du contrôle « direction » indirecte.

---

813 *JO* 13 juill. 1985, p. 7918

814 R. ARAKELIAN, *La notion de contrôle*, préc., spéc. spéc. n° 22 et s., p. 17 et s., se fondant sur P. DIDIER, *Droit commercial,* t. 3 : *Le marché financier, Les groupes de sociétés*, PUF 1993, p. 330 – V. également T. MASSART, note sous Cass. soc., 12 janv. 1994, *LPA* 29 juill. 1994, p. 45 – *Contra* : M.-P. BLIN-FRANCHOMME, *Essai sur la notion de contrôle en droit des affaires*, préc. spéc. n° 13 p. 21

815 ou de présomption d'attribution du pouvoir

b : L'usage jurisprudentiel de la notion de contrôle « direction »

100. Une vraie définition. La première décision de justice relative au contrôle « direction » est intervenue peu après la Première Guerre mondiale. La Cour d'appel de Nancy est intervenue à propos de l'interprétation du mot « contrôle » dans l'article 297 b) du Traité de Versailles. L'arrêt dispose : « *Attendu qu'il n'est pas douteux que l'expression « contrôlée » a été employée par les rédacteurs du Traité dans le sens anglais ou américain du mot. Attendu qu'en anglais le mot « control » signifie empire, influence autorité, emprise et le verbe « control » exercer de l'empire sur, gouverner, régler, diriger ; d'où cette conséquence que contrôler une société signifie : exercer sur elle une influence prépondérante, avoir un empire sur elle, la régler, la diriger* »[816].

La jurisprudence a également employé la notion de contrôle pour déterminer la compétence des tribunaux *rationae materiae* en cas de cession de droits sociaux[817]. La chambre commerciale avait décidé que dès lors que la cession emportait transfert du contrôle de la société, celle-ci relevait des juridictions commerciales : « *la convention, qui a pour objet l'organisation de la société commerciale en transférant son contrôle ou en en garantissant le maintien à son titulaire, est un acte commercial et relève de la compétence des tribunaux de commerce* »[818]. Le contrôle s'entend ici de l'accès à la majorité des droits de vote[819].

---

816 CA Nancy, 5 févr. 1921 : *Gaz. Pal.* 1921, 2, 397

817 V. sur la cession de contrôle : J. PAILLUSSEAU et R. CONTIN, « La cession de contrôle d'une société », préc. - B. OPPETIT, « Les cessions de droits sociaux emportant le transfert du contrôle d'une société », *Rev. soc*. 1978, p. 691 - D. ROUX, « La spécificité des cessions de contrôle », *Rev. sociétés* 1980, p. 49 - J. PAILLUSSEAU, « La cession de contrôle », préc. - J.-J. CAUSSAIN et M. GERMAIN, « Pratique des cessions de contrôle dans les sociétés anonymes non cotées », *JCP E* 1987, 14915 - M. GERMAIN, *Les prises de contrôle dans les sociétés commerciales*, thèse Toulouse 1974 - J. PAILLUSSEAU, J.-J. CAUSSAIN, H. LAZARSKI et p. PEYRAMAURE, *La cession de l'entreprise*, Dalloz 1991 - T. MASSART, *Régime juridique de la cession de contrôle des sociétés*, thèse Lille 1995

818 Cass. com., 26 mars 1996, n° 94-14051 : *Bull. civ.* 1996, n° 93 - Cass. com., 28 nov. 1978, n° 77-12609 : *Bull. civ.* 1978, n° 284 ; *D.* 1980, p. 316, note BOUSQUET : « *attendu que, saisie d'un contredit a l'encontre d'un jugement qui avait décidé que la demande en nullité formée par Richard de X... de 2.250 des 3.000 parts de la société RBB Transports, qu'il avait consentie à Morere et Leveugle, la cour d'appel a décidé que cette demande relevait de la compétence de la juridiction civile ; attendu qu'en se déterminant ainsi, sans rechercher, si, étant donné le nombre des parts sociales acquises par Morere et Leveugle lequel leur assurait le contrôle de la société, la cession litigieuse ne revêtait pas un caractère commercial, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision* » – En 2007, la Cour de cassation est venue préciser le nouvel article L. 721-3 2° du Code de commerce. Désormais, toutes les cessions de droits sociaux d'une société commerciale relève de la compétence des tribunaux consulaires : Cass. com., 10 juill. 2007, n° 06-16548 : *Bull. civ.* 2007, n° 193 ; *Bull. Joly Sociétés* 2007, p. 1242, note D. PORACCHIA ; *RTD com*. 2007, p. 783, note P. LE CANNU et B. DONDERO ; *Rev. sociétés* 2007, p. 793, note B. SAINTOURENS ; *Dr. sociétés* 2007, comm. 179, note H. HOVASSE ; *JCP G* 2007, II, 10198 ; *RJ com.* 2007, p. 348, note J.-P. LEGROS : « *le litige qui oppose les cédants des actions d'une société anonyme aux dirigeants de la société cédée, porte sur la clause de non-concurrence contenue dans la convention de cession, ce dont il résulte qu'en application du texte précité, ce litige, né à l'occasion d'une cession de titres d'une société commerciale, relève de la compétence du tribunal de commerce* »

819 y compris en tenant compte des éventuelles obligations convertibles en actions : T. com. Paris, 18 juin 1991 : *JurisData* n° 1991-044061 ; *Dr. sociétés* déc. 1991, p. 9

c : La tentative de définition doctrinale de la notion de contrôle « direction »

101. Des définitions proches. La doctrine ne semble pas non plus privilégier une acception du mot contrôle plutôt qu'une autre. Comme l'écrit Monsieur Berr, « *cette notion recèle encore bien des mystères et l'on ne saurait affirmer que l'engouement qu'elle a suscité et l'attrait qu'elle continue d'exercer sur les esprits soient à mettre au compte de sa grande clarté ou de sa précision* »[820]. De nombreux auteurs s'accordent pour reconnaître la difficile définition juridique de cette notion[821].

Au sens de « maîtrise », « direction », la notion de contrôle n'a vraiment vu le jour dans le droit français des sociétés qu'à l'occasion de la première guerre mondiale dans les discussions sur la nationalité des sociétés[822]. La doctrine a rapidement adopté ce sens. En 1929, Tamboise définissait le contrôle d'une société comme le pouvoir « *d'organiser, de diriger, de surveiller et de réformer l'activité économique, commerciale et industrielle d'une entreprise* »[823].

Les auteurs plus récents ont poursuivi ce travail de définition sans qu'une unanimité voie le jour. Cornu, dans son célèbre dictionnaire juridique, définit le contrôle « *des sociétés* » comme la « *possibilité pour une société de déterminer directement ou indirectement, en raison de droit ou de contrat, la politique générale d'une autre société* »[824]. Monsieur Paillusseau, au sujet de la cession de contrôle, énonce pour sa part que : « *dans une société, le contrôle peut être défini comme le pouvoir dans l'entreprise sociale, tel que ce pouvoir est organisé par le droit. Le pouvoir dans l'entreprise s'exprime principalement en termes économiques et sociaux : c'est la détermination de sa politique générale, de sa stratégie, de ses objectifs à court, moyen et long terme, de son marketing, de la politique commerciale…* »[825]. Ces deux définitions évoquent la détermination de la politique générale de la société. Cela rappelle la définition du pouvoir de direction du conseil d'administration, lequel « *détermine les orientations de l'activité de la société et veille à leur mise en œuvre* »[826].

Monsieur Champaud, pour sa part, définit le contrôle en le rapprochant du droit de propriété : « *Le contrôle est le droit de disposer des biens d'autrui comme un propriétaire.*

---

820 CL. BERR, « La place de la notion de contrôle en droit des sociétés », préc., spéc. p. 1

821 M.-P. BLIN-FRANCHOMME, *Essai sur la notion de contrôle en droit des affaires*, thèse Toulouse 1998, spéc. n° 1 p. 1 - J. PAILLUSSEAU et R. CONTIN, « La cession de contrôle d'une société », *JCP G* 1969, 2287, spéc. n° 2

822 L. LEVY, *La nationalité des sociétés*, LGDJ 1984, spéc. p. 200 - R. ARAKELIAN, *La notion de contrôle*, préc., spéc. n° 10 p. 8

823 A. TAMBOISE, *Des moyens juridiques pour assurer la stabilité du contrôle dans les sociétés anonymes ou la défense des sociétés anonymes contre les immixtions étrangères indésirables*, thèse Lille 1929, spéc. p. 1

824 G. CORNU, ASSOCIATION HENRI CAPITANT, *Vocabulaire juridique*, PUF, 9e éd. 2011, spéc. p. 264

825 M. PAILLUSSEAU, « La cession de contrôle », *JCP E* 1985, 14587, spéc. n° 54 et 55

826 article L. 225-35 al. 1er du Code de commerce

Contrôler une entreprise c'est détenir le contrôle des biens qui lui ont été affectés (droit d'en disposer comme un propriétaire) de telle sorte que l'on soit maître de diriger son activité économique. Contrôler une société, c'est détenir le contrôle des biens sociaux (droit d'en disposer comme un propriétaire), de telle sorte que l'on soit maître de l'activité économique de l'entreprise sociale »[827]. On se rapproche plutôt de la définition des pouvoirs du directeur général ou du gérant de la société : représentation et engagement de la société[828].

Ces définitions ne sont pas unitaires mais elles ont pour point commun l'idée d'un pouvoir sur le choix et la conduite de la politique économique de la société. En ce sens, le contrôle est le pouvoir de décider de l'avenir du capital social et de disposer du patrimoine de la société.

2 : Le contrôle « surveillance »

Nous reprendrons le plan précédent en étudiant successivement l'usage du « contrôle-surveillance » par la loi (a), la jurisprudence (b) et la doctrine (c).

a : L'usage législatif de la notion de contrôle « surveillance »

102. Un usage plus fréquent. La notion de contrôle « surveillance » est très présente dans la législation relative aux sociétés. On la retrouve évidemment dans la définition des pouvoirs des organes de contrôle des sociétés. Ainsi, l'article L. 225-35 alinéa 3 du Code de commerce dispose que « *le conseil d'administration procède aux contrôles et vérifications qu'il juge opportuns* ». Les articles L. 225-58 alinéa 3 et L. 225-68 alinéa 1er du Code de commerce font eux référence au contrôle exercé par le conseil de surveillance sur les actes du directoire dans la société anonyme. Enfin, l'article L. 226-9 alinéa 1er du Code de commerce énonce que dans la société en commandite par actions, « *le conseil de surveillance assume le contrôle permanent de la gestion de la société* ». Aucune disposition relative à ces organes ne définit véritablement en quoi consiste ce contrôle.

Le Code de commerce laisse en outre une large place au contrôle exercé par le commissaire aux comptes. La section V du titre II du livre deuxième du Code de commerce est intitulé « *Du contrôle de la société anonyme* ». Le premier article de cette section, l'article L. 225-218, dispose que « *le contrôle est exercé, dans chaque société, par un ou plusieurs commissaires aux comptes* ». Or ce contrôle fait l'objet d'une véritable définition légale. Le contrôle des commissaires aux comptes consiste à « *vérifier les valeurs et les documents*

---

827 CL. CHAMPAUD, *Le pouvoir de concentration de la société par actions*, préc., spéc. n° 184 bis p. 161
828 articles L. 223-18 et L. 225-56 I du Code de commerce

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. Ils vérifient également 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. Ils attestent spécialement l'exactitude et la sincérité des informations relatives aux rémunérations et aux avantages de toute nature versés à chaque mandataire social »[829]. Le contrôle du commissaire aux comptes consiste donc, d'après la loi, à s'assurer de l'adéquation de la comptabilité et de l'information au regard des normes et principes comptables.

b : L'usage jurisprudentiel de la notion de contrôle « surveillance »

103. Un usage lié au développement des organes de surveillance. L'usage de la notion de contrôle « surveillance » par la jurisprudence est ancien. Bien avant que ce terme ne soit employé par le législateur pour désigner l'une des missions du conseil d'administration[830], la Cour de cassation avait déjà eu l'occasion d'évoquer « *la mission de surveillance et de contrôle qui incombe aux administrateurs* »[831]. S'agissant du conseil de surveillance, les décisions consacrent sa qualité d'« *organe exclusivement chargé d'une mission de contrôle* » pour rejeter la qualification de dirigeant de ses membres[832]. Les juges évoquent également « *le droit de critique et de contrôle sur le fonctionnement* [de la société] » appartenant aux associés[833], ou encore le « *contrôle des associés sur la gestion sociale* » que « *la tenue irrégulière de la comptabilité a rendu impossible* »[834].

La jurisprudence a également eu à se prononcer sur la mission de contrôle des commissaires aux comptes. La Cour de cassation a ainsi jugé que les commissaires aux comptes doivent « *adapter leur propre contrôle à* [la] *situation et ne pas limiter leurs diligences à un programme de contrôle de base* »[835]. Les juges du fond s'intéressent

---

829 article L. 823-10 Code de commerce

830 article L. 225-35 du Code de commerce, issu de la loi NRE du 15 mai 2001

831 Cass. civ., 3 mai 1954 : *JCP* 1954, II, 8257, note D. BASTIAN

832 CE 31 mars 1993, n° 122800 : *Bull. Joly Sociétés* 1993, p. 694 - Cass. com., 9 avril 1990, n° 89-15579 – V. également : Cass. com., 18 avril 1989, n° 87-16188 : préc. note 590 - Cass. soc., 25 janv. 2001, n° 99-12376 : *Bull. civ.* 2001, n° 26 ; *BRDA* 2001, n° 5, p. 5

833 Cass. com., 12 févr. 2002, n° 00-11602 : *Bull. civ.* 2002, n° 32 ; *Bull. Joly Sociétés* 2002, p. 617, note B. SAINTOURENS ; *JCP E* 2002, 851, note A. VIANDIER et J.-J. CAUSSAIN, et 1603, note J. MONNET ; *Dr. sociétés* 2002, p. 7, comm. 146, note TH. BONNEAU ; *Rev. sociétés* 2002, p. 702, note L. GODON

834 Cass. com., 16 mars 1970, n° 68-13867 : *Bull. civ.* 1970, n° 101

835 Cass. com., 22 nov. 2005, n° 03-16548 : *Dr. sociétés* 2006, comm. 58, note H. HOVASSE

également à la réalisation pratique du contrôle du commissaire aux comptes. Ces derniers peuvent être tenus par exemple de procéder à un « *contrôle physique des immobilisations* », c'est-à-dire de « *réaliser des rapprochements entre la réalité des matériels existants dans les locaux* [de la société] *et les documents comptables* »[836], ou encore de *« vérifier l'adéquation des relevés des comptes bancaires et des brouillards de banque de la société, leurs diligences ne pouvant se limiter à un contrôle des soldes en fin d'exercice* »[837].

c : Les définitions doctrinales du contrôle « surveillance »

104. Des définitions propres à chaque organe. D'après le dictionnaire de Cornu, le contrôle « surveillance » est défini, de manière générale, comme la « *vérification de la conformité à une norme d'une décision, d'une situation, d'un comportement, etc.* »[838]. La doctrine s'est intéressée au contrôle « surveillance » des différents organes sociaux et utilise ce terme.

Certains auteurs évoquent « *le pouvoir de contrôle des assemblées d'actionnaires* »[839]. Pour Monsieur Didier, « *le corps social exerce son contrôle dans des assemblées générales* »[840]. Dans les éditions suivantes de son ouvrage, cela deviendra même un intitulé de section : « *Le pouvoir de contrôle des associés et des actionnaires* »[841]. Ce pouvoir de contrôle-surveillance des associées est reconnu par la doctrine depuis très longtemps. Perroud écrit ainsi que pour le législateur auteur de la Loi de 1867, « *l'assemblée générale des actionnaires détenait la souveraineté : elle nommait, contrôlait et révoquait les administrateurs* ». Il précise que « *pour exercer utilement leur droit de contrôle, les actionnaires pouvaient avant la tenue de l'assemblée générale prendre connaissance des pièces, pendant l'assemblée exiger des explications, et, si celles-ci paraissaient insuffisantes, destituer le conseil* »[842]. Cette position est partagée par Tunc qui remarque en 1952 que si l'assemblée générale est « *un organe presque fictif* », il « *semble pourtant qu'il serait aisé*

---

836 CA Paris, 2 juin 2003 : *JurisData* n° 2003-215784

837 CA Paris, 14 mai 2003 : *JurisData* n° 2003-215747 ; *JCP E* 2004, 601, note J.-J. CAUSSAIN, F. DEBOISSY et G. WICKER GUILLAUME ; *Bull. Joly Sociétés* 2003, p. 1250, note PH. MERLE

838 G. CORNU, ASSOCIATION HENRI CAPITANT, *Vocabulaire juridique*, préc., spéc. p. 233

839 G. RIPERT et R. ROBLOT, par M. GERMAIN et V. MAGNIER, *Traité de droit de affaires*, t. 2, *Les sociétés commerciales*, préc., spéc. n° 1699 p. 524 – V. également C. DUCOULOUX-FAVARD, « Grandeur et décadence des assemblées générales d'actionnaires », préc. : « *l'assemblée a été relégué à une fonction de contrôle du pouvoir désormais entièrement aux mains des gestionnaires* »

840 P. DIDIER, *Droit commercial*, t. 1 : *Les entreprises en société*, éd. 1993, préc., p. 168

841 P. et PH. DIDIER, *Droit commercial*, t. II, *Les sociétés commerciales*, préc., spéc. n° 354 et s., p. 284 et s.

842 PERROUD, « La condition de l'actionnaire », préc., spéc. p. 320

d'en faire au moins un organe de contrôle effectif »[843]. La commission de réforme du Code de commerce et du droit des sociétés, travaillant sur la future réforme de 1966, n'avait pas une opinion différente du rôle des assemblées générales. Elle écrivait ainsi : « *ce n'est pas que des illusions soient nourries sur leur efficacité dans la conduite de l'entreprise. Mais elles offrent aux actionnaires qui le désirent des possibilités de contrôle qui ne sont pas négligeables et que développe la publicité donnée aux assemblées des grandes sociétés* »[844].

Monsieur Berr, dans sa thèse, a développé plus en détail ce contrôle des associés en l'opposant à la gestion, ce qui lui permet d'en donner une véritable définition : « *si la gestion peut être définie, dans son sens le plus général, comme l'ensemble des activités qui visent à réaliser directement l'objectif social, il convient d'observer que le contrôle consiste à apprécier si ces activités sont bien conformes à l'intérêt social* »[845]. Le pouvoir de contrôle de l'assemblée générale consiste bien à s'assurer que l'exercice du pouvoir de direction reste conforme aux normes que la loi et les statuts lui imposent dans le but de protéger l'intérêt social.

Le conseil d'administration dispose également d'un pouvoir de contrôle-surveillance proche de la mission dévolue au conseil de surveillance[846]. Néanmoins, la doctrine ne semble pas désigner cette prérogative par le mot « contrôle ». Certains auteurs évoquent par contre le contrôle exercé par le comité d'audit sur le commissaire aux comptes et ses travaux[847]. Or ce comité est une émanation du conseil d'administration. La doctrine utilise également cette notion pour le conseil de surveillance. Ainsi, Chassery écrivit, à propos du contrôle exercé par ce dernier, que « *le contrôle de la gestion s'analyse comme l'appréciation de l'opportunité des actions menées par le directoire en matière commerciale, financière, administrative ou industrielle.* […] *L'élaboration de pareil jugement obligera ceux qui le formulent à comparer les résultats obtenus et les moyens employés afin de mesurer dans un premier temps les écarts entre les prévisions et les réalisations dont ils cherchent dans un deuxième temps à découvrir les causes et à identifier les responsables* »[848]. Ce contrôle ne diffère pas fondamentalement de celui exercé par l'assemblée générale.

---

843 A. TUNC, « L'effacement des organes légaux de la société anonyme », préc., spéc. n° 4 p. 74

844 M. LAGARDE, *in Travaux de la Commission de réforme du Code de commerce et du droit des sociétés*, vol. 2, LGDJ 1951, spéc. p. 356

845 C. BERR, *L'exercice du pouvoir dans les sociétés commerciales*, préc., spéc. n° 548 p. 322

846 PH. MERLE, *Droit commercial, Sociétés commerciales*, préc., spéc. n° 404-1 p. 482

847 C. DE GANAY D'INDY et L. ENGEL, « Les comités d'audit », *Bull. Joly Sociétés* 2003, p. 723, spéc. p. 738

848 H. CHASSERY, « Les attributions du conseil de surveillance », *RTD com.* 1976, p. 449, spéc. n° 10 p. 463

PARAGRAPHE 2 : LE RETOUR AU SENS PREMIER DE LA NOTION DE CONTROLE

105. Une définition unitaire du contrôle exercé par les contrôlaires et les contrôleurs. Bergeron donne une définition unitaire du mot contrôle : « *faire une comparaison en vue d'une recherche d'adéquation ou d'équivalence entre un « rôle » et un « contre-rôle »* »[849]. La doctrine est réticente à admettre une définition unique du contrôle[850]. Pourtant, cette définition unitaire est transposable au contrôle en droit des sociétés. En effet, le contrôle, qu'il s'agisse de la direction ou de la surveillance de la société, consiste toujours à rechercher l'adéquation entre la définition d'un objectif et une norme.

Dans le sens de domination, direction, le contrôle implique la définition d'un « rôle » par une personne que l'on pourra nommer « *contrôlaire* ». Ce néologisme a été inventé par Monsieur Champaud. Il *« est obtenu par l'adjonction d'un suffixe généralement utilisé pour désigner celui qui jouit ou qui est titulaire de certains droits. Le contrôlaire est donc celui qui est titulaire du contrôle, qui en jouit, comme le propriétaire jouit de ses droits de propriété* »[851]. Pour Bergeron, celui-ci « *impose le « rôle » en plus d'exercer le « contrôle » ; et il a ainsi prise sur les principes, valeurs, etc.* ». Le contrôleur, lui, qui exerce le contrôle au sens de vérification, surveillance, ne définit pas le « rôle » et doit l'accepter tel qu'il a été déterminé par le contrôlaire.

Le contrôle, en temps qu'acte formel, se compose donc de quatre éléments : « *1° un terme concret à l'occasion duquel ou sur lequel portera le contrôle ; 2° un étalon, une mesure, une aune de valeur, un « rôle » justement qui servira de point de comparaison pour contrôler ; 3° le rapprochement de ces deux premiers termes, ce qui constitue proprement l'acte de contrôle ; 4° la raison d'être, le but du contrôle* »[852].

En droit des sociétés, l'application de cette définition au contrôle-surveillance ne fait aucune difficulté. Elle est très proche de celle donnée, par exemple, par Cornu ou par Monsieur Berr[853]. Par contre, les définitions doctrinales du contrôle-direction en sont assez éloignées. Néanmoins, il n'est pas difficile de concevoir la direction de société comme la recherche de l'adéquation entre une politique économique, un mode de gestion propre à l'entreprise, et le respect de certains objectifs financiers, sociaux, voire environnementaux.

---

849 BERGERON, *Fonctionnement de l'Etat*, préc., spéc. p. 51
850 M. STORCK, « Définition légale du contrôle d'une société en droit français », *Rev. soc.* 1986, p. 385
851 CL. CHAMPAUD, *Le pouvoir de concentration de la société par action*, Sirey 1962, spéc. note n° 1 p. 160
852 BERGERON, *Fonctionnement de l'Etat*, préc., spéc. p. 52
853 V. *supra* n° 104 et s.

Nous allons voir maintenant que cette définition du contrôle peut se résumer ainsi : contrôler c'est rechercher l'adéquation du risque social à l'intérêt social.

SOUS-SECTION 2 : LA DISTINCTION ENTRE RISQUE SOCIAL, OBJET DU CONTROLE, ET INTERET SOCIAL, NORME DU CONTROLE

Dans le cadre d'une définition unitaire du contrôle, il convient de distinguer l'acte de direction, objet du contrôle, de la norme de référence, critère du contrôle. L'acte de direction consiste à définir la politique économique de la société : il s'agit du risque social. Ce risque social, « rôle », tel qu'il est défini par les dirigeants de la société, les contrôlaires, sera apprécié au regard d'un « étalon », d'un « contre-rôle ». La référence absolue en matière de bonne gestion de la société ne peut être que le respect de son intérêt : de l'intérêt social.

Paragraphe 1 : La notion d'intérêt social

Paragraphe 2 : La notion de risque social

PARAGRAPHE 1 : LA NOTION D'INTERET SOCIAL

L'intérêt social est une notion floue à laquelle ce sont déjà intéressés de nombreux auteurs. Il est néanmoins impossible de se passer de cette étude car cet intérêt social constitue le fondement même du contrôle en droit des sociétés. Avant de nous intéresser aux différentes conceptions doctrinales de l'intérêt social (B), nous étudierons la façon dont cette notion est reçue par le droit positif (A). Nous constaterons alors que l'intérêt social ne peut être que l'intérêt de la personne morale elle-même que nous désignerons comme l'« intérêt social objectif » (C).

A : LA PRISE EN COMPTE DE L'INTERET SOCIAL EN DROIT POSITIF

La notion d'intérêt social n'est pas ignorée du droit positif. Tant le législateur (1) que le juge (2) en font usage. On peut néanmoins regretter qu'ils n'en aient jamais donné la définition.

1 : L'intérêt social dans la législation

106. Un critère d'appréciation législatif. L'intérêt social est une notion connue du législateur. Elle servait déjà de critère de référence à l'abus des biens et du crédit de la société

dans le décret-loi du 8 août 1935. Cette sanction pénale figure toujours dans notre législation[854]. De même, est pénalement sanctionné le fait pour un dirigeant de faire de ses pouvoirs ou des voix dont il dispose en cette qualité, un usage contraire à l'intérêt de la société[855]. Enfin, dans le cadre des procédures collectives, l'usage contraire à l'intérêt social des biens ou du crédit d'une personne morale peut entraîner la mise en faillite personnelle de ses dirigeants[856].

L'intérêt social sert également de critère pour apprécier la valeur des conventions de votes[857] ou l'exclusion de l'application des dispositions relatives aux conventions réglementées aux clauses de non-concurrence imposées aux dirigeants[858]. Dans les groupes de sociétés, les actionnaires ont le droit de poser des questions sur des opérations de gestion concernant une autre entité du groupe. Dans ce cas, la demande doit être appréciée au regard de l'intérêt du groupe[859].

Enfin, la dernière disposition légale mentionnant l'intérêt social est sans doute la plus intéressante. L'article L. 221-4 du Code de commerce, relatif à la SNC, dispose 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* ». Autrement dit, dans les SNC, sociétés où l'*intuitu personae* est sans doute le plus fort et où la responsabilité des associés est la plus grande, la loi ne fait pas référence à l'intérêt de ces derniers pour déterminer l'étendue des pouvoirs du gérant, mais bien à l'intérêt de la société elle-même. La même solution s'applique aux SCS et aux SARL par renvoi des articles L. 222-2 et L. 223-19 alinéa 4 du Code de commerce. L'article 1848 du Code civil relatif aux sociétés civiles reprend une formulation très proche de celle de l'article L. 221-4 pour les pouvoirs du gérant. La loi est muette pour les autres formes sociales[860] mais on ne voit pas pourquoi la même solution ne s'appliquerait pas. D'autant plus que les articles relatifs aux pouvoirs des dirigeants disposent que ces derniers doivent agir au nom de la société[861]. Or Madame

---

854 articles L. 241-3 4° du Code de commerce pour la SARL, L. 242-6 3° pour la SA et L. 247-8 1° pour le liquidateur

855 articles L. 241-3 5° du Code de commerce pour la SARL et L. 242-6 4° pour la SA

856 article L. 653-4 du Code de commerce

857 article L. 233-3 2° du Code de commerce

858 articles L. 225-42-1 al. 6 et L. 225-90-1 al. 6 du Code de commerce

859 article L. 225-231 al. 1er du Code de commerce

860 le projet de réforme ayant conduit à la loi du 24 juillet 1966 prévoyait à l'origine que le conseil d'administration de la SA devait agir dans l'intérêt de la société. Lors d'une discussion devant le Sénat relative à un amendement tendant à la suppression de cette précision, M. Dailly déclara : « *Cette notion, très subjective, ne nous paraît pas devoir être maintenue, car elle pourrait servir de critère à la régularité des actes de gestion du conseil, non seulement vis-à-vis des associés, mais encore à l'égard des tiers, et porterait ainsi atteinte à la sécurité de ceux-ci* » : *JO déb. Sénat*, séance du 20 avril 1966, p. 212

861 articles L. 225-35 et L. 225-64 du Code de commerce pour la SA, L. 226-7 pour la SCA, L. 227-6 pour la SAS et L. 229-1 pour la société européenne

Monsallier remarque que cette idée de représentation renvoie à la protection de l'intérêt de la personne représentée[862].

Si la loi fait parfois référence à l'intérêt social, elle n'en donne aucune définition. Lors des débats parlementaires sur l'adoption de la Loi du 24 juillet 1966, le député Pleven avait pourtant proposé deux amendements relatifs à l'abus de minorité et aux décisions nuisibles à la société, ce qui avait conduit à la question de la définition de l'intérêt social[863]. Le garde des Sceaux avait obtenu le rejet de cet amendement en évoquant le risque de gouvernement des juges[864].

2 : L'intérêt social saisi par le juge

La jurisprudence emploie très fréquemment la notion d'intérêt social. Certains auteurs n'hésitent pas à voir dans cette notion « *le fondement de l'intervention du juge dans la vie sociétaire* »[865]. Il y est fait référence en matière de révocation de dirigeants (a), d'exclusion d'un associé (b), d'abus du droit de vote (c), d'expertise de gestion (d), de nomination d'un administrateur provisoire (e) et d'abus de pouvoir, ou des biens ou du crédit de la société (f).

a : La révocation des dirigeants

107. L'appréciation du juste motif de révocation. La jurisprudence utilise le critère de l'intérêt social pour apprécier le juste motif de révocation d'un dirigeant. En effet, les directeurs généraux et gérants de société, lorsqu'ils sont révocables par l'assemblée générale, ne peuvent être révoqués que pour juste motif. A défaut, ils peuvent obtenir des dommages et intérêts[866]. Ce juste motif peut résulter d'une faute de gestion ou du non-respect d'une obligation légale ou réglementaire. La révocation du dirigeant peut également intervenir dans le souci de protéger l'intérêt social[867]. Ainsi, la mésentente entre le dirigeant et les associés ou entre les codirigeants peut constituer un juste motif de révocation dès lors qu'elle porte atteinte à l'intérêt social[868].

---

862 M.-C. MONSALLIER, *L'aménagement contractuel du fonctionnement de la société anonyme*, LGDJ 1998, spéc. n° 755 p. 316

863 *Lamy sociétés commerciales* 2012, préc., spéc. n° 1485

864 *JOAN* CR, 12 juin 1965, p. 2031

865 *Lamy sociétés commerciales* 2012, préc., spéc. n° 1484

866 V. *supra* n° 61 et 79

867 Cass. com., 24 avril 1990, n° 88-20183 : préc. note 501 : « *Mais attendu que, par les constatations critiquées à la première branche, la cour d'appel a considéré que la révocation de M. Y... était conforme à l'intérêt social, et, en l'état de ces seules énonciations, a pu décider que cette révocation n'avait pas été faite sans justes motifs* »

868 Cass. com., 4 mai 1999, n° 96-19503 : préc. note 501 : La Cour d'appel avait accueilli la demande de dommage et intérêt pour absence de juste motif de la cogérante révoquée, la Cour de cassation casse l'arrêt au motif « *qu'en se*

L'intérêt social pris en considération par les magistrats est celui de la société et non celui des associés majoritaires. La Cour de cassation a notamment jugé que la perte de confiance des associés ne suffit pas à caractériser un juste motif de révocation dès lors que les motifs de la Cour d'appel étaient impropres à établir en quoi le comportement du dirigeant « *pouvait constituer une faute de gestion ou était de nature à compromettre l'intérêt social ou le fonctionnement de la société* »[869]. Le juge a pu également décider que la révocation du dirigeant est injustifiée alors même que ce dernier avait refusé d'appliquer une délibération de l'assemblée générale dès lors que cette décision s'avérait inefficace[870].

b : L'exclusion d'un associé

108. La justification de l'exclusion d'un associé. L'intérêt social permet également de justifier l'exclusion d'un associé par le biais d'un « coup d'accordéon ». Une réduction de capital suivi immédiatement d'une recapitalisation peut entraîner l'exclusion de fait de certains associés minoritaires dès lors que l'opération est justifiée par l'intérêt social[871]. Par contre, la Cour de cassation n'a pas suivi certains juges du fond qui entendaient justifier l'exclusion d'un associé comme palliatif à la dissolution pour mésentente par le biais de l'intérêt social[872]. En effet, « *aucune disposition légale ne donne pouvoir à la juridiction saisie d'obliger l'associé qui demande la dissolution de la société par application de l'article 1844-7, 5° du Code civil, à céder ses parts à cette dernière et aux autres associés qui offrent de les racheter* »[873].

---

déterminant ainsi, sans rechercher si cette mésentente n'était pas de nature, ainsi que le soutenait la société Natacha, à compromettre l'intérêt social ou le fonctionnement de la société, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision » - Cass. com., 18 mai 1982, n° 80-12209 : *Rev. sociétés* 1982, p. 804, note P. LE CANNU

869 Cass. com., 4 mai 1993, n° 91-14693 : préc. note 501

870 CA Versailles, 12ème ch. A, 27 nov. 1985 : *Rev. soc.* 1986, p. 112, note Y. GUYON

871 Cass. com., 18 juin 2002, n° 99-11999 : *Bull. civ.* 2002, n° 108 ; *JCP E* 2002, 1556, note A. VIANDIER ; *JCP G* 2002, II, 10180, note H. HOVASSE ; *RD bancaire et fin.* 2002, comm. 207, note A. COURET ; *Dr. sociétés* 2003, comm. 72, note J.-P. LEGROS : pour justifier une telle conséquence, la Cour de cassation énonce : « *Mais attendu, en premier lieu, contrairement à ce que soutient la première branche du moyen, que la cour d'appel qui a retenu que l'opération litigieuse, effectuée afin de préserver la pérennité de l'entreprise et en cela conforme à l'intérêt social, n'avait cependant pas nui à l'intérêt des actionnaires, fussent-ils minoritaires, qui d'une façon ou d'une autre - réalisation de l'opération ou dépôt de bilan - auraient eu une situation identique, les actionnaires majoritaires subissant par ailleurs le même sort, n'a pas déduit l'absence d'atteinte à l'intérêt commun des associés de considérations relatives au seul intérêt social* » - Cass. com., 17 mai 1994 n° 91-21364 : *Bull. civ.* 1994, n° 183 ; *Dr. sociétés* 1994, comm. 142, note H. LE NABASQUE ; *Bull. Joly Sociétés* 1994, p. 816, note J.-J. DAIGRE ; *Rev. sociétés* 1994, p. 85, note DANA-DEMARET

872 CA Reims, 24 avril 1989 : *JCP E* 1990, II, 15677, n° 2, chron. A. VIANDIER et J.-J. CAUSSAIN ; *Gaz. Pal.* 1989, 2, somm. p. 431, note DE FONTBRESSIN ; *RTD com.* 1989, p. 684, note Y. REINHARD ; *Rev. sociétés* 1990, p. 77, note Y. G. : La Cour d'appel préfère prononcer l'exclusion de certains associés plutôt que la dissolution de la société au motif qu'il convient de « *prendre en considération l'intérêt social et admettre que les associés n'ont pas un droit intangible à faire partie de la société* ». Une telle solution est justifiée par « *la notion institutionnelle de société qui veut qu'une société ne soit pas un contrat abandonné en tant que tel à la volonté de ceux qui lui ont donné naissance, mais plutôt une institution c'est à dire un corps social dépassant les volontés individuelles* »

873 Cass. com., 12 mars 1996, n° 93-17813 : *Bull. civ.* 1996, n° 86 ; *JCP E* 1996, I, 426, note TH. BONNEAU et II, 831, note Y. PACLOT ; *Bull. Joly Sociétés* 1996, p. 584 ; *Rev. sociétés* 1996, p. 555, note D. BUREAU ; *Dr. sociétés* 1996, comm.

c : L'abus du droit de vote

109. La caractéristique de l'abus de droit. Le droit de vote des associés leur permet de s'exprimer librement lors de l'assemblée générale. L'usage de ce droit peut devenir fautif en cas d'abus. L'abus du droit de vote n'est caractérisé qu'en cas d'atteinte à l'intérêt social. Cet abus peut être le fait tant des majoritaires[874] que des minoritaires[875]. Néanmoins, l'atteinte à l'intérêt social n'est pas un critère suffisant, il doit nécessairement s'accompagner d'une rupture d'égalité entre associés[876]. Ainsi, l'abus de majorité est caractérisé dès lors qu'une délibération de l'assemblée générale est « *prise contrairement à l'intérêt général de la société et dans l'unique dessein de favoriser les membres de la majorité au détriment de la minorité* »[877]. Comme le relève Monsieur Schmidt, l'intérêt social visé par la jurisprudence ne peut pas être l'intérêt commun des actionnaires[878]. En effet, l'abus de majorité nécessite la démonstration cumulée d'une atteinte à l'équilibre des intérêts des associés et à l'intérêt de la société elle-même. L'abus de minorité est défini par la jurisprudence par symétrie avec l'abus de majorité. La première définition en a été donnée dans un arrêt de 1992. La Cour de cassation casse l'arrêt de la Cour d'appel en disposant : « *Attendu qu'en se déterminant par de tels motifs, impropres à établir en quoi l'attitude de Mme S. avait été contraire à l'intérêt général de la société, en ce que Mme S. aurait interdit la réalisation d'une opération essentielle pour celle-ci, et dans l'unique dessein de favoriser ses propres intérêts au détriment de l'ensemble des autres associés, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à*

96, note TH. BONNEAU ; *D.* 1997, jurisp. p. 133, note TH. LANGLES – V. également J.-J. DAIGRE, « De l'exclusion d'un associé en réponse à une demande de dissolution », *Bull. Joly Sociétés* 1996, p. 576

874 V. M. RIVES-LANGE, « L'abus de majorité », *RJ com.* 1991, n° spécial, p. 65 - D. TRICOT, « Abus de droit dans les sociétés, abus de majorité et abus de minorité », *RTD com.* 1994, p. 617 - Y. REINHARD, « l'abus de droit dans le contrat de société », préc. - A. COURET, « L'abus et le droit des sociétés », *Dr. et patrimoine*, juin 2000, p. 66

875 V. SIMONT, « Réflexions sur l'abus de minorité », *in Liber Amicorum Jan Ronse,* Ed. Story-Scientia 1986, p. 307 - P. LE CANNU, « L'abus de minorité », *Bull. Joly Sociétés* 1986, p. 429 - M. BOIZARD, « L'abus de minorité », *Rev. sociétés* 1988, p. 365 - PH. MERLE, « L'abus de minorité », préc. - M. CABRILLAC, « De quelques handicaps dans la construction de la théorie de l'abus de minorité », *in Mélanges offerts à André Colomer*, Litec 1992, p. 109 - A. CONSTANTIN, « La tyrannie des faibles ; de l'abus de minorité en droit des sociétés », préc.

876 Cass. com., 21 janv. 1970 n° 68-11085 : *Bull. civ.* 1970, n° 28 ; *JCP G* 1970, II, 16541, note B. OPPETIT ; *RTD com.* 1970, p. 738, note R. HOUIN ; *Rev. sociétés* 1970, p. 292, note J.G. : « *Attendu, d'autre part, que la cour d'appel reconnait que les propositions de la société Saupiquet, qui étaient faites non à la société Cassegrain mais à ses actionnaires, ont été transmises à tous ceux-ci sans exception, et qu'il ne résulte pas de l'arrêt que le conseil d'administration ait donné aux associés des renseignements inexacts ou leur ait dissimulé d'utiles éléments d'information, ni que les décisions litigieuses aient été prises sans égard pour l'intérêt de la société et uniquement en vue de favoriser certains actionnaires au détriment des autres et qu'ainsi la cour d'appel ne fait pas apparaitre en quoi ces décisions auraient, sur ce point, constitué un abus de droit* »

877 Cass. com., 18 avril 1961 : *Bull. civ.*, 1961, n° 175 ; *Gaz. Pal.* 1961, 2, jurispr. p. 15 ; *S.* 1961, p. 257, note DALSACE ; *D.* 1961, JP p. 661 ; *JCP G* 1961, II, 12164, note D.B. ; *RTD com.* 1961, p. 634, note R. HOUIN ; *Rev. sociétés* 1961, p. 403 ; *Journ. sociétés* 1962, p. 193

878 D. SCHMIDT, *Les conflits d'intérêts dans les sociétés anonymes*, préc., spéc. n° 336, p. 331

sa décision »[879]. Comme pour l'abus de majorité, on se doit de relever que l'abus de minorité se caractérise par la double atteinte aux intérêts des associés et de la société.

Certaines décisions de 2006 et 2007, rendues en matière d'abus de minorité, ont semé le doute en faisant fi de la référence à l'intérêt social[880]. Pour Monsieur Merle, ces décisions ne sont pas des revirements de jurisprudence, « *elles constatent simplement que la preuve n'est pas rapportée que le minoritaire avait eu en vue de favoriser ses propres intérêts au détriment de l'ensemble des autres associés* »[881].

d : L'expertise de gestion

110. L'indice d'une opération douteuse. Les associés de SA, SCA, SAS et SARL peuvent demander au tribunal la nomination d'un expert de gestion pour dresser un rapport sur une ou plusieurs opérations de gestion déterminées[882]. Il revient au juge d'apprécier le caractère sérieux de la demande[883]. L'intérêt social sera encore un critère mis en avant par la jurisprudence pour juger du bien-fondé des prétentions de l'associé[884]. La Cour de cassation a

---

879 Cass. com., 15 juill. 1992, n° 90-17216 : préc. note 320 - V. également Cass. com., 9 mars 1993, n° 91-14685 : *Bull. civ.* 1993, n° 101 ; *RJDA* 1993, n° 323, concl. M. RAYNAUD ; *Bull. Joly Sociétés* 1993, p. 547 ; *LPA* 24 mars 1993, p. 12, note PH. MERLE ; *JCP E* 1993, II, 448, note A. VIANDIER ; *Rev. sociétés* 1993, p. 403, note PH. MERLE ; *Gaz. Pal.* 1993, jurispr. p. 334, note J. BONNARD ; *D.* 1993, jurispr. p. 363, note Y. GUYON, *RD bancaire et bourse* 1993, p. 132, note M. GERMAIN et M.-A. FRISON-ROCHE

880 Cass. com. 31 janv. 2006, n° 04-14182 : *Bull. Joly Sociétés* 2006, p. 784, note p. SCHOLER : « *Attendu que pour retenir l'existence d'un abus de minorité à l'encontre de M. Y..., l'arrêt se borne à relever que sa volonté d'entraver le fonctionnement de la société, en interdisant la réalisation d'une opération essentielle pour celle-ci, constitue un abus de minorité ; Attendu qu'en se déterminant ainsi, sans caractériser en quoi M. Y... avait eu pour unique dessein de favoriser ses propres intérêts au détriment de l'autre associé, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision* » - Cass. com., 20 mars 2007, n° 05-19225 : *Bull. civ.* 2007, n° 97 ; *Dr. sociétés* 2007, comm. 87, note H. LECUYER ; *JCP E* 2007, 1755, note A. VIANDIER, et 1877, n° 3, note J.-J. CAUSSAIN, FL. DEBOISSY, G. WICKER, p. 4 ; *JCP E* 2008, 1721, note M.-C. MONSALLIER-SAINT MLEUX ; D. SCHMIDT, « abus de minorité et de majorité : évolution ? », *Bull. Joly Sociétés* 2007, p. 745 : « *Attendu que pour confirmer l'ordonnance de référé ayant accueilli cette demande, l'arrêt retient que la société Hexagone qui avait écarté la possibilité de voter la dissolution, ne proposait aucune solution alternative sérieuse ou précise à l'augmentation de capital qui était la seule mesure conforme à l'intérêt de la société La Roseraie, indispensable à sa survie et qui ne lésait pas ses propres intérêts dans la société ; Attendu qu'en se déterminant par de tels motifs, impropres à établir en quoi l'opposition de la société Hexagone au vote de l'augmentation de capital était fondée sur l'unique dessein de favoriser ses propres intérêts au détriment de l'ensemble des autres associés, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision* »

881 PH. MERLE, *Droit commercial, Sociétés commerciales*, préc., n° 581 p. 723

882 articles L. 223-37, L. 225-231, L. 226-1 et L. 227-1 du Code de commerce

883 Cass. com., 17 janv. 2006, n° 05-10167 : préc. note 302 : « *Mais attendu, en premier lieu, que l'arrêt retient à bon droit qu'il appartient au juge saisi, sur le fondement de l'article L. 225-231 du Code de commerce, d'une demande d'expertise formée par un actionnaire invoquant le défaut de communication d'éléments de réponse satisfaisants aux questions écrites posées par lui, de rechercher si les éléments de réponse communiqués présentent ou non un caractère satisfaisant* » - Cass. com., 11 oct. 2005, n° 03-15448 : préc. note 303

884 Cass. com., 18 oct. 1994, n° 92-19159 *: Bull. civ.* 1994*, n°* 306 ; *RJDA* 1995, n° 168 : « *Mais attendu, en premier lieu, que la recevabilité de l'action fondée sur l'article 226 de la loi du 24 juillet 1966 n'est pas subordonnée à la preuve que les organes sociaux aient méconnu l'intérêt de la société et détourné leurs pouvoirs de sa finalité puisque la mesure d'information et de contrôle organisée par ce texte tend justement à l'établissement de cette preuve ; qu'il appartient cependant aux juges du fond d'apprécier le caractère sérieux de la demande ; qu'en l'espèce la cour d'appel a relevé, en relatant une série d'événements, qu'il est résulté des relations financières de la société Duquesne-Purina avec sa société mère et deux filiales de celle-ci, en moins de deux ans, une lourde perte sans qu'en l'état apparaissent clairement en contrepartie des avantages pour la société* » - Cass. com., 15 juill. 1987, n° 86-13644 : préc. note 306

ainsi cassé un arrêt au motif qu'« *en se prononçant par de tels motifs impropres à établir que l'acte de gestion concerné n'était pas susceptible de porter atteinte à l'intérêt social et, ainsi de justifier la demande d'expertise, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision* »[885]. La jurisprudence tend également à distinguer l'intérêt des associés de l'intérêt social en matière d'expertise de gestion. L'expertise ne sera justifiée qu'en cas de « *présomption d'abus* [ou] *d'irrégularités affectant les opérations indiquées et susceptibles de nuire aux intérêts sociaux comme de compromettre le fonctionnement ou la pérennité de l'entreprise* »[886]. Certains juges du fond ont également invoqué la prévention des abus de majorité. Or l'intérêt social protégé est bien dans ce cas celui de la société[887].

e : La nomination d'un administrateur provisoire

111. Le risque de la carence des organes de direction. La possibilité pour le juge de désigner un administrateur provisoire pour venir suppléer aux organes sociaux défaillants est d'origine prétorienne. Elle fut d'abord fondée sur l'interprétation extensive de l'article 1961-2° du Code civil puis, désormais, sur l'article 809 du Code de procédure civile[888]. Cette mesure est exceptionnelle[889] car elle conduit le juge à s'immiscer indirectement dans la gestion de la société en désignant un mandataire chargé de se substituer aux dirigeants légaux de la société or la jurisprudence s'oppose clairement à une telle immixtion[890]. Cette dernière pose donc deux conditions à la nomination d'un administrateur provisoire : « *la désignation*

---

885 Cass. com., 10 févr. 1998, n° 96-11988 : préc. note 305 - Cass. com., 9 févr. 1999, n° 96-17581 : *Dr. sociétés* 1999, comm. 80, note D. VIDAL

886 Cass. com., 18 oct. 1994, n° 92-19159 : préc. note 884

887 CA Rouen, 17 mars 1970 : *D.* 1971, p. 177 ; *JCP G* 1971, II, 16606, note N. BERNARD : « *attendu que les dispositions nouvelles de l'art. 226 de la loi du 24 juill. 1966 sur les sociétés commerciales ont pour but de prévenir les abus de majorités et de permettre aux actionnaires, faisant partie d'un groupe minoritaire, de se renseigner sur la nature, la portée et les conséquences d'opérations de gestion susceptible de leur porter préjudice…* » - CA Paris, 12 janv. 1977, *JCP G* 1978, II, 18823, note Y. CHARTIER

888 D. VIDAL, *Droit des sociétés*, préc., spéc. n° 706 p. 393

889 Cass. com., 6 févr. 2007, n° 05-19008 : *Bull. civ.* 2007, n° 28 ; *Dr. sociétés* 2007, comm. 73, p. 34, note H. HOVASSE ; *Bull. Joly Sociétés* 2007, p. 690, note SCHOLLER ; *RJDA* 2007, n° 732 ; *JCP G* 2007, IV, 1540 ; *JCP E* 2007, 1392 : « *la désignation judiciaire d'un administrateur provisoire est une mesure exceptionnelle qui suppose rapportée la preuve de circonstances rendant impossible le fonctionnement normal de la société et menaçant celle-ci d'un péril imminent* » - Cass. com., 25 janv. 2005, n° 00-22457 : *RJDA* 2005, n° 704 ; *Rev. sociétés* 2005, p. 828, note B. LECOURT - Cass. com., 7 janv. 2004, n° 01-10034 : *RJDA* 2004, n° 559 - Cass. 3e civ., 21 nov. 2000, n° 99-11984 : *RJDA* 2001, n° 321 - CA Versailles, 13 déc. 2006 : *RJDA* 2007, n° 732 - CA Paris, 20 mars 2002 : *JurisData* n° 2002-186405 ; *Dr. sociétés* 2003, comm. 1, note F.-G. TREBULLE ; *RJDA* 2002, n° 756 - CA Paris, 5 sept. 1997 : *Bull. Joly Sociétés 1*998, p. 18, note J.-J. DAIGRE

890 Cass. com. 25 mars 1974, n° 73-10650 : *Bull. civ.* 1974, n° 107 ; *Rev. soc.* 1975, p. 98, note HEMARD ; *JCP* 1974, II, 17853, note CHARTIER : « *attendu, d'autre part, que l'arrêt énonce que la seule opposition manifestée par un groupe d'actionnaires à l'encontre du conseil d'administration ne permet pas, à défaut de tout élément suffisamment pertinent, de dire que le fonctionnement de la société est gêné ou entravé par des difficultés qui empêchent les organes de la personne morale d'en assurer la gestion, et compromettent l'activité ou les biens de la société; qu'en l'état de ces constatations et appréciations, la cour d'appel n'a fait qu'user de son pouvoir souverain de refuser la nomination d'un administrateur provisoire* » - CA Paris, 22 nov. 1996 : *Dr. sociétés* mars 1997, p. 18, note D. VIDAL – V. également J. MESTRE, « Réflexions sur les pouvoirs du juge dans la vie des sociétés », *RJ com*. 1985, p. 81

d'un administrateur judiciaire chargé d'un mandat général de gestion […] *constitue une mesure exceptionnelle destinée à remédier à une situation de crise aigüe de nature à paralyser le fonctionnement de la société et à mettre gravement en péril les intérêts sociaux* »[891].

La première condition requise est donc un dysfonctionnement des organes sociaux. Il peut s'agir d'une paralysie du fonctionnement de l'assemblée générale, soit par exemple en raison d'un litige portant sur la propriété des droits sociaux[892] ou d'une mésentente entre associés[893]. La difficulté peut aussi avoir pour origine une carence des organes de direction de la société soit en raison de leur révocation[894] soit encore, par exemple, de leur incarcération[895].

La seconde condition est le péril imminent menaçant la société, l'atteinte à l'intérêt social. La jurisprudence tient compte de l'intérêt de la société elle-même, voire des intérêts du groupe dans son ensemble[896]. La nomination d'un administrateur n'a pas pour but de protéger les intérêts des associés mais bien ceux de la société. Dès lors, la mésentente entre associés ne

---

891 Cass. 3e civ., 21 nov. 2000, n° 99-11984 : préc. note 889 – V. pour une autre formulation faisant référence au « *fonctionnement normal de la société* » et au « *péril imminent* » la menaçant : Cass. com., 6 févr. 2007, préc. note 889 - Cass. com., 25 janv. 2005, n° 00-22457 : préc. note 889 - Cass. com., 7 janv. 2004, n° 01-10034 : préc. note 889 – V. également : C. RUELLAN, « Les conditions de désignation d'un administrateur provisoire », *Dr. sociétés* 2000, chron. 20

892 Cass. 3e civ., 11 mai 1982 : *Rev. loyers* 1983, p. 156, note BERTHAULT : « *attendu qu'après avoir relevé que la société Caldana avait été constituée en vue de la construction et de la vente d'immeubles, qu'il existait entre les parties de multiples procédures, notamment pour déterminer la majorité du capital des sociétés Florazur et Etablissement Lissignol et que ces procédures n'étaient pas sur le point d'aboutir à des décisions, l'arrêt constate que l'antagonisme qui en résulte entre les associes de la société Caldana bloque depuis 1976 l'administration de cette société et met en péril la réalisation de son objet social, que les disponibilités de cette société Caldana sont insuffisantes pour maintenir l'activité du chantier et qu'il y a urgence à faire continuer les travaux pour éviter la caducité du permis de construire, assurer la survie de la société Caldana et protéger les intérêts de ses associes* »

893 Cass. com., 6 févr. 2007 : préc. note 889 : « *Mais attendu que la désignation judiciaire d'un administrateur provisoire est une mesure exceptionnelle qui suppose rapportée la preuve de circonstances rendant impossible le fonctionnement normal de la société et menaçant celle-ci d'un péril imminent ; qu'ayant relevé, par motifs propres et adoptés, que le groupe familial Patrick X... assure le fonctionnement régulier des deux sociétés, dont il détient la majorité en parts sociales et les postes de commandement, que la loi de la majorité s'exerce normalement lors de chaque assemblée, conseil ou délibération et que s'il est incontestable qu'il existe de graves dissensions entre les deux frères, celles-ci n'empêchent pas le fonctionnement des organes sociaux ni celui de la société, c'est à bon droit que la cour d'appel a refusé la mesure sollicitée ; que le moyen n'est pas fondé* » - CA Paris, 1ère ch., 15 sept. 1992 : *JurisData* n° 1992-08-023572 ; *Dr. sociétés* 1993, comm. 98, note H. LE NABASQUE - CA Paris, 14e ch., 20 mars 2002 : préc. note 889

894 CA Paris, 12 févr. 1991 : *Bull. Joly Sociétés* 1991, p. 410, note P. LE CANNU : La Cour d'appel constate la validité de la révocation de la gérante de la SARL et en déduit que « *la société se trouvant privée d'organe de gestion, la nomination d'un administrateur judiciaire est justifiée* »

895 Cass. com., 5 févr. 1985, n° 82-15119 : *Bull. civ.* 1985, n° 44 ; *JCP E* 1985, 14534, note A. VIANDIER ; *JCP G* 1985, II, 20492, note A. VIANDIER : « *mais attendu que la cour d'appel a relevé que la présence et l'action du président de la société Sogar était si "nécessaire" aux sociétés du groupe que celles-ci avaient, des son incarcérations, sollicité par une requête commune que leur soit désigné un administrateur provisoire commun, qu'ayant ainsi fait ressortir qu'aucune société du groupe ne jouissait, en fait, d'une administration autonome, les juges du fond ont également retenu que les agissements du président de la société Sogar, bien qu'ils eussent fait l'objet de poursuites pénales, n'avaient pas privé leur auteur "dans les sociétés du groupe, de l'autorité et des responsabilités qu'il y exerçait"* »

896 Cass. com., 5 févr. 1985, n° 82-15119 : préc. note 895 : « *que la cour d'appel qui constatait ainsi "la carence des organes sociaux" de chacune des sociétés du groupe a, en outre relevé que cette carence mettait "en péril les intérêts sociaux" de chacune des sociétés du groupe, tout en faisant ressortir que ce péril, dont elle a retenu l'imminence, s'étendait nécessairement, en raison de cette carence, à l'ensemble des sociétés du groupe ; qu'en l'état de ces énonciations et constatations, la cour d'appel a pu décider que la société Prisunic, recevable et fondée à faire designer un administrateur provisoire à la société Sogar, l'était également à faire étendre la mission de cet administrateur aux autres sociétés du groupe* »

peut suffire à obtenir la désignation d'un mandataire[897]. Certains arrêts font même référence « *aux intérêts de la société elle-même, distincts des intérêts personnels de certains associés, fussent-ils majoritaires* »[898]. Quelques arrêts semblent néanmoins faire prévaloir les intérêts de certains associés. Dans l'arrêt De Gaste du 20 mars 2002, la Cour d'appel de Paris relève l'existence d'un « *péril pour la survie* » de la société mais également « *la nécessité de sauvegarder la valeur du patrimoine* » des associés[899]. Monsieur Trébulle s'étonne d'une telle décision : « *on comprend cependant difficilement cette prise en compte explicite de la valeur du patrimoine des époux dès lors que la nomination de l'administrateur provisoire vise la préservation de l'intérêt social et non celle de l'intérêt particulier des associés* »[900].

Ces deux conditions sont cumulatives. Néanmoins, certains juges du fond n'ont pas hésité à désigner un administrateur en motivant leur décision par le seul risque d'atteinte à l'intérêt social. Le plus célèbre de ces arrêts est l'arrêt *Fruehauf*[901]. Dans cette décision, la Cour d'appel a admis la désignation d'un administrateur provisoire chargé d'exécuter certains contrats particulièrement importants pour l'entreprise alors que les organes sociaux fonctionnaient parfaitement et au mépris de la volonté des associés majoritaires. D'autres décisions plus récentes semblent aller dans le même sens estimant qu'une paralysie des organes sociaux n'est pas une condition *sine qua non* de la désignation d'un administrateur provisoire. La démonstration d'une crise grave mettant en péril l'intérêt social suffit. On peut citer par exemple un arrêt de la 3ème chambre civile de la Cour de cassation du 27 février 2001[902]. Une SCI était dirigée par deux cogérants. L'un d'eux, également associé majoritaire, a cessé d'exercer sa mission. La gérante minoritaire a poursuivi la gestion sociale de façon désastreuse et a notamment réglé des créances importantes à des sociétés dont elle était également gérante. La Cour d'appel a alors accepté la désignation d'un administrateur provisoire. La Cour de cassation a rejeté le pourvoi formé contre cette décision au motif que

---

897 Cass. com., 3 juill. 1984, n° 82-15721 : *Bull. civ.* 1984, n° 210 ; *Bull. Joly Sociétés* 1984, p. 881 ; *Rev. sociétés* 1985, p. 628, note P. DIDIER : « *en statuant ainsi sans rechercher en quoi la mésentente grave entre les associés faisait obstacle au fonctionnement normal de la société et la mettait en péril, la Cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision* » - CA Paris, 5 mai 2004 : *RTD com.* 2004, p. 755, note CL. CHAMPAUD et D. DANET - CA Paris, 19 sept. 2003 : *Rev. sociétés* 2004, p. 167, note I. URBAIN-PARLEANI

898 CA Paris, 15 mars 1968 : *JCP G* 1969, II, 15814, note BERNARD

899 CA Paris, 14ème ch. A, 20 mars 2002 : préc. note 889

900 F.-G. TREBULLE, note sous CA Paris, 14ème ch. A, 20 mars 2002 : préc. note 889

901 CA Paris, 22 mai 1965 : *JCP* 1965, II, 14274, concl. NEPVEU ; *D.* 1968, jurispr. p. 147, note R. CONTIN ; *RTD com.* 1965, p. 631, note R. RODIERE ; *Rev. sociétés* 1965, p. 288 – V. également R. CONTIN, « L'arrêt Fruehauf et l'évolution du droit des sociétés » : *D.* 1968, chron. p. 45

902 Cass. 3e civ., 27 févr. 2001, n° 99-16238 : *Dr. et patrimoine* juill.-août 2001, p. 113, note D. PORACCHIA – V. également Cass. com., 24 mai 1994, n° 92-21699 : *Dr. sociétés* 1995, comm. 3, note T. BONNEAU ; *Bull. Joly Sociétés* 1994, p. 789 : « *une mésentente grave entre associés ne permet la désignation d'un administrateur provisoire que si elle fait obstacle au fonctionnement normal de la société, soit parce qu'elle entraine la paralysie des organes de direction, soit parce qu'elle met en péril la société elle-même* » - CA Paris 14ème ch. B, 5 sept. 1997 : préc. note 889 - CA Paris 14ème ch. A, 20 mars 2002 : préc. note 889

la Cour d'appel « *a pu retenir que le dysfonctionnement de la société et l'opposition d'intérêts entre les associés étaient établis et que des mesures conservatoires s'imposaient d'urgence* ». En l'espèce, si le péril imminent ne faisait aucun doute, la société ne se trouvait pas privée d'organe de direction. La gérante minoritaire avait toute compétence pour agir au nom de la société.

f : L'abus de pouvoir, des biens ou du crédit de l'entreprise

112. Une atteinte sanctionnée pénalement. L'intérêt social est également employé par le juge en matière pénale. Il permet de démontrer l'existence d'un abus des biens ou du crédit de la société, ou des pouvoirs et des voix dont le dirigeant dispose en cette qualité[903]. Il ne s'agit pas d'une création prétorienne car les textes eux-mêmes font de l'atteinte à l'intérêt de la société l'un des éléments constitutifs de l'infraction[904]. Néanmoins, la chambre criminelle a précisé la notion d'intérêt social dans un arrêt de 1997 : « *Quel que soit l'avantage à court terme qu'elle peut procurer, l'utilisation des fonds sociaux ayant pour seul objet de commettre un délit tel que la corruption est contraire à l'intérêt social en ce qu'elle 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* »[905]. L'intérêt protégé par le juge pénal est clairement un intérêt distinct de celui des associés. Pour preuve, l'abus de biens sociaux peut très bien sanctionner le gérant associé unique d'une EURL[906]. De même, « *l'assentiment du conseil d'administration ou de l'assemblée générale des actionnaires ne peut faire disparaître le caractère délictueux de prélèvements abusifs de fonds sociaux* »[907]. Néanmoins, l'intérêt des associés n'est pas totalement exclu du raisonnement de la Cour de cassation qui a pu énoncer que l'abus de biens sociaux « *a pour but de protéger non*

---

903 articles L. 241-3 5° du Code de commerce pour les gérants de SARL ; L. 242-6 3° pour les dirigeants de SA et SCA et par renvoi de l'article L. 244-1 pour les dirigeants de SAS

904 V. *supra* n° 106

905 Cass. crim., 27 oct. 1997, n° 96-83698 : *Bull. crim.*, 1997, n° 352 ; *Rev. sociétés* 1997, p. 869, note p. BOULOC ; *Bull. Joly Sociétés* 1998, p. 11, note J.-F. BARBIERI

906 Cass. crim., 14 juin 1993, n° 92-80763 : *Bull. crim*. 1993, n° 208 ; *JCP E* 1993, pan. 1231 ; *Rev. sociétés* 1994, p. 90, note BOULOC ; *Bull. Joly Sociétés* 1993, p. 1139, note SAINTOURENS : « *Attendu qu'il appert de l'arrêt attaqué et du jugement qu'il confirme que Guy X... est poursuivi pour abus de biens sociaux en qualité de gérant de l'EURL X... ; qu'il lui est reproché notamment d'avoir déposé au compte de la société une somme de 450 000 francs provenant d'une association dont il était le trésorier et d'avoir ensuite remboursé une somme de 300 000 francs à ladite association dont il craignait des poursuites ; Attendu que, pour le déclarer coupable d'abus de biens sociaux, la cour d'appel se borne à relever que X... a procédé à ce remboursement alors qu'il connaissait les difficultés financières de l'EURL et qu'il savait qu'il agissait ainsi contrairement à l'intérêt social ; Mais attendu qu'en l'état de ces seuls motifs, la cour d'appel, qui ne pouvait retenir, sans mieux s'expliquer, que le règlement d'une dette par une société constitue, à l'encontre de son dirigeant, un usage abusif des biens de cette société, n'a pas justifié sa décision* »

907 Cass. crim., 12 déc. 1994, n° 94-80155 : *Bull. Joly Sociétés* 1995, p. 427

seulement les intérêts des associés, mais aussi le patrimoine de la société et les intérêts des tiers qui contractent avec elle »[908].

L'abus de pouvoir est également apprécié au regard de l'intérêt social. Un bon exemple nous est donné par un arrêt de Cour d'appel de Versailles du 19 mai 2011. Un célèbre dirigeant d'une non moins célèbre société du CAC 40 se trouvant déçu de sa rémunération demandait régulièrement au comité de rémunération de la société de bien vouloir procéder à un déplafonnement de celle-ci et qu'elle soit entièrement variable. Devant le manque de bonne volonté du comité, le Président-directeur général finit par évincer quelques un de ses membres pour les remplacer par d'autres plus conciliant. Etant assuré de l'accord unanime des administrateurs et de leur discrétion en raison d'opérations en cours, il obtint enfin satisfaction. L'affaire ne s'arrêta pas là car le procureur de la République fut saisi pour abus de biens sociaux. Relaxé en première instance, le dirigeant fut condamné en appel après que son délit fut requalifié en abus de pouvoir. Les juges ont alors relevé que « *M. Antoine Z . a, en effet, ainsi, usé de son statut et de l'influence qui en découle, pour faire avaliser, par le conseil d'administration, le renouvellement complet du comité des rémunérations pour priver ces deux organes de leur indépendance nécessaire au bon fonctionnement de la société et pour en faire les instruments de son propre intérêt ;* […] *de tels agissements motivés par la recherche d'un enrichissement personnel ont constitué de la part de M. Antoine Z des actes contraires et déviants par rapport au pouvoir légal qui lui avait été confié dans l'intérêt social* »[909]. La Cour de cassation rejeta son pourvoi[910].

B : LES DIFFERENTES CONCEPTIONS DOCTRINALES DE L'INTERET SOCIAL

Il existe deux grandes conceptions doctrinales de l'intérêt social[911] selon que l'on adopte une vision contractuelle (1) ou institutionnelle (2) de la société. Mais il est impossible d'exclure totalement une définition au profit de l'autre : la société a une nature mixte (3).

---

908 Cass. crim., 19 oct. 1971, n° 70-90661 : *Bull. crim.* 1971, n° 272

909 CA Versailles, 9e ch., 19 mai 2011, RG n°10/01523 : *Bull. Joly Société* 2011, p. 597, note B. DONDERO ; *JCP E* 2011, 1765, note F.-G. TREBULLE

910 Cass. crim. 16 mai 2012, n° 11-85150 : *Bull. crim.* 2012 ; *Dr. pénal* 2012, comm. 104, note J.-H. ROBERT ; *Dr. sociétés* 2012, comm. 130, note R. SALOMON ; *JCP E* 2012, 1369, note C. DUCOULOUX-FAVARD ; *Bull. Joly Sociétés* 2012, p. 579, note B. DONDERO ; *D.* 2012, p. 1698, note C. MASCALA

911 Sur cette notion V. le dossier « Intérêt social » in *Droit et patrimoine*, avril 1997, p. 42 - A. COURET, *in CDE* 1996, n° 4, p. 1 - A. PIROVANO, « La boussole de la société. Intérêt commun, Intérêt social, Intérêt de l'entreprise », *D.* 1997, chron. p. 189 - PH. GOUTAY et F. DANOS, « De l'abus de la notion d'intérêt social », *D. affaires* 1997, p. 877 - J.-P. BERTREL, « Liberté contractuelle et sociétés. Essai d'une théorie du juste milieu en droit des sociétés », *RTD com.* 1996, p. 595 - M. BERGERAC et A. BERNARD, « Fantaisie à deux voix », *D. affaires* 1999, chron. p. 315 - A. CONSTANTIN, « L'intérêt social : quel intérêt ? », in *Études offertes à Barthélemy Mercadal*, EFL 2002, p. 317 - G. GOFFAUX-CALLEBAUT, « La définition de l'intérêt social », *RTD com*. 2004, p. 35

1 : La vision contractuelle de la société et l'intérêt commun des associés

113. Une conception classique réactualisée. L'article 1832 du Code civil dispose que « *la société est instituée par deux ou plusieurs personnes qui conviennent, par contrat, d'affecter à une entreprise commune des biens ou leur industrie en vue de partager le bénéfice ou de profiter de l'économie qui pourra en résulter* ». Cet article sert de fondement à la conception contractuelle de la société[912].

Selon Monsieur Bertrel[913], il s'agit de la conception classique de la société telle qu'elle était perçue du droit romain et des grands auteurs classiques tels Domat[914] et Pothier[915]. L'article 1832, faisant référence au contrat et la place des dispositions relatives au droit des sociétés dans le Code civil, entre le contrat de louage et le contrat de prêt, justifiait cette qualification[916]. L'avènement du principe majoritaire, avec la Loi du 22 novembre 1913, la multiplication des dispositions légales encadrant le fonctionnement des sociétés et le développement de l'actionnariat ont fini par faire douter du bien-fondé de cette théorie et petit à petit la théorie de la société-institution s'est imposée[917]. La thèse contractuelle n'avait pourtant pas dit son dernier mot. Dans les années quatre-vingt-dix, le développement de la *corporate governance* a remis au premier plan la personne de l'associé[918]. Elle s'est accompagnée de l'introduction dans la doctrine de la théorie économique de « l'agence » qui voit dans la société « *un nœud de contrats* »[919]. Le renouveau de la conception contractuelle de la société est conforté par la multiplication des aménagements contractuels dans le

---

912 M. JEANTIN, *Droit des sociétés*, Montchrestien 3e éd. 1994, n° 20, p. 11 - R. LIBCHABER, « La société, contrat spécial », *in Dialogues avec Michel Jeantin - Prospectives du droit économique*, Dalloz 1999, p. 281 - J. MESTRE, « La société est bien encore un contrat », *in Mélanges Christian Mouly*, vol. II, Litec 1998, p. 131 - P. DIDIER, « Brèves notes sur le contrat organisation », *in L'Avenir du droit - Mélanges en hommage à François Terré*, Dalloz 1999, p. 635 - J.-P. BERTREL, « Le débat sur la nature de la société », préc.

913 J.-P. BERTREL, « Le débat sur la nature de la société », préc., spéc. n° 4 p. 132

914 J. DOMAT, *Lois civiles*, Civ. I, Titre VIII *in principio*

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

916 M. JEANTIN, *Droit des sociétés*, préc., spéc. n° 20 p. 11

917 J. SCHAPIRA, « L'intérêt social et le fonctionnement de la société anonyme », préc., spéc. n° 2 p. 958 - M. JEANTIN, *Droit des sociétés*, préc., spéc. n° 20 p. 11

918 V. *supra* n° 54 et s.

919 J.-P. BERTREL, « Le débat sur la nature de la société », préc., spéc. n° 11 p. 138 - A. COURET, « Les apports de la théorie micro-économique moderne à l'analyse du droit des sociétés », *Rev. soc.* 1984, p. 243

fonctionnement de la société[920], la reconnaissance des pactes d'actionnaires par le législateur et la création de la SAS, vaste espace de liberté pour les associés[921].

114. La prépondérance de l'intérêt des associés. Si l'on adopte cette théorie, on se doit de reconnaître l'intérêt des parties aux contrats, autrement dit, celui des associés[922]. La notion d'intérêt commun des associés a été particulièrement développée par Monsieur Schmidt dans deux articles remarqués[923] puis dans son célèbre ouvrage : *Les conflits d'intérêts dans la société anonyme*[924]. L'article 1833 énonce ainsi que « *toute société doit* […] *être constituée dans l'intérêt commun des associés* ». Monsieur Schmidt en déduit que « *la société est constituée dans l'intérêt des associés : elle n'est pas constituée en vue de satisfaire un autre intérêt que celui des associés, qui ont seuls vocation à partager entre eux le bénéfice social* »[925]. Il définit ainsi cet intérêt commun des associés : « *l'intérêt d'un associé dans la société est de retirer de l'enrichissement collectif un enrichissement individuel ; cet intérêt est le même pour chacun des associés : il leur est commun* »[926].

A l'opposé de cette vision contractuelle de la société, on trouve les tenant de la thèse institutionnelle.

2 : La vision institutionnelle de la société et l'intérêt propre de la personne morale

115. Le développement de la théorie institutionnelle. Le déclin de la conception contractuelle au début du XXe siècle a conduit la doctrine à se tourner vers la théorie de l'institution pour expliquer la nature juridique de la société[927]. Cette théorie prend sa source en droit public et tout particulièrement dans les travaux du doyen Hauriou. Ce dernier

---

920 V. sur ce thème : J.-P. BERTREL, « Liberté contractuelle et société, Essai d'une théorie du « juste milieu » en droit des sociétés », préc. - Y. CHAPUT, « La liberté et les statuts », *Rev. sociétés* 1989, p. 311 - J.-J. DAIGRE, « Transformer les sociétés », *in* « Travaux du colloque consacré à « De nouveaux espaces à la liberté contractuelle », organisé au Sénat le 14 février 1995 », *CDE* 1995, n° 2, p. 16 - B. SAINTOURENS, « La flexibilité du droit des sociétés », *RTD com*. 1987, p. 457 - M.-C. MONSALLIER, *L'aménagement contractuel du fonctionnement de la société anonyme*, préc. - *La contractualisation du droit des sociétés*, Rapport CCIP 1990

921 J. HONORAT, « La société par action simplifiée ou la résurgence de l'élément contractuel en droit français des sociétés, 1ère partie », *LPA* 16 août 1996, p. 4

922 J. SCHAPIRA, « L'intérêt social et le fonctionnement de la société anonyme », *RTD com.* 1971, p. 957, spéc. n° 2, p. 958

923 D. SCHMIDT, « De l'intérêt commun des associés », *RD bancaire et bourse* 1994, p. 204 - « De l'intérêt social », *RD bancaire et bourse* 1995, p. 130 – V. également le colloque organisé au Sénat le 23 mai 1996, « Actionnaires et dirigeants : où se situera demain le pouvoir dans les société cotées », *CDE 1996*, n° 4, spécialement les interventions des professeurs A. COURET, « L'intérêt social », p.1 ; M. GERMAIN, « L'intérêt commun des actionnaires », p. 13 ; et D. SCHMIDT, « Rapport de synthèse », p. 25

924 D. SCHMIDT, *Les conflits d'intérêts dans les sociétés anonymes*, préc. spéc. n° 1 et s., p. 1 et s.

925 D. SCHMIDT, « De l'intérêt social », préc. spéc. p. 130

926 D. SCHMIDT, « De l'intérêt commun des associés », préc., spéc. p. 204

927 V. notamment RENARD, *La philosophie de l'institution*, Sirey, 1939 - E. GAILLARD, *La société anonyme de demain, la théorie institutionnelle et le fonctionnement de la société anonyme*, Sirey 2e éd. 1933

définissait l'institution comme « *une organisation sociale objective qui a réalisé en elle l'état de droit le plus haut, c'est-à-dire qui possède à la fois la souveraineté du pouvoir, l'organisation constitutionnelle du pouvoir avec statut, et l'autonomie juridique* ». Dès lors, « *par ce double fait qu'elle poursuit des buts collectifs et qu'elle a une existence propre due à son organisation, elle dépasse l'individu humain. Elle subsiste malgré les mutations qui peuvent se produire dans son personnel. Elle a sur ses membres un pouvoir de domination et ceux-ci ne sont que ses sujets. Cela lui donne une réalité sociale, l'institution est la véritable réalité sociale séparable des individus* »[928].

La théorie de l'institution semble avoir été consacrée par le législateur lui-même. En effet, la Loi 85-697 du 11 juillet 1985 a modifié l'article 1832 du Code civil. Ce dernier ne dispose plus que « *la société est constituée…* » mais « *la société est instituée…* ». Certains auteurs doutent néanmoins de la portée qu'il faut accorder à cette modification terminologique[929].

Un troisième courant doctrinal s'est développé à partir des années soixante. Il met l'accent sur une conception fonctionnelle, finalisée, de la société. On trouvait les prémisses de cette idée dans les travaux du doyen Ripert lorsqu'il faisait de la société par actions « *le merveilleux instrument du capitalisme* »[930]. Néanmoins, cette théorie n'a véritablement vu le jour qu'avec « l'école de Rennes » et les travaux de Messieurs Champaud et Paillusseau[931]. Pour ce dernier, la personnalité morale ne serait qu'« *un concept et une construction juridique* ». Elle n'est que « *le moyen pour un groupement de personnes d'accéder à la vie juridique* ». Mais le fondement même de la personnalité morale est l'activité poursuivie par ses membres. Il s'agit d'une technique d'autonomisation de cette activité[932]. Ce courant, qui ne voit dans la société que le support de l'entreprise, renforce encore la théorie institutionnelle[933].

116. La prépondérance de l'intérêt propre de la société. La théorie institutionnelle met l'accent sur l'autonomie de la personne morale. Selon cette conception, « *la société a un intérêt propre qui transcende celui des associés* […]. *Il s'agit de l'intérêt propre de la société*

---

928 HAURIOU, *Les principes de droit public*, Sirey, 2e éd. 1916, spéc. p. 111 et 113

929 V. notamment : J.-P. BERTREL, « Le débat sur la nature de la société », préc., spéc. n° 5 p. 134 – *Contra* : G. FLORES et J. MESTRE, « Brèves réflexions sur l'approche institutionnelle de la société », *LPA* 14 mai 1986, p. 25

930 G. RIPERT, *Aspect juridique du capitalisme moderne*, préc., spéc. p. 106

931 CL. CHAMPAUD, *Le pouvoir de concentration de la société par action*, préc. - et du même auteur « Le contrat de société existe-t-il encore ? », *in Le Droit contemporain des contrats : bilan et perspectives*, Economica 1987, p. 125 - J. PAILLUSSEAU, *La société anonyme, technique d'organisation de l'entreprise*, préc. ; et du même auteur « Les fondements du droit moderne des sociétés », *JCP G* 1984, I, 3148

932 J. PAILLUSSEAU, « Le droit moderne et la personnalité morale », *RTD civ.* 1993, p. 705, spéc. n° 12 p. 709, n° 2, p. 705 et n° 13 p. 710

933 J. PAILLUSSEAU, « Le droit moderne et la personnalité morale », préc., spéc. n° 85 p. 736 - CL. CHAMPAUD, « Le contrat de société existe-t-il encore ? », préc., spéc. p. 132

en tant que personne morale, en tant que communauté dans laquelle associés et dirigeants ne sauraient agir en négligeant l'intérêt commun et supérieur qui les domine »[934]. Pour certains auteurs, cet intérêt social distinct de celui des associés est même l'un des éléments constitutifs de la personnalité morale[935]. En effet, en vertu de la théorie de la réalité, la reconnaissance de la personnalité morale passe par la réunion de deux conditions : « *un intérêt distinct des intérêts individuels* [et] *une organisation capable de dégager une volonté collective qui puisse représenter et défendre cet intérêt* »[936].

Dans la vision sociale de l'« école de Rennes », l'intérêt social reste autonome au regard de l'intérêt commun des associés. Il se confond avec l'intérêt de l'entreprise dont la personnalité morale est le support. Cette entreprise est un « *centre d'intérêt* »[937] où se rencontrent les intérêts des différents intervenants dans la vie de la société (salariés, associés, fournisseurs, clients, prêteurs, sous-traitants…)[938]. L'intérêt social résulte donc d'un équilibre entre ces différents intérêts et doit assurer leur protection : « *L'entreprise ne peut plus se contenter d'enrichir quelques actionnaires mais doit se donner des objectifs plus vastes, susceptibles d'influencer positivement toute la famille humaine* »[939].

3 : La nature mixte de la société

117. La nécessaire conciliation des conceptions contractuelle et institutionnelle. Comme le pensent de nombreux auteurs, il est impossible de faire prévaloir l'une des deux théories précitées sur l'autre[940]. Dès lors, il est nécessaire d'admettre que la société a une nature mixte[941]. Elle est à la fois un contrat entre les associés et une institution née de ce contrat à l'égard des tiers. Cette conception permet ainsi d'expliquer les disparités entre la part contractuelle et la part institutionnelle de la nature des différentes formes sociales[942].

---

934 M. COZIAN, A. VIANDIER et F. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, préc., spéc. n° 387 p. 222

935 G. SOUSI, *L'intérêt social dans le droit des sociétés commerciales*, thèse Lyon 1974, spéc. p. 194 - N. MATHEY, *Recherche sur la personnalité morale en droit privé*, thèse Paris II, 2001, spéc. n° 207 et s. p. 73 et s.

936 MICHOUD, *La théorie de la personnalité morale et son application au droit français*, t. 1, LGDJ 1906, spéc. n° 53 p. 113

937 J. PAILLUSSEAU, « Les apports du droit de l'entreprise au concept de droit », *D.* 1997, chron. p. 97, spéc. p. 103

938 J. PAILLUSSEAU, « Les fondements du droit moderne des sociétés », préc., spéc. n° 56 et s.

939 N. DION, « 2001. Entreprise, espoir et mutation », *D.* 2001, chron. p. 762, spéc. n° 26 p. 769 – V. également J. PAILLUSSEAU, « Les fondements du droit moderne des sociétés », préc., spéc. n° 85 et s.

940 PH. MERLE, *Droit commercial, Sociétés commerciales*, préc., spéc. n° 23 p. 43 : « *aucune de ces deux théories, contractuelle ou institutionnelle, n'est cependant assez satisfaisante en elle-même pour exclure l'autre* »

941 M. JEANTIN, *Droit des sociétés*, préc., spéc. note 54 p. 12 ; Y. GUYON, *Droit des affaires*, t. I, *Droit commercial général et sociétés*, préc., spéc. n° 96 - *Mémento Lefebvre Sociétés commerciales* 2012, préc., spéc. n° 90 et s. - J.-P. BERTREL, « Le débat sur la nature de la société », préc., spéc. n° 14 p. 141

942 J.-P. BERTREL, « Liberté contractuelle et société, Essai d'une théorie du « juste milieu » en droit des sociétés », préc., spéc. n° 41, p. 620

118. La conception mixte de l'intérêt social. La conception mixte de la nature de la société impose de fait une conception mixte de l'intérêt social. Il s'agit de concilier l'origine contractuelle de la société, et donc l'intérêt commun des associés, et sa nature institutionnelle qui exige la préservation de l'intérêt propre de la personne morale[943]. Cette théorie se rapproche des thèses de l'école de Rennes en ce qu'elle nécessite la prise en compte d'intérêts multiples et divergents pour apprécier l'intérêt social. Monsieur Schmidt a étudié cette confrontation entre l'intérêt de la société et ceux des associés, ainsi que les conflits qui peuvent en résulter. Pour cet auteur, cette distinction est erronée et n'a pour seul intérêt que de fonder le pouvoir et l'indépendance des dirigeants vis-à-vis des associés. L'intérêt social et l'intérêt des associés seraient en réalité confondus : « *la prospérité de l'entreprise enrichit le patrimoine social et donc le patrimoine des actionnaires. En cela, la prospérité de l'entreprise ne se distingue pas de l'intérêt des actionnaires* ». Distinguer ces intérêts obligerait à trancher. Or ce choix ne pourrait relever en définitive que des associés qui dès lors mettront en avant leur propre intérêt[944]. C'est là qu'il semble y avoir une confusion entre l'intérêt social et le risque social. Nous verrons qu'il ne revient à personne de choisir quel intérêt doit être privilégié. Le choix qui doit intervenir ne peut concerner que la politique économique qui doit être suivie par les dirigeants.

C : L'INTERET SOCIAL OBJECTIF, INTERET DE LA PERSONNE MORALE

La recherche de l'intérêt social ne doit pas conduire à confronter la thèse contractuelle à la thèse institutionnelle mais plutôt les deux conceptions de l'intérêt social qui résultent de cette dernière. En effet, la prise en compte de l'intérêt des associés est une composante de l'intérêt de l'entreprise. Les théories de l'école de Rennes englobent la protection des associés dans la protection de l'entreprise. La seule distinction est que dans la thèse contractualiste, l'intérêt des associés est le seul qui doit être privilégié. La personne morale, support juridique de l'entreprise, constitue bien un centre d'intérêt où viennent se pondérer l'intérêt propre de la personne morale (l'intérêt social objectif) (1) et celui des intervenants dans l'entreprise (l'intérêt social subjectif) (2).

---

943 J.-P. BERTREL, « Liberté contractuelle et société, Essai d'une théorie du « juste milieu » en droit des sociétés », préc., spéc. n° 50, p. 625

944 D. SCHMIDT, *Les conflits d'intérêt dans la société anonyme*, préc., spéc. n° 11, p. 14 et s. et n° 13, p. 20

1 : L'intérêt social objectif

119. Définition. On peut retenir comme définition de l'intérêt social objectif la définition du rapport Viénot I : « *L'intérêt social peut ainsi se définir comme l'intérêt supérieur de la personne morale elle-même, c'est-à-dire de l'entreprise considérée comme un agent économique autonome, poursuivant des fins propres, distinctes notamment de celles de ses actionnaires, de ses salariés, de ses créanciers dont le fisc, de ses fournisseurs et de ses clients, mais qui correspondent à leur intérêt général commun, qui est d'assurer la prospérité et la continuité de l'entreprise* »[945]. En admettant cette autonomie absolue de la personne morale et l'existence de son intérêt propre, on adopte une vision très anthropomorphique de la société. Selon Monsieur Gaillard, cette idée serait confortée par la théorie de la représentation, laquelle « *par l'analogie qu'elle impose avec le modèle de l'individu capable qui exerce lui-même son droit,* […] *accrédite l'idée que l'être moral met en œuvre, par la voix de ses organes, ses propres droits et donc qu'il exprime un intérêt qui lui est personnel* »[946]. Cette conception est également renforcée par l'essor de la notion de « responsabilité sociale » de l'entreprise et la prise de conscience que la société, personne morale, n'est qu'un élément du système Social[947]. Il n'est plus possible aujourd'hui de nier l'impact social, environnemental et économique de l'entreprise sur le monde qui l'entoure. Si la loi autorise les associés à constituer une personne morale, dès lors que celle-ci prend vie elle devient un être autonome, élément à part entière du corps social, et se trouve au même rang que les personnes physiques qui l'entourent. Elle se doit de respecter leur intérêt autant que ces derniers doivent respecter le sien[948]. La personne morale se trouve sur un pied d'égalité avec toute autre personne

---

945 *Le conseil d'administration des sociétés cotées*, Rapport AFEP, CNPF, 1995, spéc. p. 8

946 E. GAILLARD, « La représentation et ses idéologies en droit privé français », *Droits* 1987, n° 6, p. 91, spéc. p. 97

947 V. sur la responsabilité sociale, V. F.-G. TREBULLE, « Le développement de la prise en compte des préoccupations environnementales sociales et de gouvernance », *Dr. sociétés* 2009, étude 1 ; du même auteur, *Rép. Sociétés Dalloz*, V° *Responsabilité sociale des entreprises : L'entreprise et l'éthique environnementale* – V. également J. MESTRE, « Ethique et droit des sociétés », *in Procédures collectives et droit des affaires : morceaux choisis : mélanges en l'honneur d'Adrienne Honorat*, Frison-Roche 2000, p. 291, spéc. p. 295 et s. - X. DIEUX et F. VINCKE, « La responsabilité sociale des entreprises, leurre ou promesse ? », *RD aff. int.* 2005, p. 13 - F. COCHOY, « La responsabilité sociale de l'entreprise comme "représentation" de l'économie et du droit », *Dr. et société* 2007, n° 65, p. 91 - A. LACHEZE, « Ce que la responsabilité sociale des entreprises fait au droit : l'exemple de la grande distribution », *Dr. et société* 2007, n° 66, p. 385 - N. MATHEY, « La responsabilité sociale des entreprises en matière de droits de l'homme », *CDE* 2010, dossier 13 - L. ROGLEV, J. BECKHARD et V. BECKER, « Responsabilité sociale des entreprises : une compliance à l'européenne ? », *Rev. Lamy dr. aff.* 2012, p. 10

948 N. DION, « 2001. Entreprise, espoir et mutation », préc., spéc. n° 26 p. 769 : « *l'entreprise dépasse aujourd'hui sa simple fonction économique de recherche du résultat pour assumer un rôle social dans un environnement économique mondialisé et multiculturel, faire appel à des expériences multiples, à la nouveauté (des concepts, des technologies et des marchés) et multiplier les formes de coopération et l'échange des connaissances* »

physique au point que l'on puisse parfois faire un rapprochement entre ses droits et ceux d'un citoyen[949].

2 : L'intérêt social subjectif

120. Définition. L'intérêt social objectif est l'intérêt de la personne morale. Cette dernière est incapable d'exprimer par elle-même cet intérêt. L'intérêt social est donc apprécié subjectivement par les personnes en lien avec la société. Or ces différentes personnes ont un intérêt propre distinct de celui de la société.

Ces intérêts catégoriels n'ont pas laissé la doctrine indifférente. Monsieur Paillusseau en donne une définition : « *de multiples personnes sont intéressées par la vie de l'entreprise, soit parce qu'elles l'ont créée ou qu'elles lui apportent les moyens de son fonctionnement (travail, énergies humaines, biens, argent…), soit parce qu'elles sont en rapport d'affaires plus ou moins étroit avec elle (clients, consommateurs, fournisseurs, sous-traitants, franchisés…), soit parce que les péripéties de sa vie peuvent avoir des effets sensibles sur la collectivité (au niveau national et au niveau local).* [Ces intérêts] *forment ce qu'il est convenu d'appeler les intérêts catégoriels* ». La préservation des intérêts des différentes parties prenantes doit donc se faire au travers de l'intérêt social car « *sa prospérité est le dénominateur commun de la protection des intérêts catégoriels* »[950].

L'idée n'est pas ici d'opposer l'intérêt social et les différents intérêts catégoriels mais la définition de ces derniers par Monsieur Paillusseau reste valable. En réalité, la personne morale étant incapable d'exprimer son intérêt social objectif, il revient à chaque personne ayant affaire avec elle d'apprécier quel peut être cet intérêt. L'intérêt social subjectif est donc l'intérêt social vu à travers le prisme des différents intérêts catégoriels. La question va alors se poser de savoir lequel de l'intérêt social objectif ou de l'intérêt social subjectif va servir de norme de référence lors du contrôle[951].

PARAGRAPHE 2 : LA NOTION DE RISQUE SOCIAL

Le risque est inhérent à la constitution de toute société. La chance de gain et le risque de perte constituent même une condition de validité du contrat de société (A). Le rôle des

---

949 F.-G. TREBULLE, « Responsabilité sociale des entreprises : L'entreprise et l'éthique environnementale », préc., spéc. n° 9, p. 4 ; et du même auteur, « Personnalité et citoyenneté, considérations sur « l'entreprise citoyenne » », *Rev. sociétés* 2006, p. 41

950 J. PAILLUSSEAU, « Les fondements du droit moderne des sociétés », préc., spéc. n° 56 et n° 89

951 V. *infra* chapitre II

dirigeants est de conduire la politique économique de la société. C'est cette politique qui constitue le risque social (B)

A : LA THEORIE DES BENEFICES ET DES PERTES

121. Notion. La réalisation de bénéfices ou de pertes a toujours été une condition de validité de la société. On la retrouve déjà en droit romain : « *si la convention n'a pas fixé les parts des associés dans le gain et dans la perte, ces parts seront égales. Si elles ont été fixées, on s'en tiendra à cette fixation* »[952]. Cette condition a été reprise par le Code civil. L'article 1832 du Code civil dispose que la société est instituée « *en vue de partager le bénéfice ou de profiter de l'économie qui pourra en résulter. Les associés s'engagent à contribuer aux pertes* ».

Le partage du résultat va permettre de distinguer la société d'autres formes de contrat ou d'organisation. La recherche d'un profit ou la contribution des parties aux pertes va ainsi permettre de qualifier une société créée de fait ainsi que l'a rappelé la Cour de cassation dans deux arrêts du 23 juin 2004 : « *l'existence d'une société créée de fait entre concubins, qui exige la réunion de tous les éléments caractérisant tout contrat de société, nécessite l'existence d'apport, l'intention de collaborer sur un pied d'égalité à la réalisation d'un projet commun et l'intention de participer aux bénéfices ou aux économies ainsi qu'aux pertes éventuelles pouvant en résulter* »[953].

C'est également l'importance du partage des résultats qui justifie la prohibition des clauses léonines[954]. En effet, une telle disposition « *détruit le contrat de société dans son essence. Elle aurait dû être condamnée s'il n'y avait pas eu une interdiction légale, car elle est inconciliable avec le dessein que se proposent les parties en contractant* »[955].

Cette chance de gain ou ce risque de perte constitue ce que l'on peut appeler le risque social.

---

952 Dig. 17, 2, fr. 29 princ. – V. sur l'évolution historique P. ET PH DIDIER, *Droit commercial*, t. 2, *Les sociétés commerciales*, préc., spéc. n°58 p. 51

953 Cass. com., 23 juin 2004, n° 01-10106 et n° 01-14275 : *Bull. civ.* 2004, n° 134 et 135 ; *Bull. Joly Sociétés* 2005, p. 295, n° 49, note J. VALLANSAN ; *JCP E* 2004, 1510, n° 9, note J.-J. CAUSSAIN, FL. DEBOISSY, G. WICKER ; *Dr. sociétés* 2004, comm. 163, note F.-G. TREBULLE ; *Rev. sociétés* 2005, p. 131, note F.-X. LUCAS ; *D*. 2004, p. 1976, note A. LIENHARD ; *RTD com*. 2004, p. 740, note CL. CHAMPAUD et D. DANET – V. également F.-X. LUCAS, « La société créée de fait », *in Mélanges en l'honneur de Yves Guyon - Aspects actuels du droit des affaires*, Dalloz 2003, p. 737 - J.-J. DAIGRE, « L'étalon au prétoire ou des saillies comme critère de la société en participation », *Bull. Joly Sociétés* 1998, p. 99

954 article 1844-1 al. 2 du Code civil

955 G. RIPERT et R. ROBLOT, par M. GERMAIN et V. MAGNIER, *Traité de droit de affaires*, t. 2, *Les sociétés commerciales*, préc., spéc. n° 1056-46 p. 37

B : LA POLITIQUE ECONOMIQUE DE LA SOCIETE : LE RISQUE SOCIAL

122. La notion de risque en sciences de gestion. En gestion, la notion de risque est « *associée à la notion de fluctuation ou de volatilité d'une grandeur comme, par exemple, le chiffre d'affaires ou le résultat d'une entreprise, autour de sa moyenne. Ces fluctuations peuvent entraîner des gains ou des pertes* »[956]. La société, comme toute activité économique, est confrontée à ce que les sciences de gestion nomment le « *risque spéculatif* ». Cette notion a été développée par Mowbray[957]. Le « risque spéculatif » est celui auquel est soumise toute entreprise « *dès lors qu'elle s'engage dans des activités qu'elle espère profitables, tout en sachant qu'il peut en résulter des pertes* »[958]. Il s'oppose au « risque pur » dont on ne peut attendre que des pertes et qui correspond au risque assurable, aléatoire et incontrôlable (incendie, vol, accident du travail…)[959]. Les économistes parlent également de « *risque d'activité économique* » pour désigner l'aléa inhérent à toute activité économique[960]. Dans son sens négatif, ce risque économique n'est que « *l'incapacité de l'entreprise de s'adapter à temps et au moindre coût, à une variation de l'environnement* »[961].

On peut tenter de mesurer objectivement ce risque. Selon la théorie financière, « *une entreprise industrielle ou commerciale présente un risque parce que ses résultats d'exploitation ne peuvent pas être prévus avec certitude mais sont aléatoires* »[962]. L'analyse financière distingue trois risques. Elle tente de mesurer le « risque d'exploitation »[963], le « risque de financement »[964], et le « risque financier », correspondant au caractère aléatoire du résultat net et donc qui intègre le risque d'exploitation et le risque de financement[965]. Il est également possible de quantifier le risque social[966], lié aux conditions de travail, grâce au bilan social dont il est également possible de tirer un certain nombre de ratios[967].

123. La notion de risque social en droit. La doctrine juridique connaît également la notion de risque social. Hamel fit du risque un élément essentiel de l'*affectio societatis*. Or il a défini

---

956 G. DEPALLENS, rédigée par J.-P. JOBARD, *Gestion financière de l'entreprise*, Dalloz, 11e éd. 1997, p. 106

957 A. M. MOWBRAY, *Insurance : its Theory and Practice in the United States*, McGraw-Hill, 1930

958 P. GOUGEON, « Risk manager et gestion des risques dans l'entreprise », *in Encyclopédie de gestion*, t. III, Economica 2e éd. 1997, p. 2886, spéc. p. 2887

959 P. GOUGEON, « Risk manager et gestion des risques dans l'entreprise », préc., p. 2886, spéc. p. 2887

960 P. CONSO et F. HEMICI, *Gestion financière de l'entreprise*, Dunod 11e éd. 2005, p. 5

961 P. CONSO et F. HEMICI, *Gestion financière de l'entreprise*, préc., spéc. p. 283

962 J. CABY, A. COURET et G. HIRIGOYEN, *Initiation à la gestion*, Montchrestien 3e éd. 1998, spéc. p. 259

963 lié au partage du seul résultat d'exploitation

964 lié à l'actif de la société et à sa capacité de financement

965 J. CABY, A. COURET et G. HIRIGOYEN, *Initiation à la gestion*, préc. spéc. p. 260

966 J. CABY, A. COURET et G. HIRIGOYEN, *Initiation à la gestion*, préc. spéc. p. 462

967 R. DANZIGER, « Bilan social », *in Encyclopédie de gestion*, t. I, Y. SIMON et P. JOFFRE (dir.), Economica 2e éd. 1997, p. 231

lui-même ce risque : « *des risques de perte comme risques de gains* ». Il nota également que si ce risque existe dans tous les contrats autres que le contrat de société, il « *n'atteint jamais l'existence du droit lui-même* » mais plutôt sa mise en œuvre. Dans le contrat de société, au contraire, « *le droit né de ce contrat est lui-même l'objet de risque* […]. *Dès lors, les risques de l'entreprise dominent entièrement le contrat* »[968]. Monsieur Vidal semble néanmoins être le premier auteur à avoir utilisé les termes mêmes de « *risque social* » : « *c'est le risque économique et financier lié à l'activité de l'entreprise dont la société* […] *est le support. C'est le risque de gain et le risque de perte qui s'attache au processus micro-économique* »[969]. Il reprend donc la définition de Hamel. Le risque social est donc le caractère aléatoire des bénéfices et des pertes qui conditionne tout contrat de société.

Selon Monsieur Dom, le risque de perte sociale peut être répartie en quatre grandes catégories[970]. La première concerne le risque « *industriel et environnemental* », autrement dit le risque d'accident de production ou d'exploitation tels l'accident nucléaire de Tchernobyl, le naufrage de l'Erika ou encore l'explosion de l'usine AZF à Toulouse. La seconde est le risque « *d'ordre social* » lié à l'exploitation des salariés. Il concerne par exemple « *la lutte contre l'esclavage, contre le travail des enfants, contre les discriminations et pour la promotion de l'égalité des rémunérations hommes-femmes* ». La troisième catégorie vise le risque « *éthique* » qui concerne entre autres, « *le respect des normes anticorruption, antiblanchiment, antifinancement du terrorisme et celles propres à assurer la libre concurrence* ». Enfin, la dernière catégorie comprend le risque « *d'ordre économique* » qui entraine la perte de clientèle, soit du fait de la réalisation d'un des risques précités, soit qui résulte d'évènements conjoncturels.

S'agissant du droit positif, si le législateur n'a pas encore fait usage de la notion de risque pour désigner l'aléa social, la Cour de cassation a par contre pu faire référence au « *risque social* » dans certaines décisions, dans le sens de risque de perte[971]. Elle fait également appel à

---

968 J. HAMEL, « L'affectio societatis », *RTD civ.* 1925, p. 761, spéc. p. 771 et p. 773 et s.

969 D. VIDAL, *Le commissaire aux comptes dans la société anonyme*, préc., spéc. n° 12, p. 25

970 J.-PH. DOM, « Le gouvernement d'entreprise, technique d'anticipation des risques », *JCP E* 2012, 1387, spéc. n° 19

971 Cass. com., 16 oct. 1963 : *Bull. civ.* 1963, n° 422 : « *mais attendu, d'une part, que le tribunal, retenant que du jour de la constitution de la société Transrec, les fonds de commerce apportés sont passés dans le patrimoine de la société non seulement pour leur valeur nette mais pour la totalité de leurs valeur, l'acte stipulant que la société aurait, à dater de ce jour, la propriété des biens apportés, énonce que la société a pris à sa charge le passif de ces fonds, ... passif intégré dans le patrimoine de la société, d'où il résulte que lesdits apports ne sont pas entièrement des apports purs et simples, les fonds apportés n'étant pas soumis aux risques sociaux mais étant donnés en échange contre payement des dettes dont ils étaient grevés » - Cass. com. 12 févr. 2008, n° 06-21652 : Attendu qu'en statuant ainsi, alors que la garantie relative à la réalisation du risque social était prévue dans le protocole d'accord en date du 7 mai 2001 conclu entre, d'une part, la société Transports Alloin, d'autre part, M. X... agissant tant en son nom personnel que pour le nom des autres associés et actionnaires, parmi lesquels son épouse Mme Y..., dont il s'est porté fort et qui ne s'étant pas opposée à l'acte y est donc partie, la cour d'appel a violé les textes susvisés* »

la notion de « *risque d'entreprise* » pour caractériser une société créée de fait[972] ou pour valider une clause de variation de rémunération d'un salarié[973]. Elle évoque également le risque anormal auquel l'actif social n'aurait pas dû être exposé pour sanctionner un abus de biens sociaux[974].

SOUS-SECTION 3 : LE POUVOIR DE DEFINITION DU RISQUE SOCIAL, CRITERE DE DISTINCTION DU CONTROLEUR ET DU CONTROLAIRE.

Le contrôle étant la recherche de l'adéquation du risque social avec l'intérêt social, c'est le pouvoir de définition du risque social qui va permettre de distinguer les contrôleurs des contrôlaires. Les dirigeants, contrôlaires, vont en effet se voir dotés de prérogatives leur permettant de définir le risque social tandis que les organes de surveillance de la société, contrôleurs, seront exclusivement chargés de s'assurer que ce risque est conforme à l'intérêt social.

Paragraphe 1 : La définition du risque social, critère de qualification de la mission du contrôlaire

Paragraphe 2 : L'appréciation du risque social, critère de qualification de la mission du contrôleur.

---

972 Cass. com., 15 févr. 1982, n° 78-16102 : *Bull. civ.* 1982, n° 57 : « *mais attendu que la cour d'appel a constaté que M. Raymond X... ne courait pas les risques de l'entreprise, qu'en l'état de cette seule constatation la cour d'appel, abstraction faite des motifs surabondants critiqués par les moyens, a justifié légalement sa décision* »

973 Cass. soc., 20 avril 2005, n° 03-43696 et 03-43734 : « *une clause de contrat de travail peut prévoir une variation de la rémunération du salarié dès lors qu'elle est fondée sur des éléments objectifs indépendants de la volonté de l'employeur, ne fait pas porter le risque d'entreprise sur le salarié et n'a pas pour effet de réduire la rémunération en-dessous des minima légaux et conventionnels* » - Cass. soc., 4 mars 2003, n° 01-41864 - Cass. soc., 2 juill. 2002, n° 00-13111 : *Bull. civ.* 2002, n° 229 ; *Dr. social* 2002, p. 998, note C. RADE

974 Cass. crim., 16 déc. 1975, n° 75-91045 : *Bull. crim*. 1975, n° 279 ; *JCP G* 1976, II 18476, note M. DELMAS-MARTY : « *le délit d'abus des biens sociaux est caractérisé des lors que l'administrateur de deux sociétés qui n'ont pas, comme en l'espèce, des intérêts complémentaires, utilise indifféremment, selon les opportunités du moment, les biens de l'une au profit de l'autre, exposant ainsi par sa volonté frauduleuse, l'actif de chaque société à des risques de pertes auxquels cet actif ne devrait pas être exposé* » - Cass. crim., 10 nov. 1964, n° 64-90071 : Bull. crim., 1964, n° 291 ; *JCP G* 1965, II, 14146, note R.D.M. - Cass. crim., 3 mai 1967, n° 66-92965 : *Bull. crim.* 1967, n° 148 - Cass. crim., 24 mars 1969, n° 67-93577 : *Bull. crim.* 1969, n° 130 - Cass. crim., 16 mars 1970, n° 68-90226 : *Bull. crim*. 1970, n° 107 - Cass. crim., 8 déc. 1971, n° 70-93020 : *Bull. crim*. 1971, n° 346 – A. DEKEUWER, « Les intérêts protégés en cas d'abus de biens sociaux », *JCP E*, 1995, I, 500, spéc. n° 1

PARAGRAPHE 1 : LA DEFINITION DU RISQUE SOCIAL, CRITERE DE QUALIFICATION DE LA MISSION DU CONTROLAIRE

Le risque social tel que nous venons de le définir ne peut résulter que des actes des contrôlaires (A). Les décisions des autres organes sociaux ne peuvent influer sur ce risque dès lors que le dirigeant prend les décisions qui s'imposent au regard de la situation nouvelle.

Certains actes des dirigeants ne vont pas engager la société et lui permettront même de demander réparation. Il s'agit là des limites au pouvoir de définir le risque social (B). Enfin, les contrôlaires disposent d'une norme de référence, d'un objectif à atteindre : la satisfaction de l'intérêt social (C).

A : LE POUVOIR DE DEFINITION DU RISQUE SOCIAL, ATTRIBUT EXCLUSIF DES CONTROLAIRES

Nous étudierons dans un premier temps la définition du risque social par les dirigeants (1) avant de vérifier l'exclusivité du pouvoir dont disposent ces derniers (2).

1 : La définition du risque social par les dirigeants

124. Une attribution exclusive. Encore une fois, il faut se référer à Monsieur Vidal qui, dans sa thèse, a largement contribué au développement de cette théorie. Selon cet auteur, « *les organes dirigeants de la société anonyme ont seuls qualité pour engager le risque social, pour définir la politique économique de la société qui déterminera, par voie de conséquence, les termes du risque social* »[975].

Monsieur Vidal s'est essentiellement intéressé à la société anonyme. Nous avons vu néanmoins que les pouvoirs des dirigeants, quelle que soit la formulation employée par le législateur, étaient identiques[976]. Nous avons également constaté que le conseil d'administration et le directoire dans la société anonyme, bien que non dotés du pouvoir de représentation, pouvaient sans difficulté être qualifiés de dirigeants[977]. Autrement dit, il n'y a aucun obstacle à étendre l'observation de Monsieur Vidal à l'ensemble des contrôlaires de toutes les formes de sociétés, tant commerciales que civiles.

En quoi les dirigeants disposent-ils du pouvoir de définir le risque social ? Diriger la société, c'est disposer du pouvoir de gestion, d'administration et de direction[978]. Ce pouvoir

---

975 D. VIDAL, *Le commissaire aux comptes dans la société anonyme*, préc., spéc. n° 17, p. 30
976 V. *supra* n° 12
977 V. *supra* n° 27
978 V. *supra* n° 15

permet au dirigeant de prendre des décisions sur la politique économique suivie par la société. Ces décisions présentent toujours une part d'aléa. Chaque choix peut conduire à la réalisation de bénéfices ou de pertes. Le risque social est causé par les interactions entre la société et les tiers. Or c'est par le biais du dirigeant que se font ces relations. Toutes les décisions que pourront prendre les autres organes sociaux n'auront aucune incidence sur ce risque social.

2 : L'absence d'incidence sur le risque social des actes des contrôleurs

125. La surveillance et l'encadrement du risque social. Le conseil de surveillance, le commissaire aux comptes et surtout l'assemblée générale sont les organes non dirigeants de la société. Ils n'en sont que les contrôleurs. Ces organes peuvent néanmoins prendre des décisions mais celles-ci ne vont pas modifier le risque social.

Une telle affirmation au sujet du commissaire aux comptes ne présente guère de difficulté. En effet, son seul rôle est de certifier les comptes sociaux et de s'assurer de la légalité de la vie sociale. La sanction de son activité n'est que l'information des associés ou du ministère public. Il ne fait donc aucun acte positif et par conséquent ne joue aucun rôle dans la réalisation des bénéfices ou des pertes.

La question sera plus discutée pour le conseil de surveillance et l'assemblée générale. En effet, ces deux organes prennent des décisions importantes. S'agissant du conseil de surveillance, celui-ci dispose d'un pouvoir propre d'autorisation d'un certain nombre d'opérations parmi les lesquelles : « *la cession d'immeubles par nature, la cession totale ou partielle de participations, la constitution de sûretés, ainsi que les cautions, avals et garanties* »[979]. Il s'agit d'actes particulièrement importants mais nous avons vu qu'il ne s'agit pas ici d'un pouvoir de direction mais d'un contrôle *ex ante* des actes des dirigeants. Il ne s'agit pas d'actes positifs de gestion[980].

L'assemblée générale prend également des décisions relatives à l'approbation des comptes sociaux, à la répartition du résultat, aux statuts, aux dirigeants, et aux modalités de financement de la société. Le plus souvent, il ne s'agira que de ratifier des décisions préparées par les organes dirigeants[981]. Il s'agit soit d'un contrôle *a posteriori* de la gestion des dirigeants (approbation des comptes), soit de fixer un cadre à l'action de ces derniers.

Dans tous les cas, les autorisations du conseil de surveillance ou les délibérations de l'assemblée générale ne présagent pas du risque social. Ces décisions n'entraineront pas en

---

979 article L. 225-68 al. 2 du Code de commerce
980 V. *supra* n° 73
981 V. *supra* n° 53

elles-mêmes un risque de gains ou de pertes. C'est la mise en œuvre de ces décisions qui va conduire à la réalisation de bénéfices ou de dettes. En effet, la modification du capital social, le refus de céder un actif, le changement de forme sociale, ne vont pas modifier les résultats de la société dès lors que le dirigeant normalement diligent prendra les bonnes décisions de gestion. Il devra adapter l'administration quotidienne de l'entreprise au regard des moyens dont il dispose. Quand bien même les conditions de son action deviendraient très difficiles, il disposerait encore du pouvoir de mettre l'activité sociale en sommeil pour éviter la ruine.

B : LES ACTES DES CONTROLAIRES HORS DEFINITION DU RISQUE SOCIAL.

Certains actes du dirigeant se situent en dehors de sa mission de définition du risque social. En effet, leurs attributions sont encadrées par la définition statutaire de l'objet social. Nous définirons donc l'objet social (1) avant de voir en quoi il constitue une limite au pouvoir de définir le risque social (2).

1 : Définition

126. Distinction risque social – objet social. La notion d'objet social se rencontre à plusieurs reprises dans la législation relative au droit des sociétés[982]. Mais, en l'absence de définition légale, la doctrine se fonde sur l'article 1832 du Code civil pour énoncer que l'objet social est l'ensemble des activités que la société peut exercer en vue de réaliser des bénéfices ou des économies[983]. Cet objet social est décidé par les associés et inscrit dans les statuts[984].

L'objet social se distingue du risque social. En effet, il ne s'agit pas de l'activité réelle de la société mais d'un « *programme d'activité* »[985], « *l'indication d'une orientation sans pour autant tracer un parcours* »[986]. En pratique, il est défini de façon très large afin de laisser une grande marge de liberté aux dirigeants[987] et d'éviter de devoir convoquer une assemblée

---

982 articles 1832, 1833 et 1834 du Code civil ; L. 210-1, L. 210-2, L. 221-5, L. 223-18, L. 225-35, L. 225-51, L. 226-7, L. 227-6, L. 235-3, R. 123-115, R. 123-116 et R. 123-117 du Code de commerce

983 G. RIPERT et R. ROBLOT, par M. GERMAIN et V. MAGNIER, *Traité de droit de affaires*, t. 2, *Les sociétés commerciales*, préc., spéc. n° 1056-59 p. 47 - *Mémento Lefebvre Sociétés commerciales* 2012, préc., spéc. n° 1830 - PH. MERLE, *Droit commercial, Sociétés commerciales*, préc., spéc. n° 52 p. 82 - M. COZIAN, A. VIANDIER et F. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, préc., spéc. n° 100, p. 49 – V. également Y. CHAPUT, *De l'objet des sociétés commerciales*, thèse Clermont 1973

984 article L. 210-2 du Code de commerce

985 G. RIPERT et R. ROBLOT, par M. GERMAIN et V. MAGNIER, *Traité de droit de affaires*, t. 2, *Les sociétés commerciales*, préc., n° 1056-59, p. 47 - M. COZIAN, A. VIANDIER et F. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, préc., spéc. n° 100, p. 49

986 P. DIDIER, *Droit commercial*, t. 1, PUF 1970, spéc. p. 323

987 G. RIPERT et R. ROBLOT, par M. GERMAIN et V. MAGNIER, *Traité de droit de affaires*, t. 2, *Les sociétés commerciales*, préc., n° 1056-59, p. 47 - P. ET PH DIDIER, *Droit commercial*, t. 2, *Les sociétés commerciales*, préc., spéc. n° 128, p. 115

générale extraordinaire toutes les fois que l'on souhaite étendre l'activité de la société[988]. Cela confirme l'absence d'intervention des associées dans la définition du risque social. Ceux-ci se contentent d'encadrer l'action des dirigeants. Cette définition statutaire large de l'objet social, l'intervention du législateur pour faciliter sa modification et son interprétation extensive par la jurisprudence ont conduit certains auteurs à relever le « *déclin de la notion d'objet social* »[989]. Néanmoins, l'objet social constitue bien une limite à la définition du risque social.

2 : Une limite au pouvoir de définition du risque social

127. L'objet social, cadre du risque social. Les actes des dirigeants outrepassant l'objet social n'engagent la société que dans les sociétés commerciales et uniquement envers les tiers de bonne foi[990].

La limitation des pouvoirs du dirigeant par l'objet social est une solution très ancienne, d'origine jurisprudentielle, que les lois successives n'avaient pas remise en cause jusqu'à l'ordonnance n°69-1176 du 20 décembre 1969[991]. La Loi de 1966 elle-même, ainsi que la jurisprudence qui l'a suivie, avait maintenu ce principe[992]. La réforme de 1969 a pour origine la directive européenne n°68-151 du 9 mars 1968. Elle met fin à la limitation des pouvoirs des dirigeants par l'objet social dans l'ordre externe et à l'égard des tiers de bonne foi. Néanmoins, elle ne s'applique que pour les sociétés par actions et les sociétés à responsabilité limitée[993]. L'objet social est toujours opposable aux tiers dans les autres formes sociales[994].

L'objet social constitue donc bien une limite au pouvoir de définition du risque social. Les actes ne rentrant pas dans cet objet social sont hors du risque social. Dans les sociétés par actions et les SARL, ces actes restent opposables à la société. Cette solution n'est pas justifiée par une quelconque logique juridique mais pour des motifs de pure opportunité. Il s'agit en effet d'assurer une certaine sécurité juridique au profit des tiers contractant avec la société[995].

---

988 M. COZIAN, A. VIANDIER et F. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, préc., spéc. n° 108, p. 61

989 M. DAGOT et C. MOULY, « L'usage personnel du crédit social et son abus », *Rev. sociétés* 1988, p. 1, spéc. n° 12, p. 12

990 V. *supra* n° 17

991 Y. CHAPUT, « L'influence de l'objet social sur les pouvoirs des représentants des sociétés autres que les sociétés par actions et les sociétés à responsabilité limitée », préc., spéc. n° 2, p. 304

992 Cass. com., 25 mai 1965, n° 60-13516, et 11 oct. 1965 : *Bull. civ.* 1965, n° 333 et n° 487 ; *Banque* 1966, p. 209, note MARIN : la Cour de cassation casse deux arrêts, ayant admis la nullité de suretés prises par le gérant d'une SARL, au motif qu'aucun des deux actes ne « *tendait à une modification des statuts de la société Nord Aciers en tant qu'ils définissaient l'objet social* »

993 R. HOUIN, « Réforme de la loi du 24 juillet. Harmonisation avec la directive de la C.E.E. du 9 mars 1968. Ordonnance n° 69-1176 du 20 décembre 1969 et décret n° 69-1177 du 24 décembre 1969 », *RTD com*. 1969, p. 999

994 Y. CHAPUT, « L'influence de l'objet social sur les pouvoirs des représentants des sociétés autres que les sociétés par actions et les sociétés à responsabilité limitée », préc., spéc. n° 1, p. 304

995 HOUIN R., « Les pouvoirs des dirigeants de sociétés anonymes et des sociétés à responsabilité limitée et la coordination des législations nationales dans la CEE », préc., spéc. p. 314

Une telle disparité par rapport à la limitation de pouvoir dans les autres formes sociales s'explique pour deux raisons[996]. D'une part, dans les sociétés concernées par la réforme de 1969, la limitation de responsabilité des associés réduit le risque qu'ils supportent en cas de dépassement de l'objet social. D'autre part, c'est dans ces sociétés que l'activité est souvent la plus complexe, et la plus étendue, et donc que les tiers ont le plus de difficulté à discerner ce qui rentre dans l'objet social de ce qui en est exclu.

C : L'INTERET SOCIAL OBJECTIF, NORME DE REFERENCE DU CONTROLE DES DIRIGEANTS

Nous étudierons d'abord la qualité d'organe des dirigeants de la société (1) car c'est cette qualification qui justifie que leur contrôle doit respecter l'intérêt social objectif (2).

1 : La distinction organe social, mandataire social

Les contrôlaires, dirigeants sociaux, sont tantôt qualifiés d'organes sociaux, tantôt désignés comme mandataires sociaux. Nous nous intéresserons à la notion d'organe social (a) puis à celle de mandataire social et nous constaterons que cette dernière qualification est inadéquate (b).

a : La notion d'organe social

128. La théorie de l'organe. La théorie de l'organe social est d'origine allemande[997]. Elle a été introduite dans la doctrine française grâce aux travaux de Michoud. Cet auteur a expliqué qu'elle se distingue de la représentation. Cette dernière implique un rapport juridique entre deux personnes, l'une agissant pour le compte de l'autre. L'organe, au contraire, permet à la personne morale d'agir elle-même. Il ne se distingue pas d'elle : « *il est une partie d'elle-même dont elle se sert comme la personne physique se sert de la bouche ou de la main ; car l'organisation juridique dont il est le produit appartient à l'essence de la personne morale* ». L'organe incarne la personne morale. Cette théorie explique pourquoi l'organe dispose d'un pouvoir de représentation plus étendu que celui du mandataire de droit commun. L'organe engage la personne morale non seulement pour les actes juridiques mais également pour les

---

996 NGUYEN XUAN CHANH, « Le sort des actes accomplis irrégulièrement au nom d'une société commerciale », *D.* 1978, chron. p. 69, spéc. n° 9 p.71

997 V. notamment GIERKE, *Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung*, Weidmann, 1887, p. 614, et *Deutsches Privatrecht*, Duncker & Humblot, 1905, p. 472 et 497

faits juridiques[998]. Cela permet de justifier la responsabilité délictuelle et quasi délictuelle de la personne morale, ainsi que sa responsabilité pénale distincte de celle de son représentant.

B : La notion de mandataire social

129. Critique de la théorie du mandat social. La théorie de l'organe social était une réponse aux difficultés rencontrées par les théoriciens du mandat social[999]. La principale critique que l'on pouvait opposer à cette théorie est relative au fondement contractuel de la représentation. La personne morale est physiquement bien incapable d'exprimer une quelconque volonté or « *le mandat implique un pouvoir donné par le mandant de s'occuper de son affaire* »[1000]. Le contrat de mandat est un contrat synallagmatique qui exige l'accord de volonté des parties[1001]. De plus, l'objet même du contrat de mandat est de représenter la volonté du mandant. La théorie du mandat social semble donc difficilement admissible au regard des conditions de validité du contrat lui-même. La doctrine s'est donc appuyée sur la notion de représentation légale pour fonder le pouvoir des dirigeants de société. Néanmoins, cette thèse n'est admissible qu'en adoptant la théorie de la fiction[1002]. Les dirigeants seraient les représentants légaux de la personne morale par volonté du législateur[1003]. A cette théorie, Michoud rétorqua que cette construction ne pouvait s'appliquer à l'Etat lui-même et lui préféra donc la notion d'organe social.

Un auteur a récemment remis au goût du jour la notion de mandat social. Monsieur Asensio, en se fondant sur le renouveau de la thèse contractualiste et en adoptant une vision utilitariste de la personnalité morale, a ainsi réaffirmé la nature contractuelle du mandat social. Selon lui, on peut « *admettre qu'il y a deux volontés qui peuvent donc donner naissance à un contrat de mandat : celle du dirigeant qui accepte une mission de représentant et celle des associés, les représentés, qui le nomment* »[1004].

Nous ne pouvons accueillir cette théorie, d'abord parce qu'elle remet en cause la vision institutionnelle de la société telle que nous l'avons adoptée précédemment[1005] et ensuite parce

---

998 MICHOUD, *La théorie de la personnalité morale et son application au droit français*, préc. spéc. n° 59 et s., p. 129 et s

999 MICHOUD, *La théorie de la personnalité morale et son application au droit français*, préc. spéc. n° 59, p. 130 - V. également PH. MERLE, *Droit commercial, Sociétés commerciales*, préc., spéc. n° 94 p. 128

1000 J. HUET, *Les principaux contrats spéciaux*, préc., spéc. n° 31107, p. 1069

1001 on parle parfois de contrat synallagmatique imparfait lorsque le mandat n'est pas contracté à titre onéreux : J. HUET, *Les principaux contrats spéciaux*, préc. spéc. n° 31103, p.1068

1002 MICHOUD, *La théorie de la personnalité morale et son application au droit français*, préc. spéc. n° 59, p. 130 – *Contra* : S. ASENCIO, « Le dirigeant de société, un mandataire « spécial » d'intérêt commun », préc., n° 10 p. 692

1003 MICHOUD, *La théorie de la personnalité morale et son application au droit français*, préc. spéc. n° 59, p. 130

1004 S. ASENCIO, « Le dirigeant de société, un mandataire « spécial » d'intérêt commun », préc., n° 20 et s. p. 700 et s.

1005 V. *supra* n° 117

qu'elle ne justifierait que la nature des fonctions des dirigeants de la société, et éventuellement de ses organes spécifiques de contrôle. Mais qu'en serait-il alors de l'assemblée générale ? Il est impossible d'admettre que celle-ci soit le fruit d'une rencontre de volonté entre les associés et eux-mêmes. Enfin, cela impliquerait que les mandataires sociaux représentent la volonté de ceux qui les ont désignés, autrement dit des associés. Or nous avons vu que la jurisprudence écarte fréquemment l'intérêt propre des associés pour faire prévaloir l'intérêt de la personne morale elle-même[1006].

2 : L'organe social, garant de l'intérêt social objectif

L'intérêt social objectif est inhérent à la personnalité morale. Les organes sociaux, contrôlaires ou contrôleurs, ne sont pas compétents pour le définir (a). Il constitue néanmoins la norme de référence du contrôle des dirigeants (b).

a : L'absence de pouvoir de définition de l'intérêt social

130. Une confusion doctrinale. Certains auteurs se sont interrogés sur l'organe social compétent pour définir l'intérêt social. Ainsi, pour Monsieur Merle, selon que l'on adopte la théorie contractuelle ou institutionnelle, ce pouvoir relève soit de l'assemblée générale, soit des dirigeants[1007]. Monsieur Schmidt est plus tranché. Selon lui « *il appartient aux majoritaires, et aux dirigeants qu'ils ont mis en place, de définir l'intérêt au vu duquel la société est gouvernée* »[1008]. Madame Schiller s'est posé la même question. Pour elle, les dirigeants et le conseil d'administration sont « *les seuls détenteurs réels et légitimes du pouvoir. Il semble donc plus naturel de leur confier la mission de déterminer l'intérêt social de la société* »[1009]. L'attribution d'un tel pouvoir à l'un ou l'autre de ces organes dépendra de la structure de l'actionnariat[1010]. Enfin, pour Monsieur Didier, le pouvoir de définition de l'intérêt social repose plus généralement sur le représentant et fonde l'imputabilité de l'acte au représenté : « *la représentation recouvre des situations où une personne se voit imputer les actes d'une autre parce que cette dernière a défini ce qu'était l'intérêt de la première. La personne est représentée parce que l'acte qu'on veut lui imputer est présumé conforme à son*

1006 V. *supra* n° 107 et s.

1007 PH. MERLE, *Droit commercial, Sociétés commerciales*, préc., spéc. n° 52-1, p. 83

1008 D. SCHMIDT, « Les actionnaires minoritaires, un combat légitime ? », préc., spéc. p. 59

1009 S. SCHILLER, *Les limites de la liberté contractuelle en droit des sociétés ; Les connexions radicales*, LGDJ 2002, spéc. n° 255, p.127

1010 selon que la société est du type « managérial », familial ou contrôlé : S. SCHILLER, *Les limites de la liberté contractuelle en droit des sociétés ; Les connexions radicales*, préc., spéc. n° 256 et s., p. 127 et s.

intérêt »[1011]. On notera toutefois l'usage par cet auteur de la notion de « présomption », ce qui dénote bien l'absence de certitude sur la réalité de l'intérêt ainsi défini. Il ne s'agit que d'une « *supposition de départ* », une « *vérité admise jusqu'à preuve du contraire à la charge de celui qui la conteste* »[1012].

On peut se demander si ces analyses ne révèlent pas une confusion entre risque social et intérêt social. Les dirigeants de la société, quels qu'ils soient, ne disposent pas du pouvoir de définir l'intérêt social objectif. Cet intérêt étant celui de la personne morale elle-même, il est inhérent à la société. Il ne s'agit pas de le définir mais uniquement de tenter de l'apprécier. La société étant bien incapable d'exprimer elle-même sa volonté, et donc son intérêt, les dirigeants qui la représentent ne sont pas tenus de l'exprimer à sa place mais de l'identifier. Cet intérêt constituera ensuite pour eux la norme de référence à l'exercice de leur contrôle. On peut faire le parallèle avec la représentation de l'enfant par ses parents : l'enfant a un intérêt propre, indiscutablement distinct de celui de ses parents. Ces derniers n'ont pas le pouvoir de définir cet intérêt mais uniquement de l'apprécier au mieux. On peut ajouter que les contrôlaires et les contrôleurs, nous le verrons, engagent leur responsabilité en cas d'atteinte à l'intérêt social. Cela implique nécessairement que cet intérêt ne dépend pas de leur propre volonté, sinon, leurs décisions ne seraient jamais fautives.

b : L'intérêt social objectif, norme de définition du risque social

131. L'intérêt social objectif, finalité de l'action directoriale. Le contrôle est la recherche de l'adéquation entre le risque social et l'intérêt social. Le risque social est défini par les dirigeants mais leur mission de contrôle nécessite une norme de référence pour encadrer ce pouvoir : l'intérêt social. Le risque social tel qu'il est défini par les dirigeants doit viser à l'accomplissement de cet intérêt social[1013]. Comme le relèvent Monsieur Viandier, Madame Deboissy et Cozian : « *l'intérêt social est un standard, un guide qui impose d'agir dans le respect des éléments fondamentaux de la société. C'est un impératif de conduite, une règle déontologique, en clair la boussole qui indique la marche à suivre* »[1014].

En qualité d'organe de la société, les dirigeants sont partie intégrante de la personne morale. Leur action ne peut donc conduire qu'à la réalisation de l'intérêt social objectif. Il n'est pas question pour les dirigeants de détourner l'action sociale à leur profit. Un tel acte

---

1011 PH. DIDIER, *De la représentation en droit privé*, préc. spéc. n° 179 p. 128
1012 V° « présomption », *in* CORNU G., ASSOCIATION HENRI CAPITANT, *Vocabulaire juridique*, préc., spéc. p. 789
1013 *Rép. civ. Dalloz*, V° *Personne morale*, par G. WICKER, spéc. n° 31
1014 M. COZIAN, A. VIANDIER et F. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, préc., n° 386, p. 221

serait sanctionné pénalement sur le fondement de l'abus des biens, du pouvoir ou des voix de la société[1015]. Les décisions prises doivent l'être dans l'intérêt de la société elle-même.

Le nombre de dispositions légales censées prévenir ou résoudre les éventuels conflits d'intérêts entre la société et ses dirigeants démontre le bien-fondé de cette analyse[1016]. En effet, il ne saurait y avoir de conflit d'intérêts si le dirigeant était également chargé de définir l'intérêt social. Si l'on veut préserver la société, c'est bien parce qu'il existe un intérêt préexistant auquel le dirigeant doit se conformer. Il ne doit pas faire prévaloir son propre intérêt sur celui de la société.

132. L'intérêt social, cadre de l'action directoriale. Pour Monsieur Viandier, Madame Deboissy et Cozian, ainsi que pour Monsieur Wicker, l'intérêt social constitue même une limite au pouvoir des dirigeants[1017]. Un tel acte qui méconnaitrait l'intérêt social serait constitutif d'un abus de pouvoir sanctionné par la nullité absolue[1018]. Néanmoins, pour ces auteurs, une telle nullité ne pourrait pas être prononcée si le cocontractant, de bonne foi, ignorait ce dépassement[1019]. Un arrêt de la Cour de cassation du 13 novembre 2007 va dans ce sens en énonçant qu'« *en raison de cette contrariété à l'intérêt social, le cautionnement de l'une des sociétés du groupe au profit de l'autre n'était pas valable* »[1020]. Néanmoins, l'action en dehors de l'intérêt social ne devrait pas être sanctionnée par la nullité absolue en raison du risque majeur d'atteinte à la sécurité juridique et au droit des tiers, au moins dans les sociétés à responsabilité limitée. En effet, si dans ces dernières le dépassement de l'objet social est inopposable aux tiers de bonne foi, alors qu'il est publié, comment justifier que l'atteinte à l'intérêt social entraine une telle nullité ?

A l'inverse, l'intérêt social permet de justifier certains actes des dirigeants qui pourraient être contestés au regard de l'objet social. Il en est ainsi essentiellement pour les cautionnements consentis par la société au profit d'un tiers. Cet acte fait l'objet d'une autorisation systématique dans les sociétés anonymes[1021]. Dans ces dernières, ainsi que dans

---

1015 V. *supra* n° 112

1016 V. par exemple pour les conventions réglementées *supra* n° 77

1017 M. COZIAN, A. VIANDIER et F. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, préc., n° 279, p. 163 - *Rép. civ. Dalloz*, V° *Personne morale*, par G. WICKER, spéc. n° 31, p. 7 – *Contra* : M. DAGOT et CH. MOULY, « L'usage personnel du crédit social et son abus », préc. - F. LEJEUNE, « Cautionnement des SCI : le faux critère de l'intérêt social », *Dr. et patrimoine* juin 1996, p. 56 – V. également *Lamy sociétés commerciale* 2012, préc., spéc. n° 672, qui écarte la nullité en cas de « *simple contrariété à l'intérêt social* »

1018 *Rép. civ. Dalloz*, V° *Personne morale*, par G. WICKER, spéc. n° 31, p. 7

1019 M. COZIAN, A. VIANDIER et F. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, préc., n° 279, p. 163

1020 Cass. com., 13 nov. 2007, n° 06-15826 ; *RD bancaire et fin.* 2008, p. 40, note A. CERLES ; *RTD com.* 2008, p. 167, note D. LEGEAIS ; *Dr. sociétés* 2008, comm. 32, note H. HOVASSE ; *JCP E* 2008, 1280, n° 3, note J.-J. CAUSSAIN, FL. DEBOISSY et G. WICKER

1021 articles L. 225-35 et L. 225-68 du Code de commerce

les SARL et les SCA, il est même interdit au profit des dirigeants et des associés[1022]. Gaël Piette s'est livré à une intéressante étude sur le lien entre cautionnement et intérêt social[1023]. Il relève ainsi que, selon une jurisprudence constante[1024], « *le cautionnement donné par une société est valable même s'il n'entre pas directement dans l'objet social, dès lors qu'il existe une communauté d'intérêts entre la société et le débiteur cautionné* »[1025]. La jurisprudence relative à la validité des cautionnements donnés par la société est d'ailleurs encore un argument en faveur de la distinction entre intérêt social et intérêt des associés[1026]. En effet, deux arrêts de la Cour de cassation ont validité de telles sûretés passées en contrariété avec l'objet social mais approuvé à l'unanimité par les associés[1027]. Or dans ces deux arrêts, la Cour a également vérifié l'absence de contrariété à l'intérêt social, démontrant bien l'obligation de respecter deux conditions cumulatives : le respect de l'intérêt commun des associés et le respect de l'intérêt social[1028].

1022 articles L. 223-21 du Code de commerce dans la SARL, L. 226-10 dans la SCA et L. 225-43 et L. 225-91 dans la SA

1023 G. PIETTE, « Cautionnement et intérêt social ; Les implications réciproques », *JCP G* 2004, I, 142

1024 V. par exemple : Cass. 1re civ., 15 mars 1988, n° 85-18312 : *Bull. civ*. 1988, n° 75 ; *D*. 1988, somm. p. 273, note L. AYNES ; *Rev. sociétés* 1988, p. 415, note Y. GUYON : « *Mais attendu qu'après avoir retenu que M. Gérard X... était, en qualité d'administrateur unique et statutaire, investi des pouvoirs les plus étendus, puisqu'il était habilité notamment à vendre ou à hypothéquer les immeubles sociaux, sous la réserve que ces opérations ne modifient en rien le caractère civil de la société, la cour d'appel, par une interprétation nécessaire des statuts, exclusive de la dénaturation alléguée, a estimé que le cautionnement souscrit se rattachait indirectement à l'objet social de la société civile immobilière en raison de la communauté d'intérêts unissant cette société à la société débitrice principale* » - Cass. 1re civ., 1er févr. 2000, n° 97-17827 : *Bull. civ.* 2000, n° 34 ; *JCP E* 2000, 490, note p. BOUTEILLER ; *D.* 2000, somm. p. 479, note J.-C. HALLOUIN ; *Dr. sociétés* 2000, comm. 50, note TH. BONNEAU ; *Rev. sociétés* 2000, p. 301, note Y. GUYON ; *Bull. Joly Sociétés* 2000, p. 502 - Cass. com., 3 déc. 2003, n° 02-11163 : *Bull. Joly Sociétés* 2004, p. 358, note J.-F. BARBIERI - Cass. 1re civ., 8 nov. 2007, n° 04-17893 : *Bull. civ.* 2007, n° 345 ; *Dr. sociétés* 2008, comm. 26, note R. MORTIER : *RTD com.* 2008, p. 141, note M.-H. MONSERIE-BON et p. 167 note D. LEGEAIS ; *Banque et droit* 2008, n° 117, p. 56 note M. STORCK ; *RD bancaire et fin.* 2008, étude 1, note A. CERLES ; *RJDA* 2008, n° 137 - Cass. com., 13 déc. 2011, n° 10-26968 : *JCP E* 2011, 1047

1025 G. PIETTE, « Cautionnement et intérêt social ; Les implications réciproques », préc., spéc. n° 8 – V. également J.-P. GARÇON, « La validation atypique du cautionnement hypothécaire non directement conforme à l'objet social », *JCP N* 2000, p. 1404 – J.-F. CARRE et S. BOL, « Cautionnement consenti par une société : les critères de communauté d'intérêts et d'intérêt social », *JCP E* 2012, 1087

1026 G. PIETTE, « Cautionnement et intérêt social ; Les implications réciproques », préc., spéc. n° 22 et s.

1027 Cass. com. 18 mars 2003, n° 00-20041 : *Bull. civ*. 2003, n° 46 ; *Banque et droit* 2003, n° 89, p. 49, note M. STORCK ; *Bull. Joly Sociétés* 2003, p. 643, note J.-F. BARBIERI ; *Dr. sociétés* 2003, comm. 110, note J. MONNET ; *RTD com.* 2003, p. 738, note C. CHAMPAUD et D. DANET ; *RDC* 2003, p. 161, note F.-X. LUCAS ; *JCP G* 2003, IV, 1896 ; *Rev. sociétés* 2004, p. 104, note D. RANDOUX : « *Attendu que pour rejeter les créances déclarées par la banque concernant les prêts consentis à M. X... et à Mlle Y..., l'arrêt retient que la dette garantie ne correspond pas à une dette sociale mais à une dette personnelle des associés et que cette garantie, bien qu'ayant été concédée par la société avec l'accord unanime de tous les associés, ne constitue pas un acte entrant dans l'objet social et n'est pas susceptible d'avoir engagé la société dans ses rapports avec les tiers ; Attendu qu'en statuant ainsi, alors que l'arrêt constate que les cautionnements en cause avaient été donnés avec l'accord unanime de tous les associés lors d'une assemblée générale extraordinaire et dès lors qu'il n'était pas allégué que ces garanties étaient contraires à l'intérêt social, la cour d'appel n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatation* » - Cass. com. 28 mars 2000, n° 96-19260 : *Bull. civ.* 2000, n° 69 ; *Bull. Joly Sociétés* 2000, p. 501 ; *Rev. sociétés* 2000, p. 535, note Y. GUYON ; *JCP E* 2001, p. 135, note S. FERRIES

1028 *Contra :* P. SCHULTZ, « L'associé cautionné par sa société et l'intérêt social », *in Etudes offertes au doyen Philippe Simler*, Litec 2006, p. 429, spéc. p. 437 et s.

PARAGRAPHE 2 : L'APPRECIATION DU RISQUE SOCIAL, CRITERE DE QUALIFICATION DE LA MISSION DU CONTROLEUR

Les dirigeants sont tenus d'agir dans le respect de l'intérêt social objectif. Ce dernier constitue donc naturellement la norme de référence pour l'exercice du contrôle des organes spécifiques de contrôle de la société (A). La question est néanmoins plus complexe s'agissant du contrôle de l'assemblée générale en raison de l'origine contractuelle du pouvoir des associés (B). Enfin, nous verrons que le contrôle-surveillance est nécessairement finalisé. Le contrôleur, à l'issu de l'exercice de son pouvoir est soit tenu d'en rendre-compte, soit autorisé à sanctionner le contrôlaire défaillant (C).

A : L'INTERET SOCIAL OBJECTIF, NORME DU CONTROLE-SURVEILLANCE DES ORGANES SOCIAUX SPECIFIQUES

La qualification d'organes des institutions sociales chargées du contrôle de la société est importante (1). Tout comme pour les dirigeants, elle conditionne la norme de référence de leur contrôle (2)

1 : La notion d'organe de contrôle

133. La qualification d'organe social du conseil d'administration et du conseil de surveillance. La qualité d'organe social[1029] du conseil d'administration ne fait aucun doute. Nous avons démontré que son statut de dirigeant de la société lui conférait cette qualité[1030]. Il ne semble pas y avoir de raison de lui contester ce statut dans le cadre de sa mission de contrôle. Il en va de même pour le conseil de surveillance dont nous avons vu que son rôle était orienté au profit de l'intérêt de la société elle-même et non de celui des associés[1031]. La doctrine elle-même qualifie ces deux institutions sociales d'organes de la société[1032]. Il reste néanmoins quelques traces du caractère contractuel de la société dans les formes de

---

1029 sur la notion d'organe social, V. *supra* n° 128

1030 V. *supra* n° 131

1031 V. *supra* n° 68

1032 V. par ex. G. RIPERT et R. ROBLOT, par M. GERMAIN et V. MAGNIER, *Traité de droit de affaires*, t. 2, *Les sociétés commerciales*, préc., spéc. n° 1704 p. 528 - PH. MERLE, *Droit commercial, Sociétés commerciales*, préc., spéc. n° 371 p. 424 - D. VIDAL, *Droit des sociétés*, préc., spéc. n° 952 p. 518 - COZIAN M., VIANDIER A. et DEBOISSY F., *Droit des sociétés*, préc., spéc. n° 268 p. 155, qui critiquent la trop grande importance donnée au caractère institutionnel de la société et maintiennent la qualification de « mandat » social. Néanmoins, ces auteurs utilisent ensuite fréquemment le terme d'organe pour désigner les dirigeants de la société (V. par ex. n° 275 p. 161, n° 569 p. 316, n° 940 p. 490, n° 1055 p. 540 …)

nomination et de révocation de ces organes sociaux qui relèvent de la compétence de la collectivité des associés[1033].

134. La qualité d'organe social du commissaire aux comptes. La qualité d'organe social du commissaire aux comptes mit du temps à s'imposer. Dans la Loi de 1867, il est expressément qualifié de mandataire. L'article 43 de cette loi disposait que « *l'étendue et les effets de la responsabilité des commissaires envers la société sont déterminés d'après les règles générales du mandat* ». La réforme de 1935 maintint cette qualification[1034] mais la doctrine commençait à douter[1035]. Il était difficilement soutenable que le commissaire fût un mandataire car le contrat de mandat impose la réalisation d'acte juridique pour autrui alors que le contrôle légal impose la réalisation d'actes matériels[1036]. Certains auteurs proposèrent alors de requalifier le lien entre le commissaire aux comptes et les associés en contrat de louage d'ouvrage[1037]. La Loi de 1966 a mis fin à l'hésitation en organisant légalement la mission du commissaire aux comptes et les liens qui l'unissent aux associés[1038], et en renforçant son indépendance[1039]. La Loi de 1984 n'a fait que confirmer le caractère institutionnel de la fonction de commissaire aux comptes en permettant aux salariés, au ministère public et à l'AMF d'obtenir sa récusation ou sa révocation[1040]. La nécessité d'une décision judiciaire pour obtenir sa révocation va dans le même sens. Il ne fait plus aucun doute, le commissaire aux comptes est bien un organe social[1041].

1033 D. VIDAL, *Droit des sociétés*, préc., spéc. n° 951 p. 517

1034 J. HILAIRE, « La formation du commissariat aux comptes ; de la surveillance par les actionnaires à la certification », préc., spéc. n° 39 p. 38

1035 J. LISBONNE, *Les commissaires de surveillance dans les sociétés anonymes*, thèse Paris 1936, spéc. n° 23 et s., p. 18 et s. - R. MASSON, *Les commissaires aux comptes des sociétés anonymes*, thèse Paris 1936, n° 31 et s., p. 17 et s. - J.-M. DELATTRE, *Le statut des commissaires de surveillance dans les sociétés anonymes*, thèse Paris 1936, spéc. n° 14 et s., p. 29 et s.

1036 J. HAMEL et G. LAGARDE, *Traité de droit commercial*, t. 1, Dalloz 1954, spéc. n° 673 p. 803

1037 GRANGER R., *La nature juridique des rapports entre actionnaires et commissaires chargés du contrôle dans les sociétés par actions*, préc., spéc. p. 63 - J. HAMEL et G. LAGARDE, *Traité de droit commercial*, t. 1, préc., n° 673 p. 804

1038 Y. GUYON et G. COQUEREAU, *Le commissariat aux comptes - aspects juridique et technique*, Librairies Techniques 1971, spéc. n° 4 p. 11 - Y. GUYON, *Droit des affaires*, t. I, *Droit commercial général et sociétés*, préc., spéc. n° 360, p. 391

1039 VIANDIER A., « L'évolution du commissariat aux comptes », préc., spéc. n° 12, p. 330 - VIDAL D., « Libre propos sur l'indépendance des commissaires aux comptes après la Loi de sécurité financière », *in Mélanges en l'honneur de Dominique Schmidt - Liber amicorum*, Joly Edition 2005, p. 475

1040 Y. GUYON, *Droit des affaires*, t. I, *Droit commercial général et sociétés*, préc., spéc. n° 360, p. 391

1041 VIANDIER A., « L'évolution du commissariat aux comptes », préc., spéc. n° 12, p. 330 - R. CONTIN, *Le contrôle de la gestion des sociétés anonymes*, préc., spéc. n° 232 p. 162 - Y. GUYON, *Droit des affaires*, t. I, *Droit commercial général et sociétés*, préc., spéc. n° 360, p. 391 - D. VIDAL, *Le commissaire aux comptes dans la société anonyme*, préc., spéc. n° 4 p. 15 - PH. MERLE, *Droit commercial, Sociétés commerciales*, préc., spéc. n° 500 p. 601

2 : L'intérêt social objectif, fondement du contrôle-surveillance organique

135. Le risque social, objet du contrôle-surveillance. Les organes spécifiques de contrôle de la société (conseil d'administration[1042], conseil de surveillance et commissaires aux comptes) n'ont pas pour mission de définir le risque social[1043]. Ils sont par contre tenus de contrôler ce dernier. En effet, le conseil d'administration « *procède aux contrôles et vérifications qu'il juge opportuns* »[1044] tandis que le conseil de surveillance « *exerce le contrôle permanent de la gestion de la société par le directoire* »[1045]. Ils sont donc tenus de contrôler les actes de la direction générale de la société, autrement dit le risque social tel qu'il est défini par les dirigeants[1046]. Enfin, le commissaire aux comptes certifie la sincérité et la fidélité des documents comptables[1047]. Or la comptabilité de la société n'est que la traduction du risque social. En effet, « *la sincérité, critère du contrôle légal des comptes, est la qualité d'une information comptable qui indique de façon claire dans quels termes le risque social est défini par les dirigeants* », tandis que « *l'image fidèle aboutit à la connaissance du risque social, la meilleure que celui qui le détermine est en mesure de percevoir* »[1048]. L'objet de la mission des organes spécifiques de contrôle de la société est donc bien le risque social.

136. L'intérêt social objectif, critère du contrôle-surveillance. Leur qualité d'organe social leur impose d'opérer ce contrôle en se référant à l'intérêt social objectif. On retrouve cette exigence en matière d'autorisation des conventions réglementées. Cette procédure a pour objet la prévention des conflits d'intérêts entre les dirigeants, ou les associés, et la société[1049]. Elle fait intervenir le conseil d'administration ou le conseil de surveillance. Or la jurisprudence fait référence à l'intérêt de la société elle-même pour annuler ou non une convention passée en l'absence de cette autorisation[1050]. C'est donc au regard de l'intérêt

---

1042 lorsqu'il exerce sa mission de surveillance de la direction générale

1043 à l'exception du conseil d'administration dans le cadre de son pouvoir de direction

1044 article L. 225-35 al. 3 du Code de commerce – V. *supra* n° 61 et s.

1045 article L. 225-68 al. 1er du Code de commerce – V. *supra* n° 65 et s.

1046 V. *supra* n° 124 et s.

1047 articles L. 823-9 et L. 823-10 du Code de commerce – V. *supra* n° 85 et s.

1048 D. VIDAL, *Le commissaire aux comptes dans la société anonyme*, préc., spéc. n° 94 p. 89 et n° 96 p. 92

1049 D. SCHMIDT, *Les conflits d'intérêts dans la société anonyme*, préc., spéc. °100 et s., p. 110 et s. - P.-F. CUIF, « Le conflit d'intérêts ; Essai sur la détermination d'un principe juridique en droit privé », *RTD com*. 2005, p. 1, spéc. n° 22 p. 9 - B. RAYNAUD, « La prévention des conflits d'intérêts dans les sociétés par actions », *préc.*

1050 Cass. com. 3 juin 2008, n° 07-12307 : *Bull. Joly Sociétés* 2009, p. 124, note L. GODON : « *Mais attendu qu'en relevant que le contrat litigieux ne pouvait être considéré comme portant sur une opération courante, dès lors, d'un côté, qu'il instituait un avantage au profit de certains mandataires, dans leur intérêt personnel direct ou indirect, en les faisant bénéficier de prestations étrangères à l'intérêt de la société Axa Re et, de l'autre, qu'il avait nécessairement des conséquences dommageables pour cette dernière, dans la mesure où il lui faisait supporter une charge financière non négligeable, sans aucune contrepartie pour elle, la cour d'appel en a déduit à bon droit que, faute d'avoir fait l'objet d'une autorisation du conseil d'administration, ce contrat était nul* » - Cass. com. 7 juill. 2004, n° 01-15677 : *Dr. et patrimoine* mars 2005, p. 99, note D. PORACCHIA - Cass. com. 8 mars 2005, n° 02-10619 : inédit

social objectif que le conseil d'administration ou le conseil de surveillance doivent apprécier la convention en cause avant de l'autoriser.

De même, en cas de carence dans leur mission de surveillance de la société, les associés, le comité d'entreprise, le ministère public ou l'AMF peuvent demander en justice la nomination d'un expert de gestion. Or pour apprécier cette demande, c'est également sur l'atteinte à l'intérêt de la société elle-même que va se fonder le juge[1051]. La mission du tiers chargé de suppléer aux organes de surveillance de la société est justifiée par l'atteinte à l'intérêt social objectif ce qui confirme que la finalité du contrôle de ces organes est bien la protection de l'intérêt de la société.

En est-il de même pour le commissaire aux comptes ? Avant la Loi de 1966, pour certains auteurs, le contrôle légal des comptes ne consistait qu'à s'assurer de la légalité de la présentation comptable du risque social[1052]. Le commissaire aux comptes n'était donc pas tenu de « *rechercher si la gestion est conforme aux intérêts de la société* »[1053]. La multiplication des missions du commissaire aux comptes oblige à réviser cette conception. Ce dernier ne peut plus se contenter d'une vérification « mathématique » de la comptabilité. Il est également tenu de porter une appréciation sur la gestion des dirigeants[1054]. Les exemples sont multiples. On peut citer entre autres l'obligation d'apprécier la situation financière de la société afin de s'assurer de la sincérité des comptes sociaux[1055], ou de déclencher une procédure d'alerte[1056], ou encore la rédaction d'un rapport spécial sur les conventions réglementées à destination des associés[1057]. En principe, en vertu du principe de non-immixtion, le commissaire ne peut intervenir dans la gestion de la société[1058]. Néanmoins, comme le relève Du Pontavice, « *contrairement aux conseils dans la conduite des affaires sociales, qui peuvent entraîner une perte d'indépendance, la critique des affaires sociales ne rencontre pas de façon absolue le principe de non-immixtion ; il peut donc, à l'épreuve des faits, subir une certaine érosion* »[1059]. Monsieur Vidal justifie cette incursion du contrôleur légal dans la gestion des dirigeants en procédant à une distinction entre « *gestion*

1051 V. *supra* n° 110

1052 Y. DJIAN, *Le contrôle de la direction des sociétés anonymes dans les pays du marché commun*, préc., spéc. n° 258 p. 128

1053 A. TAMBOISE, *Des moyens juridiques pour assurer la stabilité du contrôle dans les sociétés anonymes ou la défense des sociétés anonymes contre les immixtions étrangères indésirables*, préc.

1054 R. CONTIN, *Le contrôle de la gestion des sociétés anonymes*, préc., spéc. n° 310 et s. p. 213 et s. - N. DHAINAUT-FAKIROFF, *Les prérogatives du commissaire aux comptes*, préc., spéc. n° 443 et s. p. 221 et s.

1055 V. *supra* n° 85

1056 V. *supra* n° 95

1057 V. *supra* n° 91

1058 article L. 823-10 du Code de commerce

1059 E. DU PONTAVICE, « Le principe de non-immixtion des commissaires aux comptes dans la gestion à l'épreuve des faits », préc., spéc. p. 612

déterminante » et « *gestion appliquée* ». « *La gestion déterminante, c'est la définition de la politique sociale ; la gestion appliquée, c'est sa mise en œuvre* »[1060]. L'appréciation du commissaire aux comptes ne peut porter que sur la « *gestion déterminante* » et ne doit pas concerner « *la gestion appliquée* ». L'auteur remarque alors que la loi elle-même confie souvent au commissaire aux comptes une mission particulière de contrôle des actes relevant de la gestion déterminante (notamment les modifications statutaires)[1061]. L'appréciation de la gestion des dirigeants et, bien au-delà, l'ensemble de la mission du commissaire aux comptes, participent « *à la pérennité de l'entreprise* »[1062]. Ainsi, comme le remarquait le Doyen Percerou au sujet du contrôle de gestion : « *ses diverses procédures ne peuvent plus être regardées comme constituant uniquement des modes de garantie de la sauvegarde des intérêts des associés mais doivent être considérés également, et peut-être surtout comme destinées à assurer le respect des intérêts propres de la personne morale société, pour elle-même, c'est-à-dire en vue du maintien de la fonction économique qu'elle représente* »[1063]. Néanmoins, il reste dans notre législation des traces du caractère contractuel initial du commissariat aux comptes. Le contrôleur légal des comptes est notamment tenu de s'assurer de l'égalité entre associés[1064]. Cette mission spéciale ne remet pas pour autant en cause le fondement institutionnel des prérogatives du commissaire aux comptes. Elle n'est qu'une preuve supplémentaire du caractère mixte de la société[1065].

La mission des organes spécifiques de contrôle de la société consiste donc bien à la vérification de l'adéquation du risque social, tel qu'il est défini par les dirigeants, avec l'intérêt social objectif.

B : L'ASSEMBLEE GENERALE ET LA DUALITE DE L'INTERET SOCIAL

La nature mixte de la nature de la société se traduit essentiellement par la nature mixte de l'assemblée générale. On ne peut nier l'origine contractuelle de la société. Les associés sont donc à la fois des cocontractants et, une fois réunis en assemblée générale, un organe de la société (1). Dès lors, ils se doivent d'exercer leur contrôle dans leur intérêt propre mais dans la limite de l'intérêt social objectif (2).

1060 D. VIDAL, *Le commissaire aux comptes dans la société anonyme*, préc., spéc. n° 188 p. 161
1061 D. VIDAL, *Le commissaire aux comptes dans la société anonyme*, préc., spéc. n° 189 p. 162 et n° 191 p. 163
1062 DHAINAUT-FAKIROFF, *Les prérogatives du commissaire aux comptes*, préc., spéc. n° 422 p. 210
1063 cité par R. CONTIN, *Le contrôle de la gestion des sociétés anonymes*, préc., spéc. n° 25, p. 30
1064 L'article L. 823-11 du Code de commerce
1065 V. *supra* n° 117

1 : La double qualité des associés

137. Les associés : cocontractants et organe. A l'origine de la société, personne morale, se trouve un contrat. Les règles du droit commun des obligations ont d'ailleurs vocation à s'appliquer[1066]. Néanmoins, certains caractères de ce contrat ont soulevé des difficultés, notamment l'absence d'intérêts antagonistes, les associés contractent dans un but commun, et l'application du principe majoritaire qui remet en cause le consentement des associés. Certains auteurs ont donc préféré y voir un « *acte unilatéral collectif* »[1067] ou l'ont qualifié de contrat-organisation[1068] ou de contrat spécial[1069]. Cette origine contractuelle de la société fonde le pouvoir de contrôle des associés[1070]. En tant que cocontractants, ils ont le droit de veiller au respect de leurs intérêts et principalement à la cause de leur contrat : la réalisation d'un bénéfice ou d'une économie[1071].

La société n'est pas un simple contrat. L'accord de volonté des associés donne naissance à une personne morale. Le caractère institutionnel de la société fait de la collectivité des associés un organe social à part entière : l'assemblée générale[1072]. Dès lors, les associés se trouvent dans l'obligation de respecter l'individualité de la personne qu'ils ont créée. Leur contrôle doit s'exercer dans le double intérêt de la collectivité des associés et de la société[1073].

2 : Le double contrôle des associés

138. La subsidiarité de l'intérêt commun des associés. La loi elle-même tend à assurer le respect des intérêts propres des associés. Elle énonce notamment que la société est constituée « *dans l'intérêt commun des associés* »[1074]. Certaines formalités sont instituées afin de permettre aux associés de contrôler le respect de leur intérêt. Il en est ainsi de l'obligation de l'unanimité pour augmenter leurs engagements[1075], du droit préférentiel de souscription[1076] ou

---

1066 PH. MERLE, *Droit commercial, Sociétés commerciales*, préc., spéc. n° 45 et s., p. 76 et s.

1067 J. FLOUR et J.-L. AUBERT, par E. SAVAUX, *Les obligations*, t. 1, *L'acte juridique*, Sirey 14e éd. 2010, spéc. n° 507 p. 476 - G. MARTY et P. RAYNAUD, *Traité de droit civil, Les obligations*, Sirey 2e éd. 1988, spéc. n° 369 p. 380 - BERTREL J.-P., « Le débat sur la nature de la société », préc., spéc. p. 133 – V. plus généralement sur cette notion : G. ROUJOU DE BOUBEE, *Essai sur l'acte juridique collectif*, LGDJ, 1961

1068 P. DIDIER, « Le consentement sans l'échange : contrat de société », *RJ com*. n° spéc. nov. 1995, p. 74 ; et du même auteur, « Brèves notes sur le contrat organisation », préc.

1069 R. LIBCHABER,« La société, contrat spécial », préc.

1070 V. *supra* n° 51

1071 R. LIBCHABER,« La société, contrat spécial », préc., spéc. n° 3 p. 284

1072 L. GODON, *Les obligations des associés*, Economica 1999, spéc. n° 5 p. 6

1073 V. sur la difficile qualification des résolutions de l'assemblée en raison de la nature mixte de la société : p. MOUSSERON, « A propos des résolutions d'associés », *in Mélanges Christian Mouly*, vol. II, Litec 1998, p. 223

1074 article 1833 du Code civil

1075 article 1836 al. 2 du Code civil

1076 article L. 225-132 du Code de commerce

encore de la prohibition des clauses léonines[1077]. Mais le respect de l'intérêt commun des associés n'est que subsidiaire.

139. La prépondérance de l'intérêt social objectif. Le contrôle de la société par les associés se cristallise dans leur droit de vote[1078]. La sanction de l'abus de ce droit constitue une illustration flagrante de l'encadrement de l'intérêt social subjectif des associés par l'intérêt social objectif[1079]. En effet, malgré le principe de liberté du vote, l'usage de ce droit en assemblée générale peut constituer un abus dès lors que sont constatées une rupture d'égalité entre associés et une atteinte à l'intérêt de la société elle-même[1080]. Autrement dit, l'intérêt de chaque associé fait bien l'objet d'une protection particulière de la loi et de la jurisprudence mais celle-ci est également conditionnée par le risque qui pèse sur l'intérêt social objectif[1081]. L'intérêt social constitue alors une « *limite des comportements sociétaires acceptables* »[1082].

Malgré une forte opposition de la doctrine[1083], on doit même admettre que l'intérêt social objectif constitue une limite au pouvoir des associés en dehors de tout abus du droit de vote. La jurisprudence est divisée. Un certain nombre d'arrêts énonce que « *le cautionnement donné par une société n'est valable que s'il entre directement dans son objet social ou s'il existe une communauté d'intérêts entre cette société et la personne cautionnée ou encore s'il résulte du consentement unanime des associés* »[1084]. Ce qui semblerait confirmer que l'unanimité des associés peut passer outre la limite de l'intérêt social objectif. Néanmoins, plusieurs autres arrêts font référence à l'absence d'atteinte à l'intérêt social pour refuser l'annulation de décisions prises à l'unanimité, ce qui signifie *a contrario* qu'une telle nullité pourrait être prononcée en cas de divergence entre les intérêts des associés et ceux de la société au détriment de cette dernière[1085]. De même, en matière de droit pénal, l'assentiment

---

1077 article 1844-1 al. 2 du Code civil

1078 V. *supra* n° 35

1079 *Contra :* D. SCHMIDT, *Les conflits d'intérêts dans la société anonyme*, préc., spéc. n° 318 et s. p.313 et s., pour qui l'intérêt social se confond avec l'intérêt commun des associés et la référence à ces deux intérêts par la jurisprudence dans le cadre de l'abus de majorité ne vient que rappeler que la prétention des minoritaires ne doit pas elle aussi être guidée par un intérêt égoïste

1080 V. *supra* n° 109

1081 A. CONSTANTIN, « La tyrannie des faibles : De l'abus de minorité en droit des sociétés », *in Mélanges en l'honneur de Yves Guyon - Aspects actuels du droit des affaires*, Dalloz 2003, p. 213, spéc. n° 7 et s. p. 120 et s.

1082 A. COURET, « L'intérêt social », préc., spéc. n° 10 et s.

1083 V. par ex. M. CABRILLAC, CH. MOULY, S. CABRILLAC et PH. PETEL, *Droit des suretés*, Litec 9e éd. 2010, spéc. n° 138 p. 106 - G. VIDALENC, « Société en nom collectif et société civile. Cession de parts. Garanties sur actifs sociaux », *JCP N* 1995, p. 375 - F. LEJEUNE, « Cautionnement des SCI : le faux critère de l'intérêt social », préc.,

1084 Cass. 1re civ., 8 nov. 2007, n° 04-17893 : préc. note 1024

1085 Cass. com. 18 mars 2003, n° 00-20041 : préc. note 1027 *: « en statuant ainsi, alors que l'arrêt constate que les cautionnements en cause avaient été donnés avec l'accord unanime de tous les associés lors d'une assemblée générale extraordinaire et dès lors qu'il n'était pas allégué que ces garanties étaient contraires à l'intérêt social, La Cour*

de tous les associés ne suffit pas à justifier l'abus de biens sociaux. Or ce dernier se caractérise bien par une atteinte à l'intérêt de la société elle-même[1086]. Il semble donc que l'accord unanime des associés « *permet de présumer le respect de l'intérêt social. En revanche, il ne suffit pas à le caractériser* »[1087]. En effet, l'intérêt social objectif est inhérent à la personnalité morale[1088] et il ne revient pas aux associés de le définir[1089].

C : UN CONTROLE-SURVEILLANCE FINALISE

140. La transmission de l'information. Le contrôle-surveillance est nécessairement finalisé d'abord par l'obligation qui pèse sur certains contrôleurs de transmettre les conclusions de leur mission. Ainsi, nous avons vu que le conseil d'administration, le conseil de surveillance et le commissaire aux comptes se devaient de rendre un rapport annuel devant faire l'objet d'une approbation par l'assemblée générale. Ils doivent donc apprécier le risque social au regard de l'intérêt social et informer ensuite les associés du résultat de cette confrontation. Le commissaire aux comptes voit même son obligation étendue car il doit également informer le procureur de la République des faits délictueux dont il a eu révélation au cours de sa mission. Il est également tenu d'un devoir d'alerte auprès du Président du Tribunal de commerce ou du TGI lorsqu'il relève des faits de nature à compromettre la continuité de l'exploitation.

Le conseil d'administration et parfois le conseil de surveillance vont en outre disposer d'un pouvoir de sanction à l'égard des dirigeants défaillants qu'ils pourront révoquer ou au contraire féliciter par le biais de sa rémunération.

141. La sanction du contrôlaire. L'assemblée générale étant la destinataire privilégiée de l'information des organes spécifiques de contrôle-surveillance va quant à elle disposer d'un pouvoir de sanction. Il lui revient tout d'abord de consacrer la bonne gestion des dirigeants en approuvant les comptes annuels, en autorisant des actes sociaux importants ou dangereux, en prorogeant leur mandat social ou encore en rehaussant leur rémunération. L'appréciation du risque social au regard de l'intérêt social va également lui permettre de remédier à un contrôle-direction déficient. Les associés pourront révoquer les contrôlaires, réduire leurs indemnités ou même quitter purement et simplement la société.

---

d'appel n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations » – V. également Cass. com. 27 juin 2006, n° 04-19239 - Cass. com. 28 mars 2000, n° 96-19260 : préc. note 1027

1086 A. DEKEUWER, « Les intérêts protégés en cas d'abus de biens sociaux », préc., spéc. n° 7 p.423 – V. *supra* n° 112

1087 D. RANDOUX, « L'unanimité des associés », *in Liber amicorum Georges Daublon*, Defrénois 2001, p. 243, spéc. n° 17 p. 256

1088 V. *supra* n° 130

1089 : D. SCHMIDT, *Les conflits d'intérêts dans la société anonyme*, préc., spéc. n° 13 p. 20

CONCLUSION DU CHAPITRE 1ER

142. Pour une définition unitaire du contrôle social. L'analyse mixte de la nature de la société lui donne une origine contractuelle et un destin institutionnel. Le contrat conclu entre les associés va conduire à la naissance d'un être nouveau : une personne morale distincte de ses membres. Cette entité individualisée a, comme toute personne, un intérêt qui lui est propre. Néanmoins, de par sa nature abstraite, elle n'est pas en mesure d'exprimer elle-même directement son intérêt.

Pour interagir avec le monde qui l'entoure, la société, tout comme les personnes physiques, dispose d'un certain nombre d'organes. Ces derniers n'ont pas à définir l'intérêt social, ce dernier étant intrinsèquement lié à la personne morale. Par contre, les organes chargés de diriger la société devront définir un risque social, une politique économique à mener afin de réaliser l'objet social. Ce risque est caractérisé par l'aléa. Par définition, l'entreprise en société présente un risque économique : une chance de gain ou un risque de perte.

La société n'est pas uniquement dotée d'organes dirigeants. Afin d'assurer sa sécurité, la loi l'a munie d'organes chargés de surveiller les agissements des dirigeants. Il s'agit de minimiser au maximum « les risques d'agences » autrement dit le détournement de l'activité sociale par les dirigeants à leur profit.

Diriger et surveiller la société, c'est la contrôler. Ce contrôle consiste en la recherche de l'adéquation entre le risque social et l'intérêt social. Ce qui va distinguer les dirigeants des surveillants, c'est le pouvoir de définir le risque social. La norme de référence de ce contrôle des organes sociaux reste néanmoins unique : il s'agit de l'intérêt social objectif, l'intérêt de la personne morale elle-même. On peut ainsi parler de contrôle organique ou de contrôle objectif de la société.

La définition unitaire du contrôle n'est pas réservée aux organes sociaux. En effet, la société, personne morale, a elle-même une vie sociale. Elle s'inscrit dans la société au sens général du terme. Les tiers ont également un intérêt à ce que cette société connaisse une vie paisible. Néanmoins, en qualité de tiers, ils ne sont pas tenus d'agir dans l'intérêt objectif de cette dernière. Ils conçoivent l'intérêt social en l'orientant dans un sens qui leur est plus favorable. On ne doit plus alors parler de contrôle objectif mais de contrôle subjectif. Ce contrôle subjectif consiste à vérifier l'adéquation entre le risque social et l'intérêt social subjectif, c'est-à-dire à l'intérêt de la société vu à travers un intérêt catégoriel. Nous verrons

pourtant que l'intérêt social subjectif, norme du contrôle par les tiers, ne diffère pas fondamentalement de l'intérêt social objectif. En réalité, la référence du contrôle est toujours la même. L'étude de ce contrôle subjectif fait l'objet du chapitre 2.

CHAPITRE 2 :

L'APPLICATION DE LA DEFINITION UNITAIRE DU CONTROLE

La société, personne morale, n'est pas un être isolé au sein de la Société. Comme tout être élément du corps social, elle interagit avec ses semblables, personnes physiques ou morales. En tant que participante de l'économie nationale, voire mondiale, l'importance qu'elle représente pour ses partenaires et pour l'Etat justifie qu'ils s'intéressent à son bon fonctionnement. Ceci explique pourquoi certaines situations vont imposer la substitution de droit des dirigeants sociaux. Il arrive également qu'un tiers s'immisce dans la gestion sociale et participe à la définition du risque social. Dans les deux cas, la substitution de dirigeant opère transfert du pouvoir de définition du risque social mais impose en principe que l'intérêt social objectif reste la norme de référence du contrôle-direction de la société.

A côté de ces dirigeants substitués, les stackeholders (ou parties prenantes) constituent la masse des personnes dont l'intérêt dépend directement ou indirectement de l'intérêt social. Pour préserver leur propre intérêt, certains vont disposer d'un pouvoir de contrôle de la vie sociale. Ils vont ainsi disposer du droit de surveiller la conformité du risque social pris par les dirigeants au regard de l'intérêt social. Cet intérêt social, puisqu'il sert de norme de référence au contrôle des tiers, ne saurait être l'intérêt social objectif. Il ne peut en effet s'agir que de l'intérêt social subjectif, c'est-à-dire apprécié au regard de l'intérêt propre du contrôleur. Pourtant, ce dernier ne peut s'exonérer de l'intérêt propre de la société.

L'application de la définition unitaire de contrôle nécessite donc de s'intéresser dans un premier temps aux contrôlaires, puis dans un second temps aux contrôleurs. L'intérêt est double : vérifier la qualification de chacun des intervenants sociaux puis comprendre l'objet de leur mission et le critère qui sert de référence à leur action.

Section 1 : Le contrôle-direction des contrôlaires

Section 2 : Le contrôle-surveillance des contrôleurs

SECTION 1 : LE CONTROLE-DIRECTION DES CONTROLAIRES

Les organes de direction de la société ne sont pas les seuls à détenir le pouvoir de définir le risque social. Certains intervenants dans la vie de la société vont disposer d'une certaine influence sur la conduite des affaires sociales. Dans certains cas, cette intervention est expressément prévue pour pallier une carence des organes de direction de la société. Il arrive également que des tiers se substituent aux dirigeants légaux et influent sur la politique économique de l'entreprise alors même que les organes sociaux sont en mesure d'exercer leur mission. Cette substitution peut résulter d'une situation contractuelle, tels la délégation ou les contrats d'intégration. Elle peut également naître d'une situation de fait. Il en est ainsi du banquier, qui par son concours financier va influer sur le risque social, ou de toute personne qui s'immiscerait dans la gestion sociale. L'étude de ces différents intervenants permettra de montrer que si la plupart d'entre eux peuvent se voir reconnaître la qualité de contrôlaire, un certain nombre ne dispose pas en réalité d'un tel pouvoir.

Sous-section 1 : La substitution légale de dirigeants

Sous-section 2 : La substitution contractuelle de dirigeant

Sous-section 3 : La substitution de fait de dirigeants

SOUS-SECTION 1 : LA SUBSTITUTION LEGALE DE DIRIGEANTS

La substitution légale des organes de direction ne peut intervenir qu'en cas de difficultés. En principe, les associés disposent seuls, directement ou indirectement, du pouvoir de destituer les dirigeants. Néanmoins, il arrive que les vicissitudes de la vie sociale obligent la justice à intervenir et à procéder elle-même à la nomination de nouveaux dirigeants. Cette situation ne peut être que provisoire.

Trois situations peuvent conduire à la nomination judiciaire d'un dirigeant. Il s'agit soit de la dissolution de la société, soit de la paralysie des organes sociaux, soit encore du déclenchement d'une procédure collective. Chacune va entrainer la désignation d'un tiers qui viendra assister ou remplacer purement et simplement les dirigeants de droit. Certains d'entre eux ne peuvent pas pour autant être qualifiés de contrôlaires.

Paragraphe 1 : Le liquidateur

Paragraphe 2 : Le mandataire *ad hoc* et l'administrateur provisoire

Paragraphe 3 : L'administrateur judiciaire

PARAGRAPHE 1 : LE LIQUIDATEUR

143. Principe. Les causes de dissolution de la société sont expressément prévues à l'article 1844-7 du Code civil :

> *« La société prend fin :*
>
> *1° Par l'expiration du temps pour lequel elle a été constituée, sauf prorogation effectuée conformément à l'article 1844-6 ;*
>
> *2° Par la réalisation ou l'extinction de son objet ;*
>
> *3° Par l'annulation du contrat de société ;*
>
> *4° Par la dissolution anticipée décidée par les associés ;*
>
> *5° Par la dissolution anticipée prononcée par le tribunal à la demande d'un associé pour justes motifs, notamment en cas d'inexécution de ses obligations par un associé, ou de mésentente entre associés paralysant le fonctionnement de la société ;*
>
> *6° Par la dissolution anticipée prononcée par le tribunal dans le cas prévu à l'article 1844-5 ;*
>
> *7° Par l'effet d'un jugement ordonnant la liquidation judiciaire ;*
>
> *8° Pour toute autre cause prévue par les statuts »*

Dans la SARL, la SA, la SCA et la SAS, les associés doivent également se poser la question de la dissolution de la société si les capitaux propres deviennent inférieurs à la moitié du capital social[1090]. La dissolution peut également être demandée lorsque le nombre d'associés devient inférieur au minimum légal[1091] ou supérieur au maximum légal[1092].

La dissolution de la société entraine sa liquidation[1093]. Celle-ci est obligatoire[1094] et ne peut intervenir sans la désignation d'un liquidateur[1095] (A) dont la mission sera la réalisation des

---

1090 articles L. 223-42 al. 1er du Code de commerce pour la SARL, L. 225-248 al. 1er pour la SA, L. 226-1 et L. 227-1 renvoyant à L. 225-248 al. 1er pour la SCA et la SAS

1091 articles L. 225-247 al. 1er du Code de commerce pour la SA, L. 222-10 al. 2 pour la SCS et L. 226-1 renvoyant à L. 222-10 pour la SCA

1092 article L. 223-3 du Code de commerce pour la SARL

1093 articles 1844-8 du Code civil : « *La dissolution de la société entraîne sa liquidation…* » et L. 237-2 al. 1er du Code de commerce : « *La société est en liquidation dès l'instant de sa dissolution…* »

1094 Cass. com., 24 oct. 1989, n° 88-12713 : *Bull. civ.* 1989, n° 257 ; *Rev. sociétés* 1990, p. 264, note D. VIDAL ; *JCP E* 1990, II, 157908, note Y. GUYON ; *JCP E* 1990, II, 15784, n° 7, note A. VIANDIER et J.-J. CAUSSAIN ; *Defrénois* 1990, p. 631, note J. HONORAT : « *il n'est pas au pouvoir de la volonté des associés, fût-elle unanime, de décider qu'il n'y a pas lieu de procéder à la liquidation et au partage d'une société dissoute non plus qu'à la désignation d'un liquidateur, seul habilité à représenter la société jusqu'à la clôture de la liquidation* » - CA Paris, 5 juill. 2002 : *Bull. Joly Sociétés* 2002, p. 1191, note J.-J. DAIGRE : reprenant l'attendu de l'arrêt précité

1095 CA Paris, 3e ch. A, 16 sept. 2003 : *JurisData* n° 2003-223587 ; *RTD com*. 2004, p. 529 ; *RJDA* 2004, n° 171 ; *Bull. Joly Sociétés* 2004, p. 247, note P. LE CANNU ; *Rev. sociétés* 2004, p. 168 : en cas de dissolution, les articles 1844-5 et 1844-8 du Code civil imposent « *une phase de liquidation qui exige la nomination d'un liquidateur seul habilité à représenter la société durant cette période* […] *ne serait-ce que pour établir la clôture des comptes et les déposer au greffe* » - Cass. com., 24 oct. 1989 : préc. note 1094

opérations de liquidation (B) néanmoins, il semble difficile de reconnaître au liquidateur la qualité de contrôlaire (C).

A : LA NOMINATION DU LIQUIDATEUR

La nomination d'un liquidateur dépend de la cause de survenance de la liquidation. Elle intervient en principe à la demande d'un ou plusieurs associés (1) mais peut également résulter d'une décision de justice suite à l'ouverture d'une procédure collective (2).

1 : Le cas général

144. Mode de désignation du liquidateur. La nomination d'un liquidateur est obligatoire et conditionne la survie de la personnalité morale de la société[1096] pour les besoins de la liquidation[1097]. En principe, la désignation du liquidateur est prévue par les statuts ou relève d'une décision de l'assemblée générale[1098]. A défaut d'accord entre les associés, il est nommé par décision de justice à la demande de tout intéressé[1099]. Cette désignation judiciaire intervient également de plein droit en cas de dissolution judiciaire de la société[1100]. La nomination du liquidateur fait l'objet d'une publicité qui la rend opposable aux tiers et la purge de ses éventuels vices[1101].

Le choix du liquidateur, tant par le tribunal que par les associés, est libre[1102], sous réserve des incompatibilités prévues à l'article L. 237-4 du Code de commerce. Il peut s'agir d'une personne physique ou d'une personne morale, même en liquidation[1103]. Peuvent ainsi être nommés un ancien dirigeant, un associé ou encore un professionnel, administrateur

---

1096 V. sur cette question : E. BORONAD-LESOIN, « La survie de la personnalité morale dissoute », *RTD com*. 2003, p. 1 - A. BOUILLOUX, « La survie de la personnalité morale pour les besoins de la liquidation », *Rev. sociétés* 1994, p. 393

1097 P. LE CANNU et B. DONDERO , *Droit des sociétés*, Montchrestien 4e éd. 2012, spéc. n° 599 p. 384

1098 articles 1844-8 al. 2 du Code civil et L. 237-18 du Code de commerce

1099 articles 1844-8 al. 2 du Code civil et L. 237-19 du Code de commerce

1100 article L. 237-20 du Code de commerce – CA Nîmes, 6 mai 2004 : *JurisData* n° 2004-247300 : « *Attendu ensuite que pour liquider la société dissoute, conformément aux dispositions de l'article 1844-8 du Code civil, compte tenu de l'impossibilité de désigner un liquidateur conformément aux statuts de la SARL* […], *et faute d'accord entre les deux seuls associés porteurs de parts à égalité, il y a lieu de faire droit à la demande présentée* […] *et de désigner judiciairement un liquidateur de la société* » – V. également CA Reims, 27 sept. 1976 : *D*. 1978, inf. rap. p. 253

1101 article 1844-8 al. 2 du Code civil : « *La nomination et la révocation ne sont opposables aux tiers qu'à compter de leur publication. Ni la société ni les tiers ne peuvent, pour se soustraire à leurs engagements, se prévaloir d'une irrégularité dans la nomination ou dans la révocation du liquidateur, dès lors que celle-ci a été régulièrement publiée* »

1102 G. RIPERT et R. ROBLOT, par M. GERMAIN et V. MAGNIER, *Traité de droit de affaires*, t. 2, *Les sociétés commerciales*, préc., spéc. n° 1111 p. 114

1103 Cass. com., 20 nov. 2001, n° 98-18498 : *Dr. sociétés* 2002, comm. 35, note TH. BONNEAU : « *il ne résulte d'aucune disposition de la loi que la mission de liquidateur amiable confiée à une personne morale prendrait fin en cas de liquidation amiable de cette dernière* »

judiciaire[1104]. En pratique, dans les grands tribunaux de commerce, les magistrats se réfèrent à une liste dressée par le tribunal[1105].

2 : Le cas particulier de la liquidation judiciaire d'une société après ouverture d'une procédure collective

145. Mode de désignation du liquidateur. Lorsque la société est placée en procédure collective, immédiatement en raison de sa situation financière ou suite à l'échec d'un plan de redressement, le juge peut prononcer la liquidation judiciaire[1106]. Dans ce cas, il doit procéder en même temps à la désignation du liquidateur judiciaire. En principe, il s'agit du représentant des créanciers, s'il en avait déjà désigné un, ou d'un mandataire judiciaire. L'administrateur, un créancier, le débiteur ou le procureur de la République peuvent demander au juge de désigner une autre personne[1107]. Le choix relèvera alors du pouvoir souverain des juges du fond sous réserve des interdictions des articles L. 812-2[1108].

L'application des règles spéciales du droit des procédures collectives relative à la désignation d'un liquidateur n'est pas exclusive des règles du droit commun des sociétés. Malgré la nomination d'un liquidateur judiciaire par le juge, les éventuelles clauses statutaires relatives à la désignation du liquidateur ont vocation à s'appliquer. Ainsi, la Cour de cassation a jugé irrecevable le pourvoi formé par la gérante d'une SCI en liquidation judiciaire au motif que la société ne pouvait exercer ce droit que par l'intermédiaire de son liquidateur amiable, et ce, alors même qu'un liquidateur judiciaire avait déjà été désigné[1109]. Il y a juxtaposition des deux procédures qui peut conduire à la désignation de deux liquidateurs : un judiciaire et un statutaire[1110].

1104 M. COZIAN, A. VIANDIER et F. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, préc., spéc. n° 482 p. 267

1105 G. RIPERT et R. ROBLOT, par M. GERMAIN et V. MAGNIER, *Traité de droit de affaires*, t. 2, *Les sociétés commerciales*, préc., spéc. n° 1111 p. 114

1106 articles L. 622-10, L. 626-27, L. 631-15-II et L. 640- 1 du Code de commerce

1107 article L. 641-1 III du Code de commerce

1108 Rép. min. n° 39326 : *JOAN Q* 29 juill. 1996, p. 4180 : « *en l'état du droit, la désignation des mandataires de justice appelés à intervenir dans les procédures de redressement ou de liquidation judiciaires relève du pouvoir souverain des cours et tribunaux compétents dont les juges ne peuvent voir leur responsabilité engagée à raison de leur choix en ce domaine* »

1109 Cass. com., 15 mai 2001, n° 98-15106 : *Act. proc. coll.* 2001, n° 13 comm. 168, note J. VALLANSAN ; *Dr. sociétés* 2001, comm. 138, note TH. BONNEAU – V. également Cass. com., 17 juill. 2001, n° 97-20018 : *Bull. civ.* 2001, n° 152 ; *Act. proc. coll.* 2001, n° 14 comm. 180, note J. VALLANSAN ; *Rev. sociétés* 2002, p. 52, note B. SAINTOURENS

1110 D. VIDAL, *Droit des sociétés*, préc., spéc. n° 294 p. 170

B : LA MISSION DU LIQUIDATEUR

La mission du liquidateur dépend du cadre de sa nomination. Il intervient soit en cas de dissolution de la société hors procédure collective (1), soit en cas de procédure collective (2).

1 : La mission du liquidateur d'une société hors procédure collective

146. Principe. La désignation d'un liquidateur emporte cessation des fonctions des organes de direction et de représentation de la société[1111]. Le liquidateur est désormais le seul compétent pour représenter la société à l'égard des tiers[1112]. Il devrait donc, de fait, devenir contrôlaire de la société. Pourtant, sa mission générale est de « *réaliser l'actif, acquitter le passif et répartir le solde disponible* »[1113]. Cela suffit-il à lui conférer cette qualité ?

Les statuts ou le jugement désignant le liquidateur peuvent définir plus précisément sa mission. L'article L. 237-24 du Code de commerce dispose que les restrictions au pouvoir du liquidateur, « *résultant des statuts ou de l'acte de nomination, ne sont pas opposables aux tiers* ». Cet article figure dans le Code de commerce dans un titre relatif aux « *dispositions communes aux diverses sociétés commerciales* », et plus précisément parmi les « *dispositions applicables sur décision judiciaire* ». Dès lors se pose la question de l'étendue de son application. Il semble en premier lieu que cet article ne puisse être applicable à la liquidation d'une société civile, le Code civil ne contenant aucune disposition en ce sens. Le liquidateur disposerait donc dans ce cas de tous les pouvoirs nécessaires à la poursuite de sa mission sauf limitation judiciaire ou statutaire[1114]. S'agissant des sociétés commerciales, la doctrine est divisée. Pour certains auteurs, l'article L. 237-24 aliéna 1er du Code de commerce ne

---

1111 M. COZIAN, A. VIANDIER et F. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, préc., spéc. n° 483 p. 267 – Cass. com., 16 janv. 2001, n° 98-11744 : *Bull. civ.* 2001, n° 12 ; *Dr. sociétés* 2001, comm. 55, note TH. BONNEAU : au sujet de la levée du secret bancaire au profit du dirigeant d'une société en liquidation : « *en statuant ainsi, alors qu'en ordonnant la communication de documents concernant la société Cepra à Mme Lenaff, en sa qualité prétendue de mandataire sociale, tout en constatant que la société était liquidée, ce dont il résultait que Mme Lenaff, ancienne gérante, n'avait plus qualité pour la représenter et qu'elle se trouvait dans la situation de tout tiers pour l'application de l'article 145 du Nouveau Code de procédure civile, application soumise au respect des règles légales sur le secret bancaire, la cour d'appel a violé les textes susvisés* » - Cass. com. 12 nov. 1992, n° 91-12433 : *Rev. sociétés* 1993, p. 595, note P. LE CANNU ; *Rev. sociétés* 1993, p. 571, note P. LE CANNU ; *Bull. Joly Sociétés* 1993, p. 561, note M. JEANTIN ; *JCP E* 1993, II, 22039, note Y. GUYON

1112 Cass. com., 6 juin 1990, n° 89-13635 : *Bull. Joly Sociétés* 1990, p. 866 ; *Dr. sociétés* janv. 1991, p. 2 : « *seul le liquidateur d'une société dissoute est habilité à le représenter et* […] *à défaut de pouvoir mettre en cause le représentant qualifié d'une telle société, il y a lieu pour tout intéressé de faire désigner un mandataire ad hoc par autorité de justice* » - Cass. com., 19 janv. 1993, n° 91-10534 : *Bull. civ.* 1993, n° 14 ; *Dr. sociétés* 1993, comm. 66, note Th. Bonneau

1113 G. RIPERT et R. ROBLOT, par M. GERMAIN et V. MAGNIER, *Traité de droit de affaires*, t. 2, *Les sociétés commerciales*, préc., spéc. n° 1113 p. 115 - article L. 237-24 du Code de commerce

1114 *Mémento Lefebvre Sociétés civiles* 2012, préc., spéc. n° 24890

s'applique qu'à la liquidation judiciaire[1115]. D'autres ne semblent pas faire une telle distinction et étendent son application à la liquidation amiable[1116]. La lecture de cet article invite à suivre cette position. En effet, l'alinéa 3 dispose « *Il* (le liquidateur) *ne peut continuer les affaires en cours ou en engager de nouvelles pour les besoins de la liquidation que s'il y a été autorisé, soit par les associés, soit par décision de justice s'il a été nommé par la même voie* ». Ce qui semble bien démontrer que le législateur n'entend pas restreindre l'application de ce texte à la seule nomination judiciaire du liquidateur. Il est donc également applicable à la liquidation amiable.

147. La réalisation de l'actif. En principe, la mission principale du liquidateur est de réaliser l'actif. Pour cela, il dispose du pouvoir de recouvrer toutes les créances sociales, quel que soit le débiteur y compris les associés[1117]. Il doit également procéder à la vente de tous les actifs de la société. Cette cession suit « *un régime de liberté* »[1118] et seules quelques opérations sont encadrées par le Code de commerce dans le but de prévenir d'éventuels conflits d'intérêts[1119]. Il est également libre du choix du mode de cession dans le respect de l'intérêt de la société. Ainsi, dans un arrêt de 1963, la Cour de cassation a rejeté le pourvoi formé contre un arrêt ayant souverainement estimé que la cession amiable d'un ensemble d'immeubles proposée par le liquidateur et agréée par tous les associés, sauf un, était préférable à une vente aux enchères publiques[1120]. Enfin, le liquidateur dispose du pouvoir de transiger et de compromettre[1121].

148. L'apurement du passif. Le liquidateur doit ensuite payer les créanciers de la société : « *la liquidation amiable de la société impose l'apurement intégral du passif* »[1122]. La société n'étant pas placée sous le régime des procédures collectives, le principe applicable est le droit commun. Les créanciers sont donc payés au prix de la course[1123] voir par compensation[1124].

1115 G. RIPERT et R. ROBLOT, par M. GERMAIN et V. MAGNIER, *Traité de droit de affaires*, t. 2, *Les sociétés commerciales*, préc., spéc. n° 1115 p. 116

1116 PH. MERLE, *Droit commercial, Sociétés commerciales*, préc., spéc. n° 120 p. 155

1117 PH. MERLE, *Droit commercial, Sociétés commerciales*, préc., spéc. n° 120 p. 155

1118 P. LE CANNU et B. DONDERO , *Droit des sociétés*, préc., spéc. n° 609 p. 391

1119 cession d'un actif aux associés, dirigeants, commissaires aux comptes, ou au liquidateur, ses salariés ou ses proches (articles L. 237-6 et L. 237-7 du Code de commerce) ; interdiction des cessions globales d'actif ou apport d'actif à une autre société sauf autorisation des associés (article L. 237-8 du Code de commerce)

1120 Cass. com. 7 oct. 1963 : *Bull. civ.* 1963 n° 394 : « *qu'en déduisant de ces constatations que la vente amiable, proposée par* [le liquidateur] *et agréée par tous les associes à la seule exception de la demoiselle X..., était préférable à la licitation préconisée par cette dernière, la cour d'appel n'a fait qu'user de son pouvoir souverain d'appréciation* » - CA Lyon, 16 oct. 1961 : *D.* 1962, somm. p. 79 ; *RTD com*. 1962, p. 693

1121 article L. 237-24 al. 1er du Code de commerce

1122 Cass. com., 7 déc. 1993, n° 91-18145 : *Bull.* 1993, n° 465 ; *Bull. Joly Sociétés* 1994, p. 166, note P. LE CANNU ; *Dr. sociétés* 1994, comm. 22, note TH. BONNEAU

1123 G. RIPERT et R. ROBLOT, par M. GERMAIN et V. MAGNIER, *Traité de droit de affaires*, t. 2, *Les sociétés commerciales*, préc., spéc. n° 1116 p. 117

Néanmoins, en cas d'opposition d'un créancier, le paiement devra se faire au marc le franc sous contrôle judiciaire[1125]. En pratique, le liquidateur s'efforce généralement de réaliser un état liquidatif avant de payer les créanciers[1126] et si la société se trouve en cessation de paiement, une procédure collective sera ouverte à son encontre[1127]. La distribution des fonds se fera selon les modalités prévues dans l'acte nominatif en cas de liquidation amiable, et librement, en cours de procédure, en cas de liquidation judiciaire[1128]. Les créances à terme n'ont pas à être payées avant échéance[1129] sauf à se prévaloir de l'article 1188 du Code civil.

Pour les besoins de la liquidation, le liquidateur est habilité à procéder à tous actes conservatoires[1130] et à représenter la société en justice tant en qualité de demandeur qu'en défense[1131].

149. La poursuite de l'activité. La liquidation de la société peut exiger la poursuite temporaire de son activité sociale, par exemple pour l'achèvement des contrats en cours ou assurer la pérennité de la clientèle du fonds de commerce[1132]. Le liquidateur étant le seul habilité à représenter la société, c'est à lui qu'il revient d'en assurer la direction provisoire. Dans les sociétés commerciales, la loi impose que l'assemblée générale ou le juge ait préalablement autorisé le liquidateur pour continuer les affaires en cours[1133]. Dans les sociétés

---

1124 La Cour précise bien que la compensation n'est admise que dans le cas d'une liquidation amiable et non lorsque celle-ci résulte d'une procédure collective : Cass. com., 20 juill. 1976, n° 74-11283 : *Bull. civ.* 1976, n° 240 ; *Rev. sociétés* 1977, p. 75, note ATIAS : « *Attendu que l'arrêt, statuant après expertise, a condamné la société Grenobloise et Dellocque à payer à la société Star le montant des redevances dues au titre de la convention de licence de marque et a refusé de prononcer la compensation, sollicitée par les consorts X... et la société Star, entre ce montant et les sommes que l'arrêt du 30 octobre 1972 les avait condamnés à payer ; Attendu que, pour refuser de prononcer cette compensation, l'arrêt retient qu'il n'est pas contesté que la société Grenobloise a été dissoute par décision de l'assemblée générale de ses actionnaires et qu'actuellement assignée sur la fiction juridique qu'elle se survit à elle-même pour les besoins de sa liquidation, la société Star ne peut obtenir contre elle ni une condamnation ni une compensation et que ses droits se limitent à la seule possibilité de faire liquider sa créance, à charge de produire ensuite pour le montant correspondant entre les mains du liquidateur ; Qu'en se prononçant ainsi, alors que la société Grenobloise n'avait fait l'objet, ni d'une liquidation des biens ni d'un règlement judiciaire, mais avait été dissoute et mise en liquidation amiable, la cour d'appel n'a pas légalement justifie sa décision* » - Cass. civ., 17 oct. 1973, n° 72-10576 : *Bull. civ.* 1973, n° 273 ; *D.* 1975, p. 157, note STEINMETZ

1125 G. RIPERT et R. ROBLOT par M. GERMAIN, *Traité de droit commercial*, t.1, vol. 2, *Les sociétés commerciales*, préc., spéc. n° 1116 p. 117

1126 D. VIDAL, *Droit des sociétés*, préc., spéc. n° 298 p. 173

1127 Cass. com., 11 oct. 2005, n° 03-19161 : *Bull. civ*., 2005, n°209 ; *Rev. sociétés* 2006, p. 618, note L. AMIEL-COSME : « *la liquidation amiable d'une société impose l'apurement intégral du passif, les créances litigieuses devant, jusqu'au terme des procédures en cours, être garanties par une provision ;* […] *en l'absence d'actif social suffisant pour répondre du montant des condamnations éventuellement prononcées à l'encontre de la société, il appartient au liquidateur de différer la clôture de la liquidation et de solliciter, le cas échéant, l'ouverture d'une procédure collective à l'égard de la société* »

1128 article L. 237-31 al. 1er du Code de commerce

1129 G. RIPERT et R. ROBLOT, par M. GERMAIN et V. MAGNIER, *Traité de droit de affaires*, t. 2, *Les sociétés commerciales*, préc., spéc. n° 1116 p. 117

1130 PH. MERLE, *Droit commercial, Sociétés commerciales*, préc., spéc. n° 120 p. 155

1131 Cass. com., 19 janv. 1993, n° 91-10534 : préc. note 1112

1132 G. RIPERT et R. ROBLOT, par M. GERMAIN et V. MAGNIER, *Traité de droit de affaires*, t. 2, *Les sociétés commerciales*, préc., spéc. n° 1114 p. 116

1133 article L. 237-23 du Code de commerce : « *Dans les six mois de sa nomination, le liquidateur convoque l'assemblée des associés à laquelle il fait rapport sur la situation active et passive de la société, sur la poursuite des opérations de*

civiles, la loi est muette quant à une éventuelle autorisation. La jurisprudence permet au liquidateur d'achever les affaires en cours[1134], mais il semble qu'il doive obtenir une autorisation spéciale pour commencer des opérations nouvelles[1135].

Dans tous les cas, le pouvoir du liquidateur n'est pas illimité. En effet, « *la personnalité morale de la société subsiste pour les besoins de la liquidation* »[1136]. Une nouvelle finalité sociale vient se substituer aux spécialités légale et statutaire de la société[1137]. L'objet social est désormais la liquidation de la société[1138]. La société ne peut donc plus se transformer en une autre forme sociale[1139], ni agir comme liquidateur d'une autre société[1140], ni conclure de contrats nouveaux[1141], ni encore octroyer une rémunération à son ancien dirigeant[1142]. Lorsqu'un acte est passé en dépassement de cette limitation, deux sanctions sont possibles. La jurisprudence considère soit que l'acte est nul[1143], soit que la société doit être requalifiée en société créée de fait[1144].

2 : La mission du liquidateur d'une société en liquidation judiciaire

150. Le dessaisissement du débiteur. Le jugement qui ouvre une procédure de liquidation judiciaire emporte dessaisissement du débiteur auquel se trouve substitué le liquidateur

---

liquidation et le délai nécessaire pour les terminer. […] *Si la réunion de l'assemblée est impossible ou si aucune décision n'a pu être prise, le liquidateur demande en justice les autorisations nécessaires pour aboutir à la liquidation* »

1134 Cass. civ., 16 févr. 1966 : *Bull. civ.* 1966, n° 124 : la Cour de cassation rejette un pourvoi formé contre l'arrêt d'une cour d'appel qui avait souverainement décidé que le liquidateur d'une SCI avait qualité pour passer un accord dès lors que celui-ci était « *indiscutablement la suite et la conclusion d'une affaire courante conclue antérieurement* »

1135 *Mémento Lefebvre Sociétés civiles* 2012, préc., spéc. n° 24895

1136 articles 1844-8 al. 3 du Code civil et L. 237-2 al. 2 du Code de commerce

1137 E. BORONAD-LESOIN, « La survie de la personne morale dissoute », préc., spéc. n° 19 p. 11

1138 A. BOUILLOUX, « La survie de la personnalité morale pour les besoins de la liquidation », préc., spéc. p. 413 : « *La liquidation de la société ne porte pas atteinte à l'objet social* stricto sensu*, dans la mesure où elle n'entraine pas de modification du programme du groupement. Mais l'activité de celui-ci doit désormais être exercée dans la seule perspective de la liquidation et du partage final à venir. On se rapproche en cela de la spécialité légale de la personne morale* »

1139 Cass. com., 12 nov. 1992, n° 91-10303 : inédit : « *une société dissoute n'est pas susceptible d'être transformée ;* […] *il s'ensuit que la transformation réalisée néanmoins postérieurement à la dissolution ne pouvait déterminer le maintien de la personnalité morale pour des opérations étrangères à la liquidation* » - Cass. com., 16 juin 1952 : *D.* 1953, jurispr. p. 509

1140 CA Paris, 28 mai 1999 : *JurisData* n° 1999-023153 ; *Dr. sociétés* 1999, comm. 141, note TH. BONNEAU : « *une société dissoute ne peut plus agir en qualité de liquidateur d'une autre société dans la mesure où elle n'agit plus pour les besoins de sa propre liquidation* »

1141 CA Paris, 26 oct. 1993 : *JurisData* n° 1993-600041 ; *Bull. Joly Sociétés* 1994, p. 62, note P. LE CANNU : en l'espèce, la convention qui « *avait pour objet la fourniture par la société Sedric d'étude et assistance à la société DNN, constituant ainsi une affaire nouvelle étrangère aux besoins de sa liquidation…* »

1142 Cass. com., 21 juill. 1983, n° 82-10962 : *Bull. civ.* 1983, n°235 ; *Rev. société* 1984, p. 321, note B. BOULOC : une assemblée générale extraordinaire ayant voté une indemnité au profit du dirigeant, « *c'est à bon droit que la Cour d'appel a décidé que les actionnaires d'une société dissoute ne pouvaient, alors que cette société était en liquidation, prendre une décision qui ne se rattachait pas aux opérations que commandait cette liquidation* »

1143 CA Paris, 26 oct. 1993 : préc. note 1141

1144 CA Paris, 29 oct. 1990 : *Bull. Joly Sociétés* 1991, p. 46, note J. DERRUPPE : « *une société dissoute qui n'a pas engagé d'opération de liquidation doit être considérée comme une société de fait dépourvue de personnalité morale* »

judiciaire[1145]. Le dessaisissement prive le débiteur de tous ses pouvoirs d'administration et de disposition sur ses biens[1146]. Un liquidateur est donc nommé par le jugement de liquidation et en prenant la place du dirigeant légal de la société, il devrait en même temps prendre sa qualité de contrôlaire.

En principe, le liquidateur est le mandataire judiciaire jusqu'à lors chargé de représenter les créanciers, sauf décision spécialement motivée[1147]. Il est chargé de poursuivre l'œuvre du mandataire judiciaire, c'est-à-dire de vérifier les créances et en dresser la liste, prendre les mesures conservatoires, représenter la société en justice, et plus généralement de procéder aux opérations de liquidation (réalisation de l'actif, paiement des dettes et partage)[1148]. Néanmoins, la mission du liquidateur judiciaire est encadrée par le dessaisissement du débiteur. Elle ne concerne que les actes relatifs aux biens de ce dernier[1149]. Or la dissolution de la société emporte également fin du pouvoir de représentation de ses organes légaux[1150]. Se pose alors le problème de la représentation de la personne morale pour les actes non relatifs à l'administration de ses biens. En effet, les anciens dirigeants ne sont en principe plus en mesure de représenter la société[1151]. Ils ne peuvent plus convoquer l'assemblée générale[1152], récuser le liquidateur judiciaire[1153] ou encore représenter la société en justice[1154]. Jusqu'à la

---

1145 article L. 641-9 I al. 1er du Code de commerce

1146 Cass. com., 11 mai 1993, n° 91-12232 : *Bull. civ.* 1993, n° 180 p. 126 : « *en vertu de l'article 102 de la loi du 25 janvier 1985, lorsque la matière est de la compétence du Tribunal qui a ouvert le redressement judiciaire, la décision du juge-commissaire admettant ou rejetant la créance peut faire l'objet d'un recours devant la cour d'appel de la part du débiteur, fût-il dessaisi de l'administration et de la disposition de ses biens* » – V. également C. SAINT-ALARY-HOUIN, « Le dessaisissement du débiteur en liquidation judiciaire », *Rev. proc. coll.* 2003, p. 173, spéc. n° 9 p. 174

1147 article L. 641-1 III du Code de commerce

1148 M. JEANTIN et P. LE CANNU, *Droit commercial, Entreprise en difficulté*, Dalloz 7e éd. 2007, spéc. n° 1127 p. 706

1149 *JCl. Commercial*, Fasc. 2702, par J. VALLANSAN et M. BEAUBRUN, spéc. n° 54

1150 E. BORONAD-LESOIN, « La survie de la personne morale dissoute », préc., spéc. n° 32 p. 18

1151 Cass. com., 15 mai 2001, n° 98-15106 : préc. note 1109 : « *si le débiteur est recevable à former un pourvoi contre l'arrêt qui statue sur la liquidation de ses actifs, il ne peut, s'agissant d'une personne morale dissoute en application de l'article 1844-7.7 du Code civil et dont le dirigeant est privé de ses pouvoirs à compter de la liquidation judiciaire, exercer ce droit que par l'intermédiaire de son liquidateur amiable ou d'un mandataire* ad hoc »

1152 Cass. com., 17 juill. 2001, n° 97-20018 : préc. note 1109 : « *en application de l'article 1844-7.7° du Code civil, la société prend fin par l'effet d'un jugement ordonnant la liquidation judiciaire, que la société est en liquidation dès l'instant de sa dissolution et que les pouvoirs du gérant prennent fin à la date de la dissolution de la société », dès lors, c'est à bon droit que la Cour d'appel retient « qu'en raison du prononcé de la liquidation judiciaire de la société SMC, M. Lemarie agissant comme ancien gérant n'avait plus qualité pour convoquer l'assemblée des associés* »

1153 Cass. 2e civ., 4 juill. 2002, n° 02-01276 : *Bull. civ.* 2002, n° 157 ; *Dr. sociétés* 2003, comm. 91, note J.-P. LEGROS : « *en application de l'article 1844-7.7° du Code civil, la société X... a pris fin par l'effet du jugement du tribunal de grande instance de B... du 25 juillet 2001 qui a prononcé sa liquidation judiciaire et que dans l'exercice des droits propres qu'elle tient de la loi, cette personne morale, dont le gérant est privé de ses pouvoirs à compter de la liquidation judiciaire, ne peut agir en récusation que par l'intermédiaire d'un mandataire* ad hoc »

1154 Cass. com., 28 janv. 2004, 2 arrêts, n° 02-14531 et n° 03-15534 : *Act. proc. coll.* 2004, n° 5 comm. 61 note J. VALLANSAN : « *si le débiteur est recevable, en vertu du droit propre qu'il tient de l'article L. 623-1.2 du Code de commerce, à former un recours contre le jugement qui statue sur sa liquidation judiciaire, il ne peut, s'agissant d'une personne morale dissoute en application de l'article 1844-7.7 du Code civil et dont le dirigeant est privé de ses pouvoirs à compter de la liquidation judiciaire, exercer ce droit que par l'intermédiaire d'un liquidateur amiable ou d'un mandataire* ad hoc » - Cass. 3e civ., 17 nov. 2004, n° 03-10308 : *Bull. civ.* 2004, n° 205, *Dr. sociétés* 2005, comm. 42, note F.-G. TREBULLE ; *Rev. sociétés* 2005, p. 690, note P.-M. LE CORRE ; *Bull. Joly Sociétés* 2005, p. 362, note F.-X. LUCAS - Cass. com., 29 nov. 2005, n° 04-17602 : *Act. proc. coll.* 2005, n° 20, comm. 258, note C. REGNAUT-

loi de sauvegarde des entreprises de 2005, la solution était de recourir au droit commun de la dissolution et à la nomination d'un liquidateur amiable[1155] ce qui entrainait la coexistence de deux liquidateurs[1156]. Depuis 2005, le législateur a pris en compte cette difficulté. Désormais, l'article L. 641-9 II du Code de commerce prévoit le maintien en fonction des dirigeants de la société sauf disposition statutaire ou délibération sociale prévoyant la nomination d'un liquidateur amiable[1157].

C : L'ABSENCE DE QUALITE DE CONTROLAIRE DU LIQUIDATEUR

151. L'absence de pouvoir de définition du risque social. Hormis le cas où il est autorisé à poursuivre l'activité de la société pour les besoins de la liquidation[1158], le liquidateur n'est pas un contrôlaire car il ne définit pas le risque social. Sa mission est strictement encadrée. Il n'intervient en principe que pour les besoins de la liquidation et donc, par définition, sa mission exclut la continuité de l'exploitation. Il ne revient pas au liquidateur de définir la politique économique de la société mais au contraire d'y mettre fin. Il ne doit pas rechercher la réalisation d'un quelconque profit mais vendre au mieux les éléments d'actif afin de désintéresser les créanciers.

Le liquidateur n'est pas non plus un contrôleur de la société. Son but n'est plus d'assurer le respect de l'intérêt social, puisque par définition il intervient lorsque la société s'éteint. L'intérêt social disparaît derrière les intérêts des créanciers et des associés et c'est pour s'assurer de leur préservation que le liquidateur intervient.

PARAGRAPHE 2 : LE MANDATAIRE *AD HOC* ET L'ADMINISTRATEUR PROVISOIRE

152. Distinction administrateur provisoire, mandataire *ad hoc*. Certaines situations sociales peuvent justifier la nomination d'un administrateur provisoire ou d'un mandataire *ad hoc*. Ces deux institutions se distinguent en fonction de l'importance de leur mission. La

---

MOUTIER ; *Dr. sociétés* 2006, comm. 39, note J.-P. LEGROS - Cass. soc., 13 sept. 2005, n° 04-42876 : *Bull. civ.* 2005, n° 255 ; *Act. proc. coll.* 2005, n° 18, comm. 232, note C. REGNAUT-MOUTIER ; *D.* 2006, p. 80, note P.-M. LE CORRE et F.-X. LUCAS

1155 Cass. com., 15 mai 2001, n° 98-15106 : préc. note 1109 - Cass. com., 20 févr. 2001, n° 97-22019 : Bull. civ. 2001, n° 42 ; *JCP E* 2001, p. 1532, note J.-P. LEGROS ; *Bull. Joly Sociétés* 2001, p. 602, note A. CONSTANTIN - Cass. com., 16 oct. 2001, n° 98-13607 : *Act. proc. coll.* 2001, n° 20, comm. 265 - Cass. 3e civ., 17 nov. 2004, n° 03-10308 : préc. note 1154 - Cass. com., 12 avril 2005, n° 04-11994 : *Bull. civ.* 2005, n° 87 ; *Act. proc. coll.* 2005, n°8, comm. 104, note C. REGNAUT-MOUTIER ; *RD bancaire et fin.* 2005, comm. 99, note F.-X. LUCAS

1156 E. BORONAD-LESOIN, « La survie de la personne morale dissoute », préc., spéc. n° 31 et s., p. 17 et s.

1157 Sur les difficultés liées à ce cumul de liquidateur, V. J. VALLANSAN, « Liquidation judiciaire d'une société et représentation de la personne morale par ses dirigeants », *Bull. Joly Sociétés* 2002, p. 1154

1158 P. RUBELLIN, « La responsabilité civile du liquidateur amiable », *Bull. Joly Sociétés* 2009, p. 297, spéc. p. 301 - Cass. civ., 19 févr. 1979 : *Bull. Joly Sociétés* 1979, p. 237 - Cass. com., 28 juin 1983 : *Rev. sociétés* 1984, p. 758, note D. RANDOUX

nomination d'un administrateur provisoire emporte dessaisissement des organes sociaux tandis que le mandataire *ad hoc* agira de concert avec les dirigeants en place[1159]. Il arrive pourtant que la jurisprudence confonde ces deux fonctions et utilise les termes d'administrateur provisoire en lieu et place de ceux de mandataire provisoire[1160]. Néanmoins, en pratique, les deux peuvent très facilement se succéder par une simple modification de l'étendue de leur mission. Ainsi, en 1989, la Cour de cassation a eu à connaître d'une affaire où une première ordonnance avait désigné un « *administrateur provisoire* »[1161] au sein d'une société civile professionnelle d'avocat, chargé de vérifier les comptes et la répartition des bénéfices et de préparer l'établissement d'un bilan. Une seconde ordonnance avait confirmé cette mission. La Cour d'appel, saisie de cette seconde ordonnance, avait substitué à la mission initiale de l'administrateur deux nouvelles missions d'expertise-comptable et d'administration financière provisoire. Le pourvoi formé contre cette décision a été rejeté[1162].

Nous étudierons dans un premier temps le fondement de la mission de l'administrateur provisoire et du mandataire *ad hoc* (A) puis nous nous intéresserons à l'étendue et à la qualification de sa mission (B).

A : LE FONDEMENT DE LA MISSION DE L'ADMINISTRATEUR PROVISOIRE ET DU MANDATAIRE *AD HOC*

153. Désignation. La possibilité de désigner un administrateur provisoire en droit des sociétés est d'origine prétorienne. Elle n'est fondée sur aucun texte légal[1163]. Même si la loi vise une telle désignation dans certaines hypothèses, il s'agit de textes spéciaux. Il n'existe pas de régime général de l'administration provisoire[1164].

1159 J. BOLARD, « Administration provisoire et mandat *ad hoc :* du fait au droit », *JCP E* 1995, I, 509, spéc. n° 6 p. 480

1160 V. par ex. CA Pau, 2e ch. 1, 4 déc. 2008 : *Bull. Joly Sociétés* 2009, p. 470, note G. GIL : « *Il sera observé qu'il n'a pas été demandé de charger l'administrateur provisoire d'une mission de gestion, de sorte que le gérant actuel n'est pas dessaisi de ses fonctions de gestion de la société du fait de la désignation de l'administrateur* ». En l'espèce, l'« administrateur » avait pour mission d'assurer aux associés « *une pleine information sur la gestion passée et permettre à chacun de se déterminer en pleine connaissance de cause sur l'avenir de la société et de sa gouvernance* », ainsi que de convoquer l'assemblée générale afin de statuer sur la dissolution de la société - Cass. com., 13 oct. 2009, n° 08-15722 : *Bull. Joly Sociétés* 2010, p. 29, note A. LECOURT, qui utilise tantôt le terme « *mandataire* ad hoc », tantôt celui d'« *administrateur* ad hoc »

1161 Autre exemple où le terme de mandataire *ad hoc* eut été plus adéquat

1162 Cass. 1re civ., 25 oct. 1989, n° 87-16804 : *Bull. civ*. 1989, n° 332 - CA Paris, 28 mai 1993 : *Bull. Joly Sociétés* 1993, p. 1119, note P. LE CANNU

1163 Y. GUYON, « Les missions des administrateurs provisoires de sociétés », *Mélanges en l'honneur de Daniel Bastian, 1, Droit des sociétés*, Librairie Technique 1974, p. 103, spéc. n° 1 p. 103 - C. LAPP, « La nomination judiciaire des administrateurs de sociétés », *RTD com.* 1952, p. 769, spéc. p. 772

1164 J. BOLARD, « Administration provisoire et mandat ad hoc : du fait au droit », préc., spéc. n° 2 p. 479

La désignation d'un administrateur provisoire trouve son fondement légal dans le séquestre judiciaire figurant aux articles 1961 et suivant du Code civil[1165]. Ces dispositions autorisent le juge à désigner un gardien judiciaire chargé de la conservation des biens meubles ou immeubles d'un débiteur ou faisant l'objet d'un contentieux. La jurisprudence a étendu l'application de cette mesure lorsqu'une partie à un contrat de métayage ne remplit pas ses obligations, empêchant la bonne gestion du fonds[1166]. Puis elle l'a appliquée lorsqu'un péril imminent menace le bon fonctionnement ou les intérêts de la société. Dans un arrêt de 1983, la Cour de cassation a ainsi cassé un arrêt de Cour d'appel ayant donné à un séquestre, auquel avaient été confiées des actions, le pouvoir d'exercer les droits de vote correspondants. Elle a justifié sa décision en relevant que les juges du fond n'avaient pas recherché « *si cette mesure était commandée par la nécessité de préserver d'un péril imminent le bon fonctionnement ou les intérêts de la société* »[1167].

La possibilité de demander la désignation d'un mandataire ou d'un administrateur est ouverte à tout intéressé[1168]. Elle intervient essentiellement en référé. Le Code de procédure civil offre également une justification légale à la désignation d'un mandataire judiciaire[1169]. Le juge des référés est ainsi habilité, dans tous les cas d'urgence, à ordonner toutes les mesures que justifie l'existence d'un différend[1170]. Il peut prescrire en référé les mesures conservatoires ou de remise en état qui s'imposent pour prévenir un dommage imminent[1171]. Le prononcé de la substitution des organes sociaux entre bien dans le champ de ces dispositions et semble parfaitement justifié lorsque la sauvegarde des intérêts sociaux est en jeu.

B : LA MISSION DES MANDATAIRES DE JUSTICES : CONTROLE-DIRECTION OU CONTROLE-SURVEILLANCE ?

Le mandataire de justice va, tout comme le liquidateur, venir se substituer au dirigeant légal de la société, ou à tout le moins l'assister dans l'exercice de sa mission. Nous verrons

---

1165 C. LAPP, « La nomination judiciaire des administrateurs de sociétés », préc., spéc. p. 778

1166 Cass. soc., 15 mars 1956 : *Bull. civ.* 1956 n° 256 : « *Mais attendu que les tribunaux et en cas d'urgence les juges des référés sont investis d'un pouvoir souverain d'appréciation à l'effet d'ordonner un administrateur-séquestre, lorsqu'ils estiment que cette mesure est indispensable et urgente - qu'il en est ainsi lorsqu'à l'occasion d'un bail à colonat partiaire l'une des partie empêche une saine gestion du fonds, rompant l'harmonie nécessaire à l'exécution du contrat de métayage basé sur la confiance réciproque* »

1167 Cass. com., 15 févr. 1983, n° 80-11968 : *Bull. civ.* 1983, n° 66

1168 C. LAPP, « La nomination judiciaire des administrateurs de sociétés », préc., spéc. p. 777

1169 J. BOLARD, « Administration provisoire et mandat ad hoc : du fait au droit », préc., spéc. n° 13 p. 482

1170 articles 808 et 872 du Code de procédure civile : le président du tribunal de grande instance ou du tribunal de commerce « *Dans tous les cas d'urgence,* […] *peut ordonner en référé toutes les mesures qui ne se heurtent à aucune contestation sérieuse ou que justifie l'existence d'un différend* »

1171 articles 809 et 873 du Code de procédure civile

toutefois que seul l'administrateur provisoire peut vraiment être qualifié de contrôlaire. Ce n'est pas le cas du mandataire *ad hoc.* Nous étudierons dans un premier temps la mission du mandataire *ad hoc* (1), puis dans un second temps, la mission de l'administrateur provisoire (2).

1 : La mission ponctuelle et spéciale de représentation ou de contrôle-surveillance du mandataire *ad hoc*

154. L'accomplissement d'un acte déterminé. Ce qui distingue le mandataire ad hoc de l'administrateur provisoire est l'étendue de sa mission. Le mandataire *ad hoc* est désigné par le juge afin d'accomplir un acte déterminé qu'un organe social ne peut ou ne veut pas accomplir. Le caractère ponctuel de l'opération n'entraine pas un dessaisissement des organes de la société[1172]. Ces derniers restent en fonctions et continuent de diriger la société.

En vertu de l'article L. 225-103 II du Code de commerce, le juge peut ainsi désigner un mandataire *ad hoc* pour convoquer l'assemblée générale des actionnaires en cas de carence du conseil d'administration ou du directoire. La solution a été étendue par la jurisprudence à toutes les formes sociales[1173]. Dans ce cas, c'est au juge de fixer l'ordre du jour. Le mandataire peut éventuellement ajouter à cet ordre du jour dès lors qu'il ne dénature pas celui fixé par le magistrat[1174].

155. Conciliation, contrôle, enquête. On relève trois grandes missions régulièrement dévolues au mandataire *ad hoc*[1175]. Il sera nommé par exemple pour tenter d'obtenir une conciliation entre les parties ou au moins assister les dirigeants dans la recherche de cet arrangement. Dans un arrêt de 1990, la Cour d'appel de Paris a ainsi fait droit à la demande du Président directeur-général d'une SA qui souhaitait que soit confiée au mandataire provisoire, jusqu'à lors chargé de diriger la société, « *une mission* ad hoc *d'assistance du*

1172 J. CAVALLINI, « Le juge des référés et les mandataires de justice dans les sociétés in bonis », *Rev. sociétés* 1998, p. 247, spéc. p. 256

1173 V. par ex. dans une société civile immobilière : Cass. 3e civ., 19 févr. 1970, n° 68-13866 : *Bull. civ.* 1970, n° 123 : un associé avait vendu des parts de SCI mais avait refusé d'agréer l'acquéreur comme nouvel associé. Un administrateur avait été désigné aux fins de convoquer l'assemblée générale et de tenir pour favorable le vote du cédant. La Cour de cassation rejette le pourvoi formé contre cette décision : « *tout créancier pouvant exiger l'exécution de l'obligation lorsque cette exécution est possible, c'est à bon droit que la cour d'appel a statué comme elle l'a fait, la mission qu'elle a donnée à l'administrateur provisoire de la société civile immobilière du Domaine des Pastoureaux étant propre à remplir la dame X... dans les droits que Kadouch lui avait cédés* »

1174 Cass. com., 19 avril 2005, n° 02-17133 : *RJDA* 2005, n° 1109 : « *attendu qu'après avoir relevé que M. X... avait été investi d'une mission d'assistance du conseil d'administration et d'information des actionnaires et que la résolution relative à la cession des actions avait été proposée par le conseil d'administration, l'arrêt retient, par motifs propres et adoptés, que l'ordre du jour prescrit par le tribunal de commerce avait été entièrement respecté et que rien ne s'opposait à ce que d'autres résolutions fussent mises à l'ordre du jour par le mandataire de justice, dès lors qu'elles n'avaient ni pour objet ni pour effet de limiter directement ou indirectement les points établis par le tribunal qui étaient immuables par nature* »

1175 J. BOLARD, « Administration provisoire et mandat ad hoc : du fait au droit », préc., spéc. n° 28 et s., p. 486 et s.

conseil d'administration dans la recherche d'une solution des conflits en cours » entre les associés[1176]. Il peut également avoir pour mission de contrôler la gestion des dirigeants. La Cour de cassation a par exemple rejeté un pourvoi formé contre un arrêt ayant énoncé que les « *droits éventuels* (du demandeur) *étaient suffisamment protégés par la nomination d'un administrateur judiciaire avec les seuls pouvoirs de contrôler la gestion de la société jusqu'à ce qu'intervienne une décision sur le fond du litige* », dès lors qu'il « *n'établissait pas que la gestion de la société mettait en péril son existence ou même son fonctionnement* »[1177]. Il arrive également qu'on demande au mandataire judiciaire d'enquêter sur le bien-fondé d'une demande de désignation d'un administrateur ou même sur les origines et les conséquences des dissensions entre les parties[1178]. Dans ce cas, la mission du mandataire *ad hoc* relève du contrôle-surveillance.

156. Fonction de représentation. Deux autres cas de nominations d'un mandataire ad hoc tendent à se rapprocher des fonctions d'administrateur provisoire et ne s'en distinguent vraiment que par leur caractère ponctuel. Il s'agit tout d'abord de la désignation d'un mandataire chargé de voter à la place des associés minoritaires auteurs d'un abus de leur droit de vote[1179]. Certains auteurs estimaient que cette nomination était réservée au seul cas ou les associés minoritaires sont défaillants et non lorsque leur vote est hostile[1180]. La jurisprudence leur a donné tort, démontrant encore une fois l'importance de la distinction entre l'intérêt social et l'intérêt propre des associés. Dans un arrêt de 1998, la Cour de cassation a admis la nomination d'un mandataire *ad hoc* chargé de voter à la place d'un associé minoritaire, lequel avait été reconnu auteur d'un abus de droit en refusant de voter une augmentation de capital justifiée par le risque de dissolution de la société. Cet associé était bien présent lors de

---

1176 CA Paris 1ère ch. C, 7 juin 1990 : *Bull. Joly Sociétés* 1990, p. 760, note P. LE CANNU

1177 Cass. com., 7 juin 1988, n° 86-18955 : *Bull. Joly Sociétés* 1988, p. 581 - Cass. com., 10 janv. 1972 : *JCP G* 1972, II, 17134, note GUYON ; *Rev. sociétés* 1973, p. 118, note COUDERT

1178 T. com. Paris, réf., 14 févr. 1990 : *JCP G* 1990, II, 21561, note A. VIANDIER ; *RTD com*. 1990, p. 585, note CL. CHAMPAUD - en appel : CA Paris, 7 mars 1990 : *Rev. société* 1990, p. 256, note DAIGRE : la Cour d'appel confirme l'ordonnance de référé ayant nommé un mandataire chargé d'enquêter « *sur la situation de l'entreprise et l'opportunité de faire droit à la demande de désignation d'un administrateur provisoire, avec plus particulièrement pour mission de : - rechercher les causes des discussions entre les actionnaires du groupe Petrossian ; - rechercher les conséquences du conflit entre les actionnaires, les administrateurs vis-à-vis de l'intérêt supérieur du groupe ; - déterminer si la structure actuelle du groupe Petrossian est adaptée à une gestion appropriée* »

1179 Cass. com. 9 mars 1993, n° 91-14685 : préc. note 879 : suite à un abus de minorité, « *le juge ne pouvait se substituer aux organes sociaux légalement compétents,* […] *il lui était possible de désigner un mandataire aux fins de représenter les associés minoritaires défaillants à une nouvelle assemblé et de voter en leur nom dans le sens des décisions conformes à l'intérêt social mais ne portant pas atteinte à l'intérêt légitime des minoritaires* »

1180 D. TRICOT, « Abus de droit dans les sociétés - Abus de majorité et abus de minorité », préc., spéc. p. 625 : « *Peut on concevoir que le mandataire puisse, contre le gré des opposants, définir l'intérêt social et sa spécificité par rapport aux intérêts des divers associés, majoritaire ou minoritaire ?* »

l'assemblée générale et non simplement défaillant[1181]. Le mandataire n'est pas lié par une quelconque orientation du juge. Il doit « *voter en conformité avec les intérêts de la société, il ne doit pas pour autant porter atteinte à l'intérêt légitime des associés en cause* »[1182]. Le mandataire dispose d'un véritable pouvoir d'opportunité et se trouve substitué à certains associés. Il peut orienter le vote de l'assemblée générale.

Enfin, un mandataire judiciaire peut être nommé pour représenter la société lors d'une instance en cours en cas de carence de l'organe légal de représentation[1183] ou pour prévenir un éventuel conflit d'intérêts entre ce dernier et la société[1184]. On parle de mandat *ad litem*. Ce dernier confère au mandataire un pouvoir spécial de représentation en justice. Il peut faire tous actes juridiques nécessaires à la procédure pour laquelle il a été mandaté : « *assignation, saisine, de la juridiction, conclusion écrite, comparution à l'audience et plaidoirie* »[1185]. En vertu de l'article 417 du Code de procédure civile, le mandataire peut également faire ou accepter un désistement, acquiescer, faire, accepter ou donner des offres, un aveu ou un consentement. Il s'agit d'une véritable présomption de pouvoir dont peuvent se prévaloir le juge et la partie adverse.

La mission du mandataire *ad hoc* est donc ponctuelle et spéciale. Il ne détient pas le pouvoir de définir le risque social et ne peut être considéré comme disposant du contrôle-direction de la société. Il agit soit en qualité de représentant ou de conciliateur, soit exerce un

---

1181 Cass. com., 5 mai 1998, n° 96-15383 : *Bull. civ.* 1998, n° 149 ; *D. affaires* 1998, p. 1097 ; *LPA* 22 févr. 1999, p. 10, note S. ALMASEANU ; *Rev. soc*. 1999, p. 344, note M. BOIZARD : « *Attendu que M. X... reproche à l'arrêt d'avoir confirmé le jugement en ce qu'il avait ordonné la convocation d'une assemblée générale extraordinaire pour voter le principe d'une augmentation de capital et nommé un mandataire ad hoc afin de voter le cas échéant en ses lieu et place dans l'intérêt de la société alors, selon le pourvoi, que l'abus de minorité se définit comme l'attitude des associés minoritaires qui porte atteinte à l'intérêt social, en empêchant la réalisation d'une opération essentielle pour la société, et dans le but unique de favoriser égoïstement leurs intérêts personnels ; qu'en l'espèce, en se bornant à affirmer que son opposition apparaissait dictée par des considérations purement personnelles, sans indiquer en quoi, selon elle, celui-ci agissait de la sorte dans le seul but de favoriser ses propres intérêts, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article 1382 du Code civil ; Mais attendu que l'arrêt retient que le refus de M. X... de voter l'augmentation de capital indispensable à la survie de la société, avait eu pour seul but d'entraver le fonctionnement de celle-ci et avait été dicté par des considérations purement personnelles, notamment son éviction du conseil d'administration et les intérêts qu'il possédait dans une société concurrente, dont son gendre, lui-même évincé de la société SAAM, détenait la majorité du capital ; qu'en l'état de ces constatations et énonciations, la cour d'appel a légalement justifié sa décision ; d'où il suit que le moyen n'est pas fondé* »

1182 J. CAVALLINI, « Le juge des référés et les mandataires de justice dans les sociétés in bonis », préc., spéc. p. 274

1183 Cass. com., 15 nov. 2005, n° 04-19293 : *Bull. civ.* 2005, n° 244 ; *RJDA* 2006, p. 247 : « *si le débiteur est recevable, en vertu du droit propre qu'il tient de l'article L. 621-105 du Code de commerce, à former un pourvoi en cassation contre l'arrêt qui statue sur une admission de créance, il ne peut, s'agissant d'une société dissoute en application de l'article 1844-7,7 du Code civil et dont le dirigeant est privé de ses pouvoirs à compter de la liquidation judiciaire, exercer ce droit que par l'intermédiaire de son liquidateur amiable ou d'un mandataire* ad hoc » - Cass. com., 2 juin 2004, n° 03-11090 : *Bull. civ.* 2004, IV, 113 ; *Bull. Joly Sociétés* 2004, p. 1366, note PH. PETEL ; *D.* 2004, p. 1815, note A. LIENHARD ; *Dr. et patrimoine* oct. 2004, p. 118, note M.-H. MONSERIE-BON ; *Act. proc. coll.* 2004, n° 13, comm. 165, note J. VALLANSAN ; *JCP E* 2004, 1550, note F. VINCKEL - Cass. com., 20 févr. 2001, n° 97-22019 : préc. note 1155

1184 articles R. 223-32 du Code de commerce pour la SARL et R. 225-170 pour la SA : en cas d'action sociale *ut singuli*, « *le tribunal peut désigner un mandataire ad hoc pour représenter la société dans l'instance, lorsqu'il existe un conflit d'intérêt entre celle-ci et ses représentants légaux* »

1185 Y. LETARTRE, « Le mandat *ad litem* », *RJ com.* 1993, p. 309, spéc. n° 17 p. 317

une mission de contrôle-surveillance. Dans tous les cas, sa mission est guidée par l'intérêt social, fondement de sa désignation[1186].

2 : La mission de contrôle-direction de l'administrateur provisoire

157. Le dessaisissement du dirigeant. Le rôle de l'administrateur provisoire est beaucoup plus étendu que celle du mandataire *ad hoc*. Il sera nommé par le juge en cas de crise grave rencontrée par la société, lorsque ses organes sociaux ne sont plus en mesure de mener à bien leur mission[1187]. A la différence de la désignation d'un mandataire ad hoc, la nomination d'un administrateur provisoire entraine le dessaisissement des dirigeants de la société. L'organe social dessaisi est « *privé de tous ses pouvoirs en suite de la désignation d'un administrateur provisoire* »[1188]. Néanmoins, il est intéressant de noter que les dirigeants se trouvent dessaisis de leur pouvoir de direction mais pas de leur qualité. Ainsi, ils restent habilités à recevoir la signification de l'arrêt confirmant la liquidation judiciaire de la société[1189].

158. Conditions de désignation. Classiquement, un mandataire provisoire sera nommé à deux conditions : un péril imminent et une atteinte au fonctionnement normal de la société. La mission de l'administrateur provisoire est donc fondée sur l'impérieuse nécessité de préserver l'intérêt social[1190]. Cette crise doit néanmoins n'être que provisoire. Si elle s'avérait insoluble, elle devrait conduire à la dissolution de la société sur le fondement de l'article 1844-7 5° du Code civil. Dès lors que ces deux critères sont relevés, l'administrateur nommé aura une double mission : « *résoudre la crise d'une part ; assurer, en attendant, la survie de la société d'autre part* »[1191]. La doctrine et la jurisprudence ne sont pas claires sur l'étendue exacte de cette mission.

159. L'attribution des pouvoirs du dirigeant. La Cour de cassation a eu l'occasion d'énoncer que « *l'administrateur provisoire est investi des pouvoirs conférés par la loi à un*

1186 Cass. com., 15 févr. 1983, n° 80-11968 : préc. note 1167

1187 Y. GUYON, « Les missions des administrateurs provisoires de sociétés », préc., spéc. p. 104

1188 Cass. com., 15 mai 1990, n° 88-19232 : *Bull. civ.* IV, n° 148 - Cass. 2e civ., 17 juill. 1976, n°75-10409 : *Bull. civ*. II, n° 251

1189 Cass. com., 30 juin 2004, n° 03-12627 : *Bull. civ.* 2004, n° 136 ; *Act. proc. coll.* 2004, n° 16, comm. 203, note M.-H. MONSERIE-BON ; *D.* 2004, p. 2043, note A. Lienhard et p. 2429, note F. DERRIDA, P. JULIEN et J.-F. RENUCCI ; *JCP E* 2004, 1550, note F. VINCKEL *; JCP E* 2005, 31, note PH. PETEL : le dirigeant, « *bien que privé de ses pouvoir de représentation dès le prononcé de la liquidation judiciaire de la société, demeurait une personne habilité à recevoir la signification de l'arrêt* » - Cass. com., 12 avril 2005 : préc. note 1155 – F.-X. LUCAS, « Dessaisissement des organes de direction d'une société en cas de désignation d'un administrateur provisoire », note sous Cass. 3e civ., 25 oct. 2006, *Bull. Joly Sociétés* 2007, p. 274, spéc. p. 277

1190 V. *supra* n° 111

1191 Y. GUYON, « Les missions des administrateurs provisoires de sociétés », préc., spéc. p. 106

dirigeant social »[1192]. Ce n'est que la conséquence du dessaisissement des organes sociaux. Dès lors, même si en principe c'est au juge de définir les contours de l'action de l'administrateur provisoire, les magistrats se contentent généralement de définir très largement cette mission. Elle consiste généralement à « *administrer et gérer tant activement que passivement* » la société[1193]. Le juge peut malgré tout prévoir que certains actes ne pourront être accomplis sans son autorisation[1194].

Outre le règlement du conflit, la mission de l'administrateur a un caractère essentiellement conservatoire[1195]. Pour Guyon, il a « *incontestablement le pouvoir d'expédier les affaires courantes, c'est-à-dire d'accomplir des actes conservatoires et des actes d'administration* »[1196]. Dès lors, la doctrine s'est interrogée sur l'étendue exacte de cette mission. L'administrateur provisoire peut-il être considéré comme le dirigeant de la personne morale ? Selon Guyon, l'administrateur « *doit faire tout ce qui est utile à la survie de la société, mais rien de plus que ce qui est nécessaire. Il ne peut donc avoir les audaces d'un chef d'entreprise.* […] *Il ne saurait ni engager l'avenir ni revenir sur des actes régulièrement conclus avant son entrée en fonction* »[1197]. Il est certain qu'il peut accomplir certains actes de disposition dès lors qu'ils sont justifiés au regard de la continuité de l'exploitation. Il peut ainsi résilier un contrat préjudiciable à la société[1198], ou au contraire conclure les contrats nécessaires à la poursuite de l'activité[1199], y compris pourvoir à son financement[1200], ou

---

1192 Cass. com. 6 mai 1986, n° 84-14430 : *Bull. civ.* 1986, n° 77 ; *Rev. sociétés* 1987, p. 286, note Y. GUYON *; Defrénois* 1987, art. 33950, note J. HONORAT

1193 V. par ex. Cass. com., 5 nov. 1971, n° 69-14706 : *Bull. civ.* 1971, n° 261 ; *D.* 1972, somm. p. 105 ; *Rev. sociétés* 1972, p. 479, note J. H ; *RTD com.* 1972, p. 404 - Cass. com., 23 mars 1971, n° 70-11674 : *Bull. civ.* 1971, n° 90 - Cass. 3e civ., 25 oct. 2006, n° 05-15393 : *Bull. civ.* 2006, n° 210 ; *Bull. Joly Sociétés* 2007, p. 274, note F.-X. LUCAS ; *D.* 2006, p. 2792, note A. LIENHARD ; *Dr. sociétés* 2007, comm. 41, note H. LECUYER ; *RJDA* 2007, n° 360 - Cass. 3e civ., 3 mai 2007, n° 05-18486 : *Bull. civ.* 2007, n° 70 ; *Dr. sociétés* 2007, comm. 127, note H. LECUYER ; *JCP G* 2007, IV, 2142 ; *D.* 2007, p. 1435 ; *Bull. Joly Sociétés* 2007, p. 1057, note B. SAINTOURENS

1194 V. par exemple pour la suppression de la rémunération du cogérant dessaisi : Cass. com., 21 avril 1992, n° 90-19860 : *Bull. civ.* 1992, n° 175 ; *JCP E* 1992, II, 348, note PETIT ; *Rev. sociétés* 1992, p. 485, note Y. GUYON

1195 Cass. civ., 9 juill. 1974, n° 73-12282 : *Bull. civ.* 1974, n° 222

1196 Y. GUYON, « Les missions des administrateurs provisoires de sociétés », préc., spéc. n° 10 p. 111

1197 Y. GUYON, « Les missions des administrateurs provisoires de sociétés », préc., spéc. n° 10 p. 111

1198 Cass. com., 18 avr. 1961 : *Bull. civ.* 1961, n° 168 ; *JCP G* 1961, II, 12164 : l'administrateur provisoire de la société « Pouzzo-ciment » avait mis fin à un contrat de fourniture en cours, garanti personnellement par un administrateur. Ce dernier a alors agi en responsabilité pour faute contre l'administrateur. La Cour d'appel fait droit à cette demande. La Cour de cassation casse l'arrêt au motif que la Cour d'appel n'avait pas recherché « *si l'arrêt de l'exploitation de la société « Pouzzo-ciment » ne s'imposait pas d'urgence, compte tenu de la situation obérée de celle-ci* »

1199 Cass. com., 26 janv. 1981 : *Rev. sociétés* 1981, p. 606, note SIBON : l'administrateur provisoire de la société Imprimerie Royer avait passé des commande de papier demeurées impayées, la société ayant ensuite été liquidée. La Cour d'appel rejette l'action en responsabilité intentée contre l'administrateur. La Cour de cassation rejette le pourvoi : « *la cour d'appel a relevé que les commandes litigieuses constituaient des actes d'administration courante et portaient sur des matières premières indispensables à la marche de l'entreprise, qu'elles avaient été passées à des dates proches de la désignation de* (l'administrateur)*, alors que celui-ci, après avoir procédé à toutes les diligences nécessaires pour connaître la situation financière de la société, avait établi des comptes d'administration provisoire qui « n'allaient pas dans le sens d'une issue fatale »* ». D'où il résulte que l'administrateur n'avait commis aucune faute.

1200 Cass. com., 15 janv. 1964 : *Bull. civ.* 1964, n° 29 : La Cour de cassation rejette le pourvoi formé contre une Cour d'appel à laquelle il est reproché de ne pas avoir précisément délimité les pouvoir de l'administrateur. En déclarant :

encore céder les actifs non nécessaires à la poursuite de l'exploitation[1201]. Plus largement, l'administrateur est tenu des obligations légales pesant normalement sur le dirigeant social. Comme l'a énoncé un arrêt de la Cour d'appel de Paris : « *la mission de gérer et d'administrer une société confiée à un administrateur provisoire inclut l'accomplissement de tous les actes nécessaires et urgents liés au fonctionnement de la société et spécialement l'exécution des prescriptions légales* »[1202]. Il est ainsi obligé de convoquer l'assemblée générale pour statuer sur l'éventuelle dissolution de la société dès lors que les capitaux propres sont inférieurs à la moitié du capital social[1203]. Il peut également déclarer la société en cessation de paiement[1204].

Il semble néanmoins que certains actes particulièrement importants ne rentrent pas dans la compétence de l'administrateur provisoire. Dans un arrêt de 1969, la Cour de cassation a ainsi exclu qu'il puisse donner son agrément à un nouvel associé bien qu'une clause des statuts confie ce pouvoir aux dirigeants[1205]. La Cour d'appel a légalement justifié sa décision : « *l'arrêt déclare que le pouvoir discrétionnaire conféré au conseil d'administration par l'article 13 des statuts d'accepter ou de refuser les acquéreurs étrangers à la société proposés par l'actionnaire désireux de céder tout ou partie de ses actions nominatives, pouvoir dérogatoire au principe de la liberté de cession des actions d'une société anonyme, sort du cadre de la mission confiée à* [l'administrateur provisoire] *par un arrêt antérieur de la même cour d'appel en date du 28 mai 1964 qui le chargeait seulement de gérer tant activement que passivement la société et de convoquer dès que possible une assemblée générale pour procéder a la nomination des administrateurs* ». Il ne peut pas non plus

---

« *qu'il importe de rappeler que la SOGECI est essentiellement une société immobilière, dont l'objet est la construction d'immeubles et leur vente par appartements avec le concours financier du crédit foncier, que, par suite, l'administrateur a qualité pour donner toute signature, notamment au crédit foncier ou aux autres organismes préteurs, pour assurer l'achèvement des travaux en cours et leur payement, pour régulariser le cas échéant les compromis précédemment signés et enfin pour réaliser des ventes d'appartements dans le cadre des besoins de la société, que doivent être exclues toutes opérations nouvelles ;* […] *la cour d'appel a répondu aux conclusions* (du demandeur) *et n'a pas excédé, eu égard a l'objet de la société, le droit qui lui appartenait de fixer les pouvoirs de l'administrateur provisoire* »

1201 Cass. com., 5 nov. 1971, n° 69-14706 : préc. note 1193 : « *l'arrêt déféré se borne à décider que les administrateurs désignés pour gérer la société avec les pouvoirs les plus étendus, auront notamment celui de procéder à des réalisations d'actifs qui ne seraient pas jugées utiles à une éventuelle continuation de l'exploitation ; que, dès lors, la cour d'appel a pu, sans se contredire, statuer comme elle l'a fait* »

1202 CA Paris, 3 déc. 1993 : *Bull. Joly Sociétés* 1994, p. 299, note B. SAINTOURENS

1203 CA Paris, 3 déc. 1993, préc. note 1202 : « *compte tenu des dispositions précitées de l'article 68 de la loi du 24 juillet 1966, il appartenait à l'administrateur provisoire de provoquer une décision des associés sur la dissolution anticipée éventuelle de la société* »

1204 De nombreux arrêts relèvent que la déclaration de cessation des paiements a été effectuée par l'administrateur provisoire. V. par ex. Cass. com., 13 nov. 2002, n° 99-10631 **:** *Bull. civ.* 2002, n° 165 ; *Bull. Joly Sociétés* 2003, p. 396, note F.-X. LUCAS ; *D.* 2003, P. 269, note F. DERRIDA ; *LPA* 29 avr. 2003, p. 18, note F. DERRIDA - Cass. com., 9 janv. 1996, n° 93-16463 : *Bull. civ.* 1996, n° 9 ; *Bull. Joly Sociétés* 1996, p. 530, note J. VALLANSAN - Cass. com., 11 avril 1995, n° 92-20032 : *Bull. civ.* 1995, n° 126 ; *Bull. Joly Sociétés 1*995, p. 696, note A. MARTIN-SERF

1205 Cass. com., 27 oct. 1969 : *Bull. civ*. 1969, n° 314 ; *RTD com*. 1970, p. 423, note R. HOUIN

convoquer une assemblée générale extraordinaire aux fins de modifier les statuts sauf autorisation judiciaire ou obligation légale[1206], et encore moins se substituer à l'assemblée générale extraordinaire pour décider de la dissolution de la société ni même de la révocation de son dirigeant[1207]. Enfin, l'administrateur provisoire d'une société civile, propriétaire de locaux à usage commercial, ne peut saisir le juge des loyers commerciaux d'une demande tendant à faire fixer le prix d'un bail renouvelé[1208]. Certains auteurs semblent s'accommoder de ces restrictions. Ils les expliquent par le caractère conservatoire et provisoire de la mission de l'administrateur[1209]. D'autres sont plus critiques. Ainsi, Monsieur Saintourens, dans ses observations relatives à l'arrêt de la chambre commerciale du 3 mai 2007, estime que la seule limite susceptible d'encadrer la mission de l'administrateur devrait être l'intérêt social. En effet, selon lui, ce critère « *tout en favorisant une gestion utile de la société,* […] *permet de réaliser des actes qui demeurent sous le contrôle des associés comme des juges* »[1210]. L'atteinte à l'intérêt social est le fondement essentiel de la nomination de l'administrateur provisoire[1211] et il semblerait logique que ce qui fonde l'action de l'administrateur en constitue également les limites.

Pour autant, il semble difficile de nier le pouvoir de contrôle-direction que confère à l'administrateur sa mission, et les auteurs s'accordent sur ce point[1212]. Ce dernier dispose d'un large pouvoir d'opportunité pour assurer la gestion et l'administration de la société[1213] et les limitations qui lui sont imposées ne sont pas exemptes de critiques. La principale concerne la

---

1206 Cass. com. 7 mars 1956 : *JCP G* 1956, II, 9356, note D. B. ; *RTD com.* 1956, p. 458, note J. RAULT : L'administrateur « *doté seulement de « pouvoir d'usage »,* […] *n'avait pas dès lors qualité pour convoquer des assemblées générales aux fins de modifications statutaires* »

1207 CA Pau, 2e ch. 1, 4 déc. 2008 : préc. note 1160 : « *il n'est pas au pouvoir du juge de charger un administrateur provisoire, dont la mission est de nature conservatoire, de décider de la dissolution de la société ou de révoquer le gérant et, ce faisant, de le substituer aux assemblées générales extraordinaire et ordinaire seules habilitées à délibérer sur ces questions* »

1208 Cass. 3e civ., 3 mai 2007, n° 05-18486 : préc. note 1193 : « *ayant relevé que l'ordonnance du 13 juin 1990 désignant l'administrateur provisoire lui avait confié la mission d'administrer et gérer tant activement que passivement la SCI, réviser notamment toutes les situations locatives, et prendre toutes les décisions utiles à la SCI, la cour d'appel qui a répondu aux conclusions, en a exactement déduit, sans dénaturer ni cette ordonnance ni les résolutions adoptées par l'assemblée générale de la SCI le 6 mars 1991, que si l'administrateur provisoire pouvait accomplir les actes de conservation et d'administration impliqués par toute gestion courante, la nature conservatoire de sa mission ne l'autorisait pas à saisir le juge des loyers commerciaux d'une demande tendant à faire fixer le prix d'un bail renouvelé* »

1209 J. BOLARD, « Administration provisoire et mandat *ad hoc :* du fait au droit », préc., spéc. n° 22 p. 484 - *Rép. sociétés Dalloz*, V° Administrateur provisoire, par B. LECOURT, spéc. n° 99 : « *Puisque les pouvoirs de l'administrateur sont limités par la nature conservatoire et provisoire de la mission conférée par le juge, ils ne peuvent, quoi qu'il en soit, être parfaitement identiques à ceux dont disposent les dirigeants* »

1210 B. SAINTOURENS, note sous Cass. com., 3 mai 2007, n° 05-18486, *Bull. Joly Sociétés* 2007, p. 1057, spéc. p. 1062

1211 V. *supra* n° 111

1212 V. par ex. J. CAVALLINI, « Le juge des référés et les mandataires de justice dans les sociétés in bonis », préc., spéc. p. 260 qui titre : « *Le pouvoir directorial de l'administrateur provisoire* »

1213 V. par ex. J. CAVALLINI, « Le juge des référés et les mandataires de justice dans les sociétés in bonis », préc., spéc. p. 267

sécurité juridique des tiers. En effet, lorsqu'ils contractent en temps normal avec la société, les tiers n'ont guère à se soucier de l'étendue des pouvoirs de son dirigeant, cette dernière étant engagée même en cas de dépassement de l'objet social. Une telle présomption ne s'applique pas au mandataire judiciaire et dès lors que l'opération sort des actes courants de la vie sociale, les cocontractants se devront de vérifier l'étendue des pouvoirs dont dispose le représentant judiciaire de la société[1214].

Les pouvoirs de l'administrateur sont donc en pratique très vastes et il dispose d'une grande liberté d'action. Il a le pouvoir de définir le risque social et doit assurer la continuité de l'exploitation par la réalisation de l'objet social. Malgré certains arrêts, il semble que la seule limite qu'il serait raisonnable de lui opposer est l'intérêt social. Pour le reste, ces attributions doivent nécessairement se calquer sur les prérogatives des dirigeants sociaux. En effet, dès lors que sa mission d'administration est générale, on ne voit pas pourquoi il ne serait pas possible de le qualifier de contrôlaire avec toutes les conséquences que cela implique.

PARAGRAPHE 3 : L'ADMINISTRATEUR JUDICIAIRE

160. L'absence de dessaisissement de plein droit du dirigeant. L'ouverture d'une procédure collective ne met pas fin de plein droit aux pouvoirs des organes sociaux. L'article L. 622-1, I, du Code de commerce dispose que « *l'administration de l'entreprise est assurée par son dirigeant* ». La jurisprudence consacre cette solution depuis longtemps[1215]. Néanmoins, le juge peut charger un administrateur judiciaire d'assister les dirigeants pour tous les actes relatifs à la gestion ou certains d'entre eux[1216] voire d'assurer seuls, entièrement ou en partie, l'administration de l'entreprise[1217]. Sa désignation, en cas de procédure de sauvegarde ou de redressement judiciaire, n'est obligatoire que dans les sociétés de plus de vingt salariés ou dont le chiffre d'affaires est supérieur à trois millions d'euros[1218]. Dans les autres cas, elle est laissée à la libre appréciation du juge, à la demande du débiteur, du mandataire judiciaire ou du ministère public, dans le cadre d'une procédure de sauvegarde[1219],

---

1214 Y. GUYON, « Les missions des administrateurs provisoires de sociétés », préc., spéc. n° 12 p. 114

1215 Cass. com., 10 mai 1960 : *Bull. civ.* 1960, n° 166 ; *RTD com.* 1961, p. 147, note HOUIN : « *mais attendu, d'une part, que la faillite ne mettant pas fin aux fonctions du gérant, la cour d'appel considère à bon droit qu'en cette qualité* (le gérant) avait son domicile au siège de la société » - Cass. soc., 13 mai 1965, n° 64-11880 : *Bull. civ.* 1965, n° 387 ; *RTD com.* 1965, p. 898, note HOUIN – C. SAINT-ALARY-HOUIN, « La répartition des pouvoirs au cours de la période d'observation », *Rev. proc. coll.* 1990, p. 3, spéc. n° 9 et s., p. 7 et s.

1216 articles L. 622-1, II et L. 631-12 al. 2 du Code de commerce

1217 article L. 631-12 al. 2 du Code de commerce

1218 articles L. 621-4 al. 3 et 4 et R. 621-11 du Code de commerce

1219 article L. 621-4 al. 4 du Code de commerce

ou d'office en cas de redressement judiciaire[1220]. Ce dessaisissement total ou seulement partiel du dirigeant a-t-il une incidence sur la qualification de la mission de l'administrateur judiciaire ?

L'étendue de la mission de l'administrateur doit obligatoirement être fixée par le juge. A défaut de précision dans le jugement d'ouverture, celui-ci risque la nullité[1221]. Elle doit également faire l'objet d'une publication au RCS et au BODACC[1222].

Outre la simple mission de surveillance des actes du débiteur dans le cadre de la procédure de sauvegarde[1223], on peut donc distinguer trois degrés d'investissement de l'administrateur judiciaire dans la gestion de l'entreprise d'une part l'assistance (A) et d'autre part le dessaisissement, qu'il soit partiel ou total, (B) des dirigeants. Il s'agira de qualifier dans chaque cas la mission de l'administrateur.

A : L'ASSISTANCE DU DIRIGEANT : MISSION DE CONTROLE-DIRECTION

Le juge peut charger l'administrateur provisoire d'une mission d'assistance du débiteur (1), néanmoins, quelle que soit l'étendue de cette mission, l'administrateur est seul compétent pour décider de la poursuite des contrats en cours (2). Dès lors, il semble que l'on puisse le qualifier de contrôlaire (3).

1 : La mission d'assistance par l'administrateur judiciaire

161. L'obligation de contreseing. Que ce soit dans le cadre d'une procédure de sauvegarde ou de redressement judiciaire, le juge peut confier à l'administrateur la mission d'assister le débiteur pour « *tous les actes de gestion ou pour certains d'entre eux* »[1224].

L'assistance de l'administrateur se matérialise dans l'obligation de contreseing des actes du dirigeant[1225]. Certains auteurs parlent « *d'administration conjointe de l'entreprise* »,

---

1220 article L. 631-9 du Code de commerce

1221 CA Versailles, 5 janv. 1988 : *D.* 1988, somm. p. 9, note F. DERRIDA : « *considérant que le jugement a désigné un administrateur dont la mission n'est aucunement précisée, aucune indication n'étant, notamment, apportée sur la poursuite d'activité, les modalités d'établissement du rapport d'enquête puis du plan* […] *qu'il s'agit de dispositions d'ordre public affectant la saisine de la juridiction et dont la violation entraine la nullité du jugement…* » - CA Rouen, 9 janv. 1992 : *Rev. proc. coll.* 1993, p. 50 ; *RJDA* 1992, n° 189 – P. LE CANNU, J.-M. LUCHEUX, M. PITRON et J.-P. SENECHAL, *Entreprises en difficulté, prévention, redressement et liquidation judiciaire*, GLN Joly 1994, spéc. n° 637 p. 351

1222 article R. 621-8 du Code de commerce, valable également pour toute modification de la mission de l'administrateur : article R. 622-1 du Code de commerce

1223 article L. 622-1, II du Code de commerce

1224 articles L. 622-1, II et L. 631-12 al. 2 du Code de commerce – J. VALLANSAN, P. CAGNOLI, L. FIN-LANGER et C. REGNAUT-MOUTIER, *Difficultés des entreprises, commentaire article par article du Livre VI du Code de commerce*, Litec 5e éd. 2009, spéc. p. 75

comparable à la situation des époux mariés sous le régime de la communauté[1226]. L'administrateur dispose du pouvoir d'empêcher certains actes mais il ne peut, par contre, obliger le dirigeant à accomplir certaines opérations contre sa volonté. Il ne dispose d'aucun pouvoir d'initiative[1227].

La portée de cette mission d'assistance pose quelques difficultés. Dans les temps qui ont suivi l'avènement de la loi de 85, la doctrine s'accordait pour faire de ce contreseing une obligation pour tous les actes passés par le dirigeant rentrant dans le cadre de la mission judiciaire d'assistance. Elle a ensuite évolué pour admettre que les actes de gestion courante pouvaient être accomplis sans la participation de l'administrateur dès lors que la décision du juge ne l'a pas expressément prévu[1228]. La jurisprudence semble aller dans ce sens. Dans un arrêt de 2005, la Cour de cassation a rejeté un pourvoi formé contre un arrêt ayant reconnu la responsabilité de l'administrateur judiciaire. En effet, si « *l'administrateur n'avait pas l'obligation de viser chacune des commandes qui entraient dans la catégorie des actes de gestion courante* », il se devait d'« *alerter* (le cocontractant) *du risque de ne plus être honorée du prix des nouvelles livraisons* » dès lors qu'il savait « *que la situation de la société était irrémédiablement compromise* »[1229]. On peut donc en déduire que le dirigeant peut pourvoir seul la gestion courante de l'entreprise mais que cela n'exonère pas l'administrateur d'assurer un minimum de surveillance afin de garantir la sécurité des tiers.

2 : La poursuite des contrats en cours

162. Compétence propre de l'administrateur judiciaire. Quelle que soit l'étendue des pouvoirs que le juge a confiés à l'administrateur judiciaire, celui-ci dispose toujours du droit d'exiger la poursuite des contrats en cours[1230]. En effet, « *nonobstant toute disposition légale*

1225 Cass. com., 4 févr. 1992, n° 90-15977 : *Bull. civ.* 1992, n° 54 ; *JCP E* 1992, I, 192, n° 3 note M. CABRILLAC et PH. PETEL : « *Mais attendu que le contrat d'avance sur ristournes ayant été signé après l'ouverture de la procédure collective par le débiteur sans l'assistance de l'administrateur, c'est à bon droit que la cour d'appel a décidé que la créance invoquée par la société Yacco n'était pas née régulièrement au sens de l'article 40 de la loi du 25 janvier 1985 et qu'elle n'entrait pas dans les prévisions de ce texte* »

1226 P.-M. LE CORRE, *Droit et pratique des procédures collectives*, Dalloz 6e éd. 2011, spéc. n° 421.33 p. 692

1227 M. JEANTIN et P. LE CANNU, *Droit commercial, Entreprise en difficulté*, préc. spéc. n° 312 p. 218 - Cass. com., 13 nov. 2002, n° 98-11366 : *Bull. civ.* 2002, n° 162 ; *D.* 2003, act. jurispr. p. 204 ; *Rev. proc. coll.* 2004, p. 44, note LEBEL ; *Act. proc. coll.* 20/12/2002, n° 259 : « *l'initiative de la demande de prorogation du permis de construire n'entrait pas dans la mission d'assistance de l'administrateur, par ailleurs dépourvu du pouvoir de se substituer aux acquéreurs pour mettre en œuvre, à leur profit, la garantie d'achèvement* »

1228 C. SAINT-ALARY-HOUIN, *Droit des entreprises en difficulté*, Montchrestien 7e éd. 2011, spéc. n° 506 p. 313

1229 Cass. com., 10 mai 2005, n° 04-11222 : *RJDA* 2005, n° 1006 ; *Gaz. Pal.* 4 nov. 2005, p. 18, note CH. BIDAN

1230 article L. 622-13 II du Code de commerce : « *L'administrateur a seul la faculté d'exiger l'exécution des contrats en cours en fournissant la prestation promise au cocontractant du débiteur* » – Cette disposition vient consacrer une jurisprudence rendue sous l'empire de la loi de 1967 : Cass. com., 3 févr. 1981, n° 78-12035 : *Bull. civ.* 1981, n° 60 ; *D.* 1981, jurispr. p. 377, note F. DERRIDA ; *JCP CI* 1981, I, 9180, n° 19, note M. CABRILLAC et ARGENSON : « *le syndic dispose personnellement de la faculté d'exiger l'exécution des contrats en cours lors de la survenance du règlement*

ou toute clause contractuelle, aucune indivisibilité, résiliation ou résolution d'un contrat en cours ne peut résulter du seul fait de l'ouverture d'une procédure de sauvegarde »[1231]. Les cocontractants sont tenus d'honorer les contrats conclus antérieurement à la cessation de paiement, quand bien même le débiteur n'aurait pas exécuté ses propres obligations[1232]. Il n'y a pas de définition légale ou jurisprudentielle du contrat en cours. La doctrine majoritaire considère qu'un contrat est en cours d'exécution dès lors que les obligations essentielles qu'il renferme au profit du débiteur ne sont pas éteintes ou n'ont pas encore été exécutées[1233].

En vertu de l'article L. 622-13 alinéa 1er, l'administrateur judiciaire est seul compétent pour décider du sort des contrats en cours[1234]. Il est totalement libre d'exiger ou non la poursuite d'un contrat en cours[1235]. Jusqu'à la Loi n°94-475 du 10 juin 1994, l'exercice de l'option était totalement discrétionnaire[1236]. Désormais, l'administrateur judiciaire ne peut exiger la poursuite d'un contrat en cours que s'il est certain que la société débitrice aura les moyens d'exécuter ses obligations[1237]. Par contre, la jurisprudence semble admettre qu'il ne soit pas lié par le caractère nécessaire du contrat pour la poursuite de l'activité. La Cour de cassation, en 2004, a ainsi rejeté le pourvoi formé contre une Cour d'appel ayant déclaré que « *l'adhésion à une association antérieurement au jugement ayant ouvert le redressement judiciaire, en vue d'assurer un revenu de substitution à un dirigeant de l'entreprise, constitue un contrat en cours dont l'administrateur peut exiger la continuation, au sens de l'article L. 621-28 du Code de commerce qui n'opère aucune distinction entre les contrats nécessaires*

---

judiciaire, il ne peut toutefois exercer cette prérogative au bénéfice d'un tiers qui prétendrait obtenir l'exécution à son profit »

1231 article L. 622-13 I du Code de commerce

1232 article L. 622-13 I, al. 2 du Code de commerce

1233 V. par ex. M. JEANTIN et P. LE CANNU, *Droit commercial, Entreprise en difficulté*, préc. spéc. n° 690 p. 479 : « *C'est donc la persistance de l'effet caractéristique du contrat à la charge du cocontractant au jour de l'ouverture de la procédure, qui permet de considérer que le contrat est en cours* […] *autrement dit, il est nécessaire que le débiteur ait encore quelque chose à attendre du contrat* » - F. DERRIDA, P. GODÉ et J.-P. SORTAIS, *Redressement et liquidation judiciaires des entreprises*, Dalloz, 3e éd. 1991, n° 392 p. 262 : « *De façon générale, est en cours le contrat dont, en vertu de ses propres dispositions, l'exécution n'est pas encore terminée* […]. *En revanche, lorsque les principales prestations attendues ont été fournies avant le jugement, le contrat n'est pas en cours, même s'il n'a pas encore épuisé tous ses effets, comme la garantie légale ou conventionnelle qui en découle* » - E. JOUFFIN, *Le sort des contrats en cours dans les entreprises soumises à une procédure collective*, LGDJ 1998, spéc. n° 209 et s. p. 161 et s. - : M.-H. MONSERIE, *Les contrats dans le redressement et la liquidation judiciaire des entreprises*, Litec 1994, spéc. n° 176 p. 167 : « *le critère fondamental de la notion de contrat en cours est assurément celui de la persistance après l'ouverture de la procédure de l'existence d'une obligation à la charge du cocontractant* » - C. SAINT-ALARY-HOUIN, *Droit des entreprises en difficulté*, préc., spéc. n° 550 p. 344- A. BAC, « De la notion de contrat en cours et de ses grandes conséquences, notamment pour les cautions », *JCP E* 2000, I, p. 22 – C. BRUNETTI-PONS, « La spécificité du régime des contrats en cours dans les procédures collectives », *RTD com.* 2000, p. 783

1234 M. JEANTIN et P. LE CANNU, *Droit commercial, Entreprise en difficulté*, préc. spéc. n° 703 p. 488

1235 M.-H. MONSERIE, *Les contrats dans le redressement et la liquidation judiciaire des entreprises*, préc., spéc. n° 540 p. 496

1236 F. DERRIDA, P. GODE et J.-P. SORTAIS, *Redressement et liquidation judiciaires des entreprises*, préc., spéc. n° 395, p. 265

1237 article L. 622-13 II, du Code de commerce

à la poursuite de l'activité et les autres »[1238]. L'article L. 622-13 actuel ne fait pas non plus une telle distinction. Cet arrêt n'a pas eu les honneurs de la publication au Bulletin. Dans ses observations, Monsieur Roussel Galle notait que « *la référence faite au caractère nécessaire dudit contrat pour la poursuite de l'activité* [devait] *être retenue avec la plus grande prudence* »[1239]. Jocelyne Vallansan est plus affirmative : l'administrateur judiciaire ne peut « *exiger la poursuite que des contrats indispensables au maintien de l'activité de l'entreprise* »[1240]. On peut être plus nuancé. Le contrat ne devra peut-être pas être nécessaire mais au moins utile à la continuation de l'activité de l'entreprise[1241]. En effet, comme le relèvent Madame Monsérié et Monsieur Cagnoli, l'administrateur judiciaire se doit d'« *exprimer l'intérêt de l'entreprise* »[1242], autrement dit de remplir sa mission pour les besoins exclusifs de cette dernière.

3 : L'exercice du contrôle-direction par l'administrateur judiciaire

163. L'absence de qualité de dirigeant du seul fait de la mission d'assistance. Doit-on reconnaître que l'administrateur judiciaire chargé d'assister le dirigeant légal de la société a lui-même la qualité de dirigeant social et donc de contrôlaire ? Jeantin et Monsieur Le Cannu, tout en reconnaissant qu'il ne dispose pas des « *pouvoirs du chef d'entreprise* », le qualifient néanmoins de « *chef d'entreprise «* in partibus *»* », le pouvoir d'assistance pouvant s'analyser comme « *une sorte de cogestion nécessaire* »[1243]. De plus, l'article L. 622-1 III du Code de commerce dispose que « *dans sa mission d'assistance, l'administrateur est tenu au respect des obligations légales et conventionnelles incombant au débiteur* »[1244]. D'après les travaux préparatoires de la loi de 2005, « *cette disposition est une obligation assez lourde pour l'administrateur, car il assume la même responsabilité civile et pénale qu'un chef d'entreprise, alors même qu'il n'est pas un permanent de l'entreprise* »[1245].

1238 Cass. com., 19 mai 2004, n° 01-16900 : *Rev. proc. coll*. 2004, p. 224, n° 3, note PH. ROUSSEL GALLE

1239 PH. ROUSSEL GALLE, note sous Cass. com., 19 mai 2004, n° 01-16900, préc. note 1238 - P.-M. LE CORRE, *Droit et pratique des procédures collectives*, préc., spéc. n° 431.25 p. 718

1240 *JCl. Procédure collective,* Fasc. n° 2335, par J. VALLANSAN, spéc. n° 65

1241 V. par ex. F. PEROCHON et R. BONHOMME, *Entreprise en difficulté ; Instruments de crédit et de paiement*, LGDJ 8e éd. 2009, spéc. n° 290 p. 280

1242 M.-H. MONSERIE, *Les contrats dans le redressement et la liquidation judiciaire des entreprises*, préc., spéc. n° 541 p. 498 - P. CAGNOLI, *Essai d'analyse processuelle du droit des entreprises en difficulté*, LGDJ 2002, spéc. n° 32 p. 22

1243 M. JEANTIN et P. LE CANNU, *Droit commercial, Entreprise en difficulté*, préc. spéc. n° 313 p. 219

1244 Il en va de même lorsque la mission d'assistance du mandataire judiciaire est prononcée à l'occasion d'un redressement judiciaire : article L. 631-12 al. 3 du Code de commerce

1245 *Rapp. AN* n° 2095, 2004-2005, « Rapport au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur le projet de loi (n° 1596) de sauvegarde des entreprises », par X. DE ROUX, spéc. p. 364

La mission d'assistance de l'administrateur judiciaire ne semble pas, pour autant, lui attribuer en soi la qualité de contrôlaire. En effet, il ne dispose pas d'un pouvoir de définition du risque social. Seul le dirigeant légal de la société peut gérer, administrer activement la société. L'administrateur judiciaire peut tout au plus s'opposer à un acte de gestion du dirigeant, et encore, lorsque cet acte dépasse la simple gestion courante de la société. Il ne s'agit donc pas d'un pouvoir de contrôle-direction mais d'un contrôle-surveillance que l'on pourrait rapprocher du pouvoir d'autorisation du conseil d'administration ou du conseil de surveillance[1246].

164. Le pouvoir de contrôle-direction dans le cadre de la poursuite des contrats en cours. Il n'en va pas de même s'agissant du pouvoir de l'administrateur de poursuivre les contrats en cours. En effet, il dispose dans ce cas d'un réel pouvoir d'opportunité. Il est le seul compétent pour décider de l'intérêt d'exiger des partenaires de la société la poursuite des relations contractuelles. Il définit dans ce cas, au moins partiellement, le risque social. Comme le relève Madame Brunetti-Pons[1247], il s'agit « *d'apprécier l'utilité économique du contrat lui-même en vue d'un redressement effectif* ». L'administrateur judiciaire statuera au regard de « *la viabilité de l'entreprise* » et de « *l'utilité du contrat pour l'entreprise* ». La condition de nécessité ou au moins d'utilité du contrat vient appuyer cette idée. En effet, l'administrateur judiciaire est tenu, comme les dirigeants légaux de la société, de se conformer à l'intérêt social objectif[1248]. Le choix de continuer ou non un contrat en cours devra donc nécessairement être guidé par cet intérêt. Il doit donc être reconnu, dans le cadre de cette mission, comme un contrôlaire de la société.

La qualification de dirigeant sera encore plus évidente dès lors que la désignation de l'administrateur emportera dessaisissement partiel ou total des dirigeants de la société.

B : LE DESSAISISSEMENT PARTIEL OU TOTAL DES DIRIGEANTS : L'ATTRIBUTION DU CONTROLE-DIRECTION

165. La qualité de contrôlaire de l'administrateur en cas de dessaisissement. Lorsque le tribunal prononce l'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire, il peut confier à l'administrateur judiciaire une mission d'administration partielle ou totale de l'entreprise[1249].

1246 V. *supra* n° 73

1247 C. BRUNETTI-PONS, « La spécificité du régime des contrats en cours dans les procédures collectives », *RTD com.* 2000 p. 783, spéc. n° 22 p. 796

1248 M.-H. MONSERIE, *Les contrats dans le redressement et la liquidation judiciaire des entreprises*, préc., spéc. n° 541 p. 498 - P. CAGNOLI, *Essai d'analyse processuelle du droit des entreprises en difficulté*, préc., spéc. n° 32 p. 22

1249 article L. 631-12 al. 2 du Code de commerce : le ou les administrateurs peuvent se voir confier la mission « *d'assurer seuls, entièrement ou en partie, l'administration de l'entreprise* » - J. VALLANSAN, P. CAGNOLI, L. FIN-LANGER et C.

Les dirigeants se trouvent alors dessaisis de leur pouvoir de direction de la société[1250]. La qualification de contrôlaire de l'administrateur judiciaire chargé d'une telle mission ne pose guère de difficulté. La loi elle-même parle de « *l'administration de l'entreprise* »[1251], mais également de la « *mission de gestion* »[1252] de l'administrateur judiciaire. Enfin, il se voit également doté d'« *une mission de représentation* » du débiteur, autrement dit il se substitue aux organes légaux de représentation de la société[1253].

La chambre criminelle de la Cour de cassation a consacré la qualité de contrôlaire de l'administrateur judiciaire dans un arrêt du 21 juin 2000. Ce dernier était poursuivi pour avoir omis de convoquer l'assemblée générale d'approbation des comptes dans les six mois de la clôture de l'exercice. La Cour d'appel avait refusé de le condamner au motif que « *les pouvoirs de l'administrateur judiciaire, notamment chargé d'assurer seul et entièrement l'administration de l'entreprise en application de l'article 31-3 de la loi du 25 janvier 1985, concernent exclusivement les actes relevant de l'activité externe de la société et non ceux relatifs au fonctionnement interne de la vie de la société lesquels n'ont aucune incidence patrimoniale ; que si l'administrateur judiciaire est tenu, aux termes de l'article 31 de la loi précitée, dans sa mission, au respect des obligations légales et conventionnelles incombant au chef d'entreprise, il n'en devient pas pour autant dirigeant social mais doit, comme chef d'entreprise, dans le fonctionnement de la société vis-à-vis des tiers, respecter la réglementation, notamment fiscale et du travail ; que, dès lors, le prévenu n'avait pas le pouvoir et ainsi l'obligation de convoquer l'assemblée générale ordinaire d'approbation des comptes de l'exercice comptable clos* »[1254]. L'arrêt est cassé « *le prévenu, seul investi des obligations incombant au chef d'entreprise, devait convoquer l'assemblée générale ordinaire des actionnaires* »[1255]. Malgré l'opposition de la doctrine[1256], la solution a été réitérée dans un arrêt de la chambre criminelle du 4 avril 2001. Les faits étaient identiques mais cette fois il s'agissait du gérant d'une société faisant l'objet d'une procédure de redressement simplifié

REGNAUT-MOUTIER, *Difficultés des entreprises, commentaire article par article du Livre VI du Code de commerce*, préc. spéc. p. 282

1250 A. JACQUEMONT, *Droit des entreprises en difficulté*, Litec 7e éd. 2011, spéc. n° 339 p. 213 - M. JEANTIN et P. LE CANNU, *Droit commercial, Entreprise en difficulté*, préc. spéc. n° 319 p. 223 - C. SAINT-ALARY-HOUIN, *Droit des entreprises en difficulté*, préc., spéc. n° 988 p. 656

1251 article L. 631-12 al. 2 du Code de commerce

1252 article L. 631-12 al. 2 du Code de commerce : lorsque certains seuils sont dépassés, le tribunal nomme « *un ou plusieurs experts aux fins de les assister dans leur mission de gestion* »

1253 article L. 631-14 al. 3 du Code de commerce

1254 CA Metz, 21 juill. 1999, n° 856/99 : *Bull. Joly Sociétés* 2000, p. 145, note J. VALLANSAN

1255 Cass. crim., 21 juin 2000, n° 99-85778 : *Bull. crim*, 2000, n° 241 ; *JCP E* 2000, p. 1815, note A. COURET ; *JCP E* 2001, p. 174, note M. C. ; *D.* 2000, act. jurispr. p. 352, note A. LIENHARD ; *Rev. sociétés* 2000, p. 753, note B. BOULOC ; *JCP G* 2001, II, 10481, note A. COURET

1256 V. par ex. A. COURET, note sous Cass. crim., 21 juin 2000, n° 99-85778 : préc. note 1255 - A. MARTIN-SERF, « Les dirigeants et la procédure collective », *LPA* 9 janv. 2002, p. 31, spéc. p. 32

sans désignation d'un administrateur judiciaire. La Cour d'appel refuse de le sanctionner pénalement pour défaut de convocation de l'assemblée générale. La Cour de cassation casse l'arrêt et précise, alors que rien ne l'y obligeait, que « *le prévenu, qui n'était pas dessaisi et représenté par un administrateur judiciaire, devait, avant l'expiration du délai de six mois, convoquer l'assemblée ordinaire des associés* »[1257]. Sous-entendue, la solution aurait sans doute été différente en cas de représentation par un administrateur judiciaire.

L'année d'après, c'est la chambre commerciale qui a, à son tour, consacré la mission de contrôle-direction de l'administrateur judiciaire. Ce dernier avait présenté une offre de reprise de la société qu'il était en charge d'administrer. La Cour d'appel avait refusé l'offre au motif que l'administrateur judiciaire ne pouvait être considéré comme un tiers. La Cour de cassation a rejeté le pourvoi formé : « *l'arrêt retient que, par sa mission d'administrateur de la S.C.P. d'huissiers, Mme C. a recueilli les pouvoirs légaux dont les organes de cette société étaient investis et a effectué tous les actes de gestion et d'administration nécessaires au fonctionnement de l'étude d'huissiers, ce qui autorise à la considérer comme ayant eu les prérogatives de dirigeante de celle-ci* »[1258].

Enfin, dans un arrêt de 2008, la Cour de cassation a rejeté le pourvoi formé contre un arrêt ayant reconnu un dirigeant coupable de blessures involontaires et d'infraction à la législation du travail sur la sécurité des travailleurs. Ce dernier avait soulevé la désignation d'un administrateur judiciaire chargé d'administrer la société mais la Cour d'appel avait relevé que sa nomination ne lui avait été signifiée que le jour de l'accident. La Cour de cassation estime que le pourvoi est sans fondement « *dès lors que l'accident procède des seuls manquements imputables au prévenu, antérieurs à la désignation de l'administrateur judiciaire* »[1259]. Encore une fois, les juges suprêmes laissent entendre que la décision aurait pu être différente si l'administrateur judiciaire avait été en fonction. Ce qui implique qu'ils admettent la qualité de contrôlaire de ce dernier.

La solution ne fait donc aucun doute. La jurisprudence et les références du Code de commerce au vocabulaire caractérisant généralement la fonction de dirigeant[1260] ne viennent que confirmer le pouvoir certain de l'administrateur judiciaire. Ce dernier, lorsqu'il est chargé d'une mission d'administration de l'entreprise, dispose de la définition du risque social en lieu et place des dirigeants légaux de la société. Il n'est plus simplement maître des contrats en

---

1257 Cass. crim., 4 avril 2001, n° 00-85146 : *Dr. sociétés* 2002, comm. 7, note J.-P. LEGROS
1258 Cass. com., 13 nov. 2002, n° 99-10631 : préc. note 1204
1259 Cass. crim., 17 juin 2008, n° 07-87063 : *Cah. Soc. barreau Paris* 2008, p. 325, note F.-J. PANSIER
1260 V. *supra* n° 12 et s.

cours, il représente la société[1261]. L'article L. 631-14 dispose que « *lorsque l'administrateur a une mission de représentation, il exerce les prérogatives conférées au débiteur par le II de l'article L. 622-7 et par le troisième alinéa de l'article L. 622-8* ». En vertu de l'article L. 622-7 II du Code de commerce, l'administrateur judiciaire doit donc obtenir l'autorisation du juge-commissaire dès lors qu'il souhaite « *faire un acte de disposition étranger à la gestion courante de l'entreprise* », « *consentir une hypothèque, un gage ou un nantissement ou à compromettre ou transiger* » ou « *payer des créances antérieures au jugement, pour retirer le gage ou une chose légitimement retenue ou encore pour obtenir le retour de biens et droits transférés à titre de garantie dans un patrimoine fiduciaire, lorsque ce retrait ou ce retour est justifié par la poursuite de l'activité* ». Le juge-commissaire ne semble pas avoir l'initiative de ces actes qui relèvent donc du pouvoir de l'administrateur sous le contrôle de l'autorité judiciaire. Ce dernier est par contre totalement libre de « *proposer aux créanciers, la substitution aux garanties qu'ils détiennent de garanties équivalentes* »[1262].

L'administrateur judiciaire dispose du pouvoir de définir le risque social dans l'intérêt de l'entreprise[1263]. Il exerce donc le contrôle-direction de la société en procédure collective et doit être qualifié de contrôlaire.

SOUS-SECTION 2 : LA SUBSTITUTION CONTRACTUELLE DE DIRIGEANT

166. L'intrusion du cocontractant. L'intervention d'un tiers dans la définition du risque social peut résulter d'un contrat. Ce dernier peut avoir deux finalités bien différentes. Dans un cas, il s'agit d'optimiser le fonctionnement directorial de la société en permettant au dirigeant légal de la société de transférer une partie de son pouvoir à un tiers. Il s'agit de prendre acte de l'impossibilité matérielle pour le directeur général ou le gérant d'assurer lui-même l'entière gestion quotidienne de la société. La technique employée est alors celle de la délégation de pouvoir. Dans l'autre cas, cette immixtion résulte de la volonté de réaliser tout ou partie de l'objet social dans le cadre d'un réseau. Les liens que la société entretient dans le cadre de ses relations contractuelles vont conduire ses partenaires à intervenir dans la définition de sa politique économique. Il s'agit des contrats de distribution, ou contrats

---

1261 M. JEANTIN et P. LE CANNU, *Droit commercial, Entreprise en difficulté*, préc. spéc. n° 433 p. 303

1262 article L. 622-8 al. 3 du Code de commerce

1263 M.-H. MONSERIE, *Les contrats dans le redressement et la liquidation judiciaire des entreprises*, préc., spéc. n° 541 p. 498 - P. CAGNOLI, *Essai d'analyse processuelle du droit des entreprises en difficulté*, préc., spéc. n° 32 p. 22

intégrés. Nous allons démontrer que ces deux situations n'emportent pas pour autant forcément transfert du contrôle-direction au profit du cocontractant.

Paragraphe 1 : La délégation de pouvoir

Paragraphe 2 : Les contrats intégrés

PARAGRAPHE 1 : LA DELEGATION DE POUVOIR

167. Principe. Les organes dirigeants de la société peuvent déléguer une partie de leur pouvoir de direction à un salarié ou même un tiers[1264]. Cette possibilité a été reconnue dans un arrêt de la Cour de cassation de 1902 selon lequel : « *si le chef d'entreprise doit, à ce titre, être tenu pour pénalement responsable, comme en étant l'auteur, des contraventions commises dans les parties de l'entreprise qu'il administre directement, la responsabilité pénale de celles qui se produisent dans ceux de ses services dont il a délégué la direction pèse au même titre sur le directeur, gérant ou préposé qui l'y représente, comme chef immédiat, avec la compétence et l'autorité nécessaires pour y veiller efficacement à l'observation des lois* »[1265].

Ce transfert conventionnel de compétence doit être distingué de la délégation judiciaire du pouvoir directorial telle que la nomination d'un administrateur provisoire ou judiciaire. En effet, dans le cas de la délégation conventionnelle de pouvoirs, le dirigeant n'est pas dessaisi. Il conserve sa qualité. La délégation est un outil facilitant l'exercice matériel de la direction de la société[1266] même si certains auteurs y voient principalement une technique d'exonération de responsabilité pénale[1267]. Pour la doctrine, la délégation est une opération tripartite : « *une personne titulaire de droits subjectifs voit ses droits mis en œuvre volontairement ou involontairement par une seconde personne, qui dès lors devient titulaire d'un pouvoir. Cette seconde personne, au lieu d'exercer elle-même ce pouvoir, demande à une troisième, en son nom mais pour le compte de la première, d'exercer ce pouvoir en tout ou partie* »[1268].

Avant de s'intéresser aux conditions de la délégation (B), il est nécessaire de la distinguer du mandat et du contrat de travail (A). Enfin, l'étude de cette notion permet de constater qu'elle n'opère pas, en réalité, substitution de dirigeants mais codirection (C).

1264 TH. DALMASSO, *La délégation de pouvoirs*, Joly édition 2000, spéc. n° 43 et s. p. 55

1265 Cass. crim., 28 juin 1902 : *Bull. crim*. 1902, n° 237 ; *D*. 1903, I, 585

1266 N. FERRIER, *La délégation de pouvoir, technique d'organisation de l'entreprise*, Litec 2005, spéc. n° 1 p. 3

1267 V. par ex. l'orientation générale de l'ouvrage de T. DALMASSO, *La délégation de pouvoirs*, préc., l'avant-propos et la préface du même ouvrage, respectivement de Messieurs F. TEITGEN et A. BLANCHOT.

1268 F. MARMOZ, *La délégation de pouvoir*, préc., spéc. n° 284 p.95

A : LA DISTINCTION DE LA DELEGATION, DU MANDAT ET DU CONTRAT DE TRAVAIL

La délégation doit être distinguée de deux autres contrats : le contrat de travail (1) et le mandat (2).

1 : La distinction entre la délégation de pouvoir et le contrat de travail

168. Le contrat de travail du délégataire. Le contrat de travail n'est pas défini par le législateur. La doctrine en donne la définition suivante : « *le contrat de travail est la convention par laquelle une personne physique s'engage à mettre son activité à la disposition d'une autre personne, physique ou morale, sous la subordination de laquelle elle se place, moyennant une rémunération* »[1269]. La jurisprudence a, par contre, eu l'occasion de préciser ce qu'il fallait entendre par « lien de subordination ». Le contrat de travail exige « *un travail accompli sous l'autorité d'un employeur qui a le pouvoir de donner des ordres et des directives, d'en contrôler l'exécution et de sanctionner les manquements de son subordonné* »[1270].

Il existe un lien étroit entre la délégation de pouvoir et le contrat de travail. Il semble que la jurisprudence exige que le délégataire se trouve sous l'empire d'un lien de subordination et donc d'un contrat de travail à l'égard du délégant. La Cour de cassation a consacré cette solution dès 1964. Un président-directeur général avait été condamné en raison du mauvais état des pneumatiques des véhicules de la société. Il entendait se prévaloir d'un contrat d'entretien passé entre sa société et la société Michelin pour s'exonérer de sa responsabilité pénale. La Cour de cassation rejette le pourvoi au motif que la Cour d'appel a, à bon droit, retenu que « *s'il est admis que dans une importante société, la surveillance des véhicules puisse être déléguée à un directeur responsable dépendant directement de l'entreprise, Silhol ne saurait, par analogie, faire état du contrat passé par lui avec la société Michelin pour l'entretien des pneumatiques, en vue d'échapper à la responsabilité pénale qui lui incombe personnellement* »[1271]. Une telle solution a ensuite été réitérée en des termes encore plus explicites dans un arrêt de 1996 : « *les relations existant entre l'administrateur judiciaire désigné par le tribunal de commerce dans une procédure collective et le chef de l'entreprise*

1269 J. PELISSIER, A. SUPIOT et A. JEAMMAUD, *Droit du travail*, Dalloz 25e éd. 2010, spéc. n° 274 p. 323

1270 Cass. soc., 13 nov. 1996, n° 94-13187 : *Bull. civ.* 1996, n° 386 ; *Dr. social* 1996, p. 1067, note J.-J. DUPEYROUX ; *JCP E* 1997, II, 911, note J. BARTHELEMY

1271 Cass. crim., 6 mai 1964, n° 63-92994 : *Bull. crim.* 1964, n° 151 ; *D.* 1964, p. 562

en difficulté, qui ne sont pas des relations d'employeur à préposé, excluent toute possibilité de délégation de pouvoirs du premier au profit du second »[1272].

Pourtant, dans le même temps, la Cour de cassation semble admettre une possible délégation de pouvoir entre le dirigeant d'une société mère et un dirigeant ou un salarié d'une filiale de celle-ci[1273] ou entre le gérant de la filiale et un salarié de la société mère[1274]. Un arrêt plus récent, de 2008 pourrait sembler revenir sur cette solution mais il a été rendu au visa de l'article 828 du Code de procédure civile. Il semble donc qu'il s'agisse d'un cas particulier de délégation. Cet article dispose que devant le tribunal d'instance, « *les parties peuvent se faire assister ou représenter par* […] *les personnes exclusivement attachées à leur service personnel ou à leur entreprise* ». En l'espèce, le directeur juridique du groupe Mediapost avait agi en justice au nom d'une filiale, la société Mediapost, pour voir annuler la désignation d'un représentant syndical. Le tribunal avait accueilli la demande au motif que ce directeur « *avait reçu une délégation de pouvoir de la gérante de la société et qu'il détenait également une délégation de pouvoir du président directeur-général de trois autres sociétés pour représenter le groupe Mediapost en justice lui permettant de représenter devant le tribunal d'instance une quelconque des sociétés de ce groupe, même s'il n'est salarié que d'une des sociétés en question* ». La Cour de cassation casse l'arrêt en relevant que ce dernier « *n'était pas le salarié de la société Mediapost et n'était donc pas habilité à la représenter devant le tribunal d'instance* »[1275].

169. L'exigence d'un lien d'autorité. Rien ne permet d'exiger que le délégataire soit lié par un lien de subordination à l'égard du délégant. La jurisprudence elle-même semble hésitante. En pratique, une telle situation sera fréquente. En effet, si le lien de subordination n'est pas exigé, il est néanmoins nécessaire de caractériser un lien d'autorité entre le délégant

---

1272 Cass. crim., 30 janv. 1996, n° 94-83505 : *Bull. crim*. n° 53 - V. également Cass. crim. 12 déc. 1989, n° 89-81074 : *Bull. crim.* 1989, n° 477 ; *RJS* 1990, n° 36 : rejet du pourvoi formé contre une Cour d'appel ayant décidé que les relations contractuelles en cause « *ne peuvent avoir pour effet de transférer à des personnes autres que ses dirigeants sociaux ou ses salariés la responsabilité qui pèse... sur le maître de l'ouvrage* »

1273 Cass. crim., 26 mai 1994, n° 93-83180, 93-83179 et 93-83213 : *Bull. crim.* 1994, n° 208 ; *RJS* 1994, n°1275 : « *rien n'interdit au chef d'un groupe de sociétés, qui est en outre le chef de l'entreprise exécutant les travaux, de déléguer ses pouvoirs en matière d'hygiène et de sécurité au dirigeant d'une autre société du groupe, sur lequel il exerce son autorité hiérarchique* » - Cass. crim., 7 févr. 1995, n° 94-81832 : *RJS* 1995 n° 657 : la Cour de cassation casse l'arrêt de la Cour d'appel qui n'a pas répondu aux conclusions du prévenu « *qui faisait valoir que l'ingénieur Antoine Z..., investi par délégation des fonctions de chef de sécurité pour l'ensemble des sociétés composant le groupe Trabet, avait pour mission de contrôler l'application de la réglementation, d'assurer la charge de la prévention des accidents du travail et d'organiser des stages, et disposait ainsi de tous les moyens nécessaires pour assurer la sécurité des travailleurs* »

1274 Cass. soc., 19 janv. 2005, n° 02-45675 : *Bull. civ.* 2005, n° 10 ; *Bull. Joly Sociétés* 2005, p. 719, note H. LE NABASQUE ; *Dr. social* 2005, p. 475, note J. SAVATIER : « *le directeur du personnel, engagé par la société mère pour exercer ses fonctions au sein de la société et de ses filiales en France, n'est pas une personne étrangère à ces filiales et peut recevoir mandat pour procéder à l'entretien préalable et au licenciement d'un salarié employé par ces filiales, sans qu'il soit nécessaire que la délégation de pouvoir soit donnée par écrit* »

1275 Cass. soc., 5 mars 2008, n° 06-60125 : *Bull. civ.* 2008, n° 56 ; *Bull. Joly Sociétés* 2008, p. 474, note B. SAINTOURENS

et le délégataire[1276]. La jurisprudence le relève notamment dans l'arrêt du 26 mai 1994 : « *rien n'interdit au chef d'un groupe de sociétés, qui est en outre le chef de l'entreprise exécutant les travaux, de déléguer ses pouvoirs en matière d'hygiène et de sécurité au dirigeant d'une autre société du groupe, sur lequel il exerce son autorité hiérarchique* »[1277]. La délégation de pouvoir et le contrat de travail sont deux conventions distinctes.

2 : La distinction entre la délégation de pouvoir et le mandat

170. La structure tripartite spécifique de la délégation. Le mandat est défini à l'article 1984 du Code civil. Il s'agit d'« *un acte par lequel une personne donne à une autre le pouvoir de faire quelque chose pour le mandant en son nom* ». La distinction entre le mandat et la délégation de pouvoir repose sur le caractère bipartite ou tripartite de l'acte. Dans le cas du mandat, le lien juridique unit le mandant et le mandataire. Le mandataire représente le mandant aux yeux des tiers. La délégation repose, pour sa part, sur une structure tripartite. Il y a un lien juridique entre le délégant, le délégué et le délégataire[1278]. Dans le cadre d'une société, le dirigeant, le délégant, confie à un délégataire le pouvoir d'exercer les droits subjectifs du délégué : la personne morale.

Monsieur Ferrier a critiqué cette distinction qui reposerait sur une conception erronée du fondement des pouvoirs du dirigeant. Il estime que les prérogatives attribuées à ce dernier résultent elles-mêmes d'un mandat conféré par le groupement. Le délégataire ne serait alors qu'un simple mandataire substitué[1279]. Néanmoins, il a déjà été démontré que les dirigeants sociaux étaient des organes de la société et non de simple mandataire[1280]. Leur pouvoir résulte de la loi et non d'un contrat passé avec la personne morale. Le délégataire, dans le cadre de la délégation de pouvoir « *reçoit son pouvoir de représentation de la société elle-même et non de son représentant légal* »[1281].

1276 V. *infra* n° 176

1277 Cass. crim., 26 mai 1994, n° 93-83180, 93-83179 et 93-83213 : préc. note 1273

1278 F. MARMOZ, *La délégation de pouvoir*, préc., spéc. n° 283 et s. p. 94 et s.

1279 N. FERRIER, *La délégation de pouvoir, technique d'organisation de l'entreprise*, préc., spéc. n° 65 p. 91

1280 V. *supra* n° 128 et s.

1281 M.-C. MONSALLIER, *L'aménagement contractuel du fonctionnement de la société anonyme*, préc., spéc. n° 206 p. 100 - G. DAUBLON, « La pérennité des procurations consenties par les représentants légaux d'une société », *Defrénois* 1981, p. 945

B : LES CONDITIONS DE LA DELEGATION

La délégation ne peut exister qu'à certaines conditions tenant à l'acte de délégation (1), à son objet (2), au délégant (3) et au délégataire (4). L'étude de ces conditions va dans le sens d'une reconnaissance du pouvoir de contrôle-direction au profit du délégataire.

1 : L'indifférence des conditions tenant à l'acte de délégation

171. L'absence de formalisme à titre de validité. Les conditions de forme tenant à l'acte de délégation sont peu claires. Elles semblent varier selon l'objet de la délégation. De manière générale, le législateur a refusé d'imposer un formalisme particulier à la délégation de pouvoir[1282]. Celle-ci ne repose donc sur aucune exigence particulière[1283]. La jurisprudence a même pu admettre la délégation tacite de pouvoir dès lors que le délégataire était un cadre dirigeant[1284]. Un arrêt de 2006 remet en cause cette jurisprudence. En l'espèce, le dirigeant de la société était hospitalisé le jour ou un accident de travail s'était produit. La cour d'appel avait écarté sa responsabilité pénale car, la société ayant poursuivi son activité, « *une délégation de responsabilité* [avait] *été de fait accordée aux cadres de l'entreprise* ». La Cour de cassation casse l'arrêt au motif que « *les juges ne peuvent exonérer le chef d'entreprise de toute responsabilité pénale que s'il est expressément constaté au préalable que celui-ci avait délégué ses pouvoirs à un préposé investi par lui, et pourvu de la compétence, de l'autorité et des moyens nécessaires pour veiller efficacement au respect des dispositions en vigueur* »[1285].

172. L'exigence d'un écrit à titre probatoire. Néanmoins, lorsque le délégant confie au délégataire la charge de représenter la société en justice, les magistrats exigent une preuve écrite de la délégation. Le titulaire du pouvoir doit en effet être identifiable[1286] et dans le cas contraire, les juges recherchent la preuve de la délégation dans les « documents » écrits qu'ils

---

1282 F. MARMOZ, *La délégation de pouvoir*, préc., spéc. n° 621 p. 213

1283 « Notion de délégation de pouvoir », *Semaine sociale Lamy* 18 nov. 1996, p. 14

1284 Cass. crim., 5 janv. 1993, n° 92-81918 : *Bull. crim.* 1993, n° 6 : selon le pourvoi, « *la cour d'appel ne pouvait, pour retenir l'existence d'une délégation de pouvoirs* […], *se borner à relever que celui-ci était directeur général à Decazeville et qu'il avait présidé, à plusieurs reprises, le comité d'hygiène et de sécurité, éléments insuffisants et impropres à établir une délégation certaine et exempte d'ambiguïté* ». La cour de cassation rejette la demande au motif que « *dès lors que les juges constatent qu'une personne autre que le prévenu était le chef d'établissement de Decazeville, il en résulte que celle-ci entrait dans les prévisions de l'article L. 263-2 du Code du travail et avait nécessairement les pouvoirs et le devoir de faire respecter les obligations du Code du travail en matière d'hygiène et de sécurité* » - Cass. crim., 30 mai 2000, n° 99-86695 : *LPA* 19 janv. 2001, p. 7, note M. RICHEVAUX

1285 Cass. crim., 7 juin 2006, n° 05-86804 : *Cah. soc. barreau Paris*, 01 nov. 2006 n° 184, p. 449, note F.-J. PANSIER

1286 Cass. com., 17 juin 1997, n° 95-12415 : *Bull. civ.* 1997, n° 191 ; *Bull. Joly Sociétés* 1997, p. 896, note J.-F. BARBIERI ; *D. affaires* 1997, chron. p. 904 : La Cour d'appel ayant déclaré irrecevable une déclaration de créance :« *après avoir relevé que la créance avait été déclarée par un courrier portant " La comptabilité. Signé illisible " et dès lors que l'identité du signataire de la déclaration était contestée, c'est sans inverser la charge de la preuve que la cour d'appel, qui n'a pas dénié au préposé délégué le pouvoir de déclarer les créances de son commettant, a statué comme elle a fait* » - Cass. com., 14 févr. 1995, n° 93-12299 et 93-12408 : *Bull. civ.* 1995, n° 43 ; *JCP G* 1995, IV, 937

ont à leur disposition[1287]. Il faut néanmoins relever la grande liberté offerte quant à l'administration de la preuve de la délégation, le « document » en question pouvant être un écrit postérieur à la délégation[1288]. Enfin, la délégation de pouvoir doit prévoir expressément la possibilité pour le délégataire d'agir en justice[1289]. A défaut, la demande est irrecevable.

2 : Conditions tenant à l'objet de la délégation et transmission du contrôle-direction

173. La nécessité matérielle de la délégation. Pour certains auteurs, la délégation de pouvoir doit être justifiée en raison de l'importance et de la complexité de la société et de l'impossibilité qui en résulte pour le dirigeant de gérer personnellement toutes les activités de l'entreprise[1290]. La jurisprudence semble également aller dans ce sens. La Cour de cassation énonce par exemple qu'une Cour d'appel a légalement justifié sa décision en relaxant un dirigeant au motif « *que n'ayant pas, en raison de l'importance de la société, la possibilité de gérer personnellement tous les secteurs d'activité commerciale de celle-ci, il avait consenti une délégation de pouvoirs au directeur responsable du secteur commercial de l'habillement, "personne compétente, investie de l'autorité nécessaire*" »[1291]. Si la délégation doit être justifiée par l'impossibilité matérielle pour le dirigeant légal d'exercer pleinement sa mission, il semblerait logique que l'on admette une transmission, au moins partielle, de la qualité de

---

1287 F. MARMOZ, *La délégation de pouvoir*, préc., spéc. n° 616 p. 210 – V. par ex. Cass. com., 3 déc. 1996, n° 94-16745 : *Bull. civ.* 1996, n° 296 ; *LPA* 16 janv. 1997, note P. M. : « *attendu, enfin, qu'ayant relevé que la société Finalion n'avait produit aucun document prouvant l'existence de cette délégation, l'arrêt n'encourt pas le grief dès lors que cette preuve ne peut résulter des conclusions de la personne morale créancière, quel que soit leur contenu* » - Cass. com., 28 mai 1996, n° 94-13246 : *Jurisdata* n° 002265 - Cass. com., 19 déc. 1995, n° 94-11831 : *Bull. civ.* 1995, n° 304 ; *Jurisdata* n° 003711 ; *JCP E* 1996, pan. 273

1288 Cass. com., 8 janv. 2008, n° 06-17247 : *Gaz. Pal.* 29 avril 2008, n° 120 p. 27, note E. L.- B. : « *après avoir énoncé que la preuve de la délégation de pouvoirs peut résulter d'une attestation produite postérieurement à la déclaration de créance, l'arrêt en déduit dans l'exercice de son pouvoir souverain et sans encourir les griefs du moyen, que ce document émanant du conseil d'administration et signé par un représentant légal de la société, établissait la qualité de préposée de Mme A... et la délégation de pouvoirs l'autorisant à déclarer la créance* » - Cass. com., 3 décembre 2003, n° 02-15543 - Cass. com., 16 juin 2004, n° 02-13526 - Cass. com., 15 mars 2005, n° 03-20675 – P. LE CANNU, « Les précisions apportées par le droit des procédures collectives au régime de la délégation de pouvoir dans une société », *Bull. Joly Sociétés* 1997, p. 628, spéc. n° 20 p. 635

1289 J.-J. BARBIERI, note sous Cass. soc., 24 sept. 2008, n° 08-60099, *Bull. Joly Sociétés* 2009, p. 15, spéc. p. 16 – Cass. com., 14 févr. 1995, n° 93-12398 : Bull. civ 1995, n° 43 ; *JCP E* 1995, pan. p. 134 : « *attendu que la déclaration des créances au passif du redressement judiciaire du débiteur équivaut à une demande en justice que le créancier peut, selon les deux derniers textes susvisés, former lui-même ; que, dans le cas où le créancier est une personne morale, cette déclaration faite à titre personnel, si elle n'émane pas des organes habilités par la loi à la représenter, peut encore être effectuée par tout préposé titulaire d'une délégation de pouvoirs lui permettant d'accomplir un tel acte, sans que ce pouvoir soit soumis aux règles applicables au mandat de représentation en justice dont un tiers peut être investi* », en l'espèce, l'action était recevable dès lors que le délégataire avait expressément reçu les « *pouvoirs judiciaires* » de la part du délégant

1290 F. MARMOZ, *La délégation de pouvoir*, préc., spéc. n° 364 et s. p. 219 et s. - S. DANA-DEMARET, « La délégation de pouvoir », *in Annales de l'Institut d'Etudes du Travail et de la Sécurité Sociale de Lyon*, 1976, p. 76 - TH. DALMASSO, *La délégation de pouvoirs*, préc., spéc. n° 91 p. 96

1291 Cass. crim., 11 mars 1993, n° 90-84931 : *Bull. crim*. 1993, n° 112 ; *Bull. Joly Sociétés* 1993, p. 666, note M.-E. CARTIER

contrôlaire sur la tête du délégataire. En effet, ce dernier va venir se substituer au dirigeant dans les taches de contrôle-direction que ce dernier n'est pas en mesure d'accomplir.

174. Le principe de l'absence de délégation totale de pouvoir. La jurisprudence refuse pourtant toute délégation totale de pouvoirs. Dans un arrêt de 1965, la Cour de cassation a ainsi consacré la nullité d'une clause prévoyant le contreseing du prêteur « *pour tous payements, chèques, virements, effets de commerce* » mais également pour « *pour tout embauchage et débauchage de personnel, pour toutes commandes de matériel, de marchandises ou de matières premières ainsi que pour toute mise en route de fabrications nouvelles* ». La Cour a énoncé que « *les pouvoirs directoriaux* [du prêteur], *même s'il les tenait d'une délégation régulière, auraient pu tout au plus être égaux à ceux* [du dirigeant] *et s'exercer concurremment mais n'auraient certes pu les annihiler ou, tout au moins, les neutraliser* »[1292]. Une telle solution s'explique par le principe de spécialité des pouvoirs des organes sociaux. Ainsi, une clause confiant à un arbitre le pouvoir de se substituer aux organes dirigeants de la société en cas de désaccord entre les associés est « *contraire au principe qui ne permet pas de dépouiller les organes sociaux de la société* »[1293]. La délégation ne pourrait emporter tout au plus que substitution partielle de contrôlaire au profit du délégataire.

Dès lors que la délégation ne porte pas sur la totalité des pouvoirs du dirigeant, elle peut porter sur n'importe quels champs de compétence de ce dernier. Ce n'était pas le cas jusqu'à trois arrêts de 1993. Ainsi, un arrêt de 1977 énonçait qu'« *un chef d'entreprise ne saurait, en matière d'infraction à la législation économique, s'exonérer de sa responsabilité pénale en invoquant une délégation qui n'est prévue par aucun texte de loi en cette matière et alors que les obligations mises à sa charge ressortissent aux pouvoirs d'administration générale qu'il assume* »[1294]. En 1993, la Cour de cassation est revenue sur cette jurisprudence. Désormais, « *hors le cas où la loi en dispose autrement, le chef d'entreprise, qui n'a pas personnellement pris part à la réalisation de l'infraction, peut s'exonérer de sa responsabilité pénale s'il rapporte la preuve qu'il a délégué ses pouvoirs à une personne pourvue de la compétence, de l'autorité et des moyens nécessaires* »[1295]. Il ne peut néanmoins déléguer à un tiers les compétences internes à la société qui lui sont attribuées en propre par la loi, par exemple la présidence des séances du conseil d'administration ou encore l'information du commissaire

---

1292 Cass. com. 11 juin 1965, n° 63-10240 : *Bull. civ.* 1965, n° 361 ; *D.* 1965, p. 782 - Cass. crim., 2 févr. 1993, n° 92-80672 : *Dr. pén.* 1993, comm. 139 ; *JCP E* 1993, pan. 847, note J.-H. ROBERT

1293 T. com. Paris, 1er aout 1974 : *Rev. sociétés* 1974, p. 685, note OPPETIT

1294 Cass. crim., 19 déc. 1977, n° 76-92980 : *Bull. crim.* 1977, n° 402 ; *JCP* 1979, II, 19227, note J.-H. ROBERT

1295 Cass. 11 mars 1993, n° 90-84931 : préc. note 1291

aux comptes relative aux conventions réglementées[1296]. La jurisprudence a ainsi jugé nulle la délégation de pouvoir en matière de publication d'information financière concédée par un dirigeant au motif que « *la délégation de pouvoir par lui consentie en ce qui concerne la gestion des participations du groupe ne saurait l'exonérer de son obligation de veiller à la qualité des informations diffusées par la société* »[1297].

175. Le cas particulier de l'empêchement du président du conseil d'administration. La délégation totale des pouvoirs du dirigeant n'est prévue légalement qu'en cas d'empêchement du président du conseil d'administration d'une SA. L'article L. 225-50 du Code de commerce dispose ainsi qu'« *en cas d'empêchement temporaire ou de décès du président, le conseil d'administration peut déléguer un administrateur dans les fonctions de président. En cas d'empêchement temporaire, cette délégation est donnée pour une durée limitée. Elle est renouvelable. En cas de décès, elle vaut jusqu'à l'élection du nouveau président* ». Néanmoins, cet article présente une lacune. En effet, depuis la loi NRE, il est possible de dissocier la présidence du conseil d'administration de la direction générale de la société. Le texte, lui, n'a pas été modifié. Dès lors, rien ne semble prévu en cas d'empêchement du directeur général dissocié. L'article L. 225-55 alinéa 2 du Code de commerce énonce seulement que « *lorsque le directeur général cesse ou est empêché d'exercer ses fonctions, les directeurs généraux délégués conservent, sauf décision contraire du conseil, leurs fonctions et leurs attributions jusqu'à la nomination du nouveau directeur général* ». Deux questions se posent alors. En cas d'empêchement d'un président-directeur général non dissocié, la possibilité de délégation concerne-t-elle l'intégralité de ses fonctions ou uniquement celles liées à sa qualité de président ? Et en cas de dissociation, qu'en est-il de l'empêchement du directeur général ? La loi NRE n'ayant pas remis en cause la désignation par le conseil d'administration de l'organe de direction générale représentant la société, on ne voit pas pourquoi depuis 2001 le conseil n'aurait plus le pouvoir de déléguer un administrateur pour remplacer le président-directeur général défaillant dans l'intégralité de ses fonctions. Monsieur Bouère est d'accord sur ce point mais suggère que le conseil d'administration sera tenu de procéder au remplacement définitif dans le cas de l'empêchement d'un directeur général dissocié[1298]. Pourtant, si le conseil peut désigner un remplaçant au président-directeur général, *a fortiori* rien ne semble empêcher qu'il puisse procéder à une délégation temporaire

---

1296 F. MARMOZ, *La délégation de pouvoir*, préc., spéc. n° 704 p. 267

1297 CA Paris, 30 nov. 1994 : *RTD com.* 1995, p. 144

1298 J.-P. BOUERE, « P-DG ou président et directeur général ? », préc., spéc. n° 23 p. 718

des pouvoirs du directeur général. Une telle opération ne peut qu'emporter qualification de contrôlaire du délégataire.

On peut néanmoins douter du bien-fondé de la qualification de délégation de cette opération. En effet, deux critiques peuvent être faites[1299]. Dans un premier temps, il est surprenant que le délégant soit dans ce cas un organe non titulaire lui-même des pouvoirs délégués. En outre, l'attribution de ces pouvoirs est totale et elle a pour effet de décharger le dirigeant empêché de tous ses pouvoirs et de toute responsabilité. Il ne s'agit donc pas d'une véritable délégation mais plutôt de l'exercice du pouvoir de nomination du conseil d'administration.

3 : Conditions tenant au délégant

176. La délégation d'un pouvoir ou le pouvoir de déléguer. Le délégant doit être lui-même titulaire du pouvoir qu'il délègue. En effet, en vertu de l'adage *nemo plus juris ad alium transferre potest quam ipse habet*, le délégant ne peut transmettre plus de droits qu'il n'en a lui même[1300]. Néanmoins, la jurisprudence admet également la validité d'une délégation dès lors que le délégant n'avait pas le pouvoir d'exercer un droit mais avait reçu le pouvoir de déléguer l'exercice de ce droit[1301].

Le pouvoir de déléguer trouve son fondement dans la plénitude des pouvoirs de direction attribuée au dirigeant social[1302]. Il n'existe qu'à deux conditions. En premier lieu, le délégant doit avoir le pouvoir de représenter le délégué, au moins dans l'ordre interne. En effet, il n'est pas possible d'envisager que la délégation s'opère sans que le délégant ait le pouvoir d'agir au nom et pour le compte du délégué puisqu'il confie au délégataire le pouvoir de ce dernier[1303]. Il faut néanmoins entendre ce pouvoir de représentation au sens large, en effet, la jurisprudence admet par exemple que le conseil d'administration ou le directoire puissent

---

1299 F. MARMOZ, *La délégation de pouvoir*, préc., spéc. n° 687 et s., p. 254 et s.

1300 N. FERRIER, note sous Cass. com., 10 févr. 2009, *Bull. Joly Sociétés* 2009, p. 590, spéc. n° 4 p. 592

1301 Cass. com., 29 avril 2002, n° 99-19903 : *Bull. civ.* 2002, n° 74 ; *RJDA* 2002, n° 1056 (1er esp.) ; *D.* 2002, p. 1755, note A. LIENHARD : « *Mais attendu qu'ayant relevé que M. Z..., président du conseil d'administration de la banque, avait, par acte du 27 juillet 1984, donné aux mandataires généraux de l'établissement le pouvoir d'agir en justice dans toutes les procédures civiles ainsi que d'intervenir dans toutes procédures de règlement judiciaire, liquidation des biens ou autres et que Mme X..., préposée de la banque, qui a déclaré la créance le 7 octobre 1993, avait été désignée mandataire général le 27 janvier 1986 par M. Y... délégué à cet effet par M. Z..., la cour d'appel, qui n'était pas tenue d'effectuer la recherche évoquée à la seconde branche a, abstraction faite des motifs surabondants évoqués à la première branche, légalement justifié sa décision* »

1302 F. MARMOZ, *La délégation de pouvoir*, préc., spéc. n° 703 p. 266

1303 N. FERRIER, *La délégation de pouvoir, technique d'organisation de l'entreprise*, préc., spéc. n° 169 p. 246

déléguer certains de leurs pouvoirs alors même qu'il ne dispose pas du pouvoir de représenter la société à l'égard des tiers[1304].

177. Le pouvoir de direction. En second lieu, le pouvoir de déléguer repose sur le pouvoir de direction[1305]. En effet, la délégation est une technique d'organisation de la direction de la société. Elle permet au titulaire du contrôle-direction dans l'impossibilité matérielle d'exercer seul ses pouvoirs d'en confier une partie à d'autres personnes[1306]. Ce pouvoir de direction implique l'existence d'un lien d'autorité entre le délégant et le délégataire ce qui explique que la plupart du temps ce dernier soit un salarié de la société. Cette condition est liée à l'objet même de la délégation. Le délégant transmet au délégataire une partie de son pouvoir or celui-ci peut se définir comme « *la prérogative qui permet à son titulaire d'exprimer un intérêt au moins partiellement distinct du sien par l'émission d'actes juridiques contraignant pour autrui* »[1307]. Pour Roubier, « *celui qui exerce un pouvoir empiète sur la sphère juridique d'autrui ; il prend le gouvernement de la personne d'autrui, où il gère le patrimoine d'autrui* », néanmoins, ces pouvoirs « *ne peuvent être exercés par leur titulaire dans son intérêt personnel* »[1308]. Le délégant ne peut donc être que celui qui dispose du pouvoir de définir le risque social au regard de l'intérêt social objectif, autrement dit le dirigeant de la société. La délégation, encore une fois, semble transmettre au délégataire une partie du pouvoir de contrôle-direction du délégant.

4 : Conditions tenant au délégataire

178. Le consentement. La doctrine est partagée pour admettre le consentement du délégataire comme une condition de validité de la délégation[1309]. Cette dernière étant une convention tripartite, on imagine difficilement que le délégataire n'ait pas son mot à dire dans

---

1304 V. par ex. pour le conseil d'administration : Cass. com., 28 sept. 2004, n° 03-12023 : préc. note 136 : « *le conseil d'administration a le pouvoir de nommer un préposé de la société pour déclarer les créances avec ou sans faculté de délégation* » – et pour le directoire : Cass. com., 22 janv. 2008, n° 06-20379 : préc. note 148 : « *le directoire ayant le pouvoir de nommer un préposé de la société pour déclarer les créances, la cour d'appel a retenu à bon droit la validité des deux délégations de pouvoir successivement conférées à la préposée ayant déclaré la créance de la société* »

1305 N. FERRIER, *La délégation de pouvoir, technique d'organisation de l'entreprise*, préc., spéc. n° 170 p. 246

1306 M.-C. MONSALLIER, *L'aménagement contractuel du fonctionnement de la société anonyme*, préc., spéc. n° 195 p. 97

1307 E. GAILLARD, *Le pouvoir en droit privé*, préc., spéc. p. 232

1308 P. ROUBIER, *Droit subjectif et situation subjective*, Dalloz 1963, spéc. n° 23

1309 En faveur de cette thèse, A. COEURET et E. FORTIS, *Droit pénal du travail*, Litec 5e éd. 2012, spéc. n° 326 p. 193 - BRIEUX DE MASSIAC, « Responsabilité pénale des dirigeants et délégation de pouvoir », *RJDA* 1995, p. 927 - M. RASLE et H. WITS, « La délégation de pouvoir », *Dr. et patrimoine* janv. 1995, p. 20, spéc. p. 21 - N. FERRIER, *La délégation de pouvoir, technique d'organisation de l'entreprise*, préc., spéc. n° 191 p. 271 – *Contra* : N. CATALA, « De la responsabilité pénale des chefs d'entreprise en matière d'hygiène et de sécurité du travail », *JCP CI* 1976, II, 12010 - TH. DALMASSO, *La délégation de pouvoirs*, préc., spéc. n° 92, p. 97 - M. GIACOPELLI-MORI, « La délégation de pouvoir en matière de responsabilité pénale du chef d'entreprise », *Rev. sc. crim*. 2000, p. 525, spéc. p. 543

l'opération, d'autant plus qu'elle a pour effet de transférer la responsabilité pénale sur sa tête. La jurisprudence, sans vraiment être claire sur ce point, semble exiger également l'acceptation de la délégation par le délégataire. Ainsi, dans un arrêt de 2007, la Cour de cassation rejette le pourvoi formé contre un arrêt ayant relevé que la délégation de pouvoir invoqué n'avait pas été « *expressément acceptée* »[1310].

179. La compétence et les moyens. La délégation de pouvoir ne sera en outre valable que si le délégataire dispose des moyens d'exercer les pouvoirs délégués. La jurisprudence le consacre dans une formule classique : le délégataire doit « *être pourvu de la compétence, de l'autorité et des moyens nécessaires* »[1311]. La compétence doit s'entendre des connaissances techniques[1312] et juridiques[1313] indispensables à la bonne exécution de la mission du délégataire. Le délégataire doit également disposer des ressources nécessaires permettant l'exercice des pouvoirs délégués. Ces moyens peuvent être divers, notamment temporels[1314] et financiers[1315]. Enfin, le délégataire doit disposer d'une autorité suffisante pour imposer ses décisions. Pour certains auteurs, l'autorité serait une condition suffisante car elle impliquerait nécessairement que le délégataire dispose de la compétence et des moyens nécessaires à l'accomplissement de sa mission[1316]. Cette autorité est double. Il doit s'agir d'un pouvoir de commandement[1317] mais également d'un pouvoir de décision autonome[1318]. Cette

---

1310 Cass. crim. 23 mai 2007, n° 06-87590 : *Bull. crim* 2007, n° 138 ; *Bull. Joly Sociétés* 2007, p. 1256, note D. CHILSTEIN

1311 Cass. crim. 11 mars 1993, n° 90-84931 : préc. note 1291 : « *sauf si la loi en dispose autrement, le chef d'entreprise, qui n'a pas personnellement pris part à la réalisation de l'infraction, peut s'exonérer de sa responsabilité pénale s'il rapporte la preuve qu'il a délégué ses pouvoirs à une personne pourvue de la compétence, de l'autorité et des moyens nécessaires* » - Cass. crim., 17 janv. 1994, n° 93-80362 : *Bull. crim.* 1994, n° 22 ; *D.* 1995, p. 577

1312 V. par ex. Cass. crim., 22 oct. 2002, n° 01-88538 : *Dr. ouvrier* 2003, p. 129, note M. RICHEVAUX : « *il s'ensuit que le chef du chantier, Renaud X..., dont la compétence technique apparaît certaine et qui avait parfaitement conscience du danger que présentait cette phase délicate de travail, a laissé faire le travail avec une protection inadaptée alors qu'il admet qu'il disposait des moyens financiers pour rechercher et mettre en œuvre une protection plus appropriée, ayant étudié diverses solutions qui n'ont pas été retenues, telle qu'une benne sur élévateur, faute pour ce pilier-là précisément de disposer de place suffisante ; que les dispositions nouvelles de l'article L. 121-3 du Code du travail n'ont pas à s'appliquer en cas de manquement à une obligation de sécurité prévue par la loi ou par un règlement ; que le jugement sera réformé et la déclaration de culpabilité retenue à l'encontre de Renaud X... titulaire d'une délégation expresse de pouvoirs en matière de sécurité et qui reconnaît très loyalement à l'audience qu'il disposait de tous les moyens budgétaires à cette fin* »

1313 Cass. crim., 8 fév. 1983 : inédit : la Cour de cassation relève que la Cour d'appel a légalement justifié sa décision en mettant « *en évidence l'inexistence, en l'espèce, d'une délégation de pouvoirs consentie par le chef d'entreprise à un prépose compétent* », notamment en énonçant qu'« *il résulte des éléments de la cause que ce prépose n'avait pas la compétence nécessaire pour veiller efficacement au respect des dispositions du décret du 8 janvier 1965, ses auditions montrant qu'il apprécie les travaux dangereux et les mesures de sécurité à prendre selon sa propre expérience et non par référence à la lettre ou a l'esprit desdites dispositions* »

1314 Cass. crim., 11 déc. 1996, n° 95-85341 : inédit « *en raison du caractère temporaire et précaire des fonctions de la prévenue, nommée chef d'établissement en mai 1993 pour quelques semaines seulement, celle-ci n'avait pas le pouvoir d'améliorer la sécurité par une modification des installations existantes* »

1315 V. Cass. crim., 22 oct. 2002, n° 01-88538, préc. note 1312

1316 E. DREYER, « Les pouvoirs délégués afin d'exonérer pénalement le chef d'entreprise », *D.* 2004, chron. p. 937, spéc. n° 21 p. 942 - J.-F. BARBIERI, « Responsabilité du chef d'entreprise et délégation de pouvoirs : images récentes au travers du prisme jurisprudentiel », *LPA* 18 juin 2008, p. 15, spéc. n° 15 p. 18

1317 Cass. req., 21 janv. 1911 : *Bull. crim*. 1911, n° 54

indépendance et cette autonomie justifient que la délégation soit écartée en cas d'immixtion du délégant[1319], de pluralité de délégataire[1320] ou encore lorsque le délégant aura lui-même admis à propos du délégataire que : « *c'est la première fois qu'il faisait ce type de travaux pour moi... je ne sais pas ce qu'il entend par sécurité... Urbano est gentil, c'est un bon ouvrier, mais il n'est pas d'une intelligence foudroyante... c'est un bon exécutant* »[1321].

Si le délégataire doit avoir les compétences normalement requises d'un dirigeant, ça ne peut être que parce qu'il va de fait devenir lui-même contrôlaire de la société.

C : UNE TRANSMISSION DES POUVOIRS DE CONTROLE-DIRECTION NON CONSTITUTIVE D'UNE SUBSTITUTION DE DIRIGEANTS

Le transfert de responsabilité qui accompagne la délégation semble emporter transfert de la qualité de dirigeant au délégataire. Pourtant, l'étude des effets de la délégation, si elle démontrer définitivement la qualité de contrôlaire du délégataire (1) permet de constater également le maintien de la qualité de contrôlaire sur la tête du délégant (2). Autrement dit, la délégation emporte codirection.

1 : Les effets de la délégation

180. L'attribution des droits et obligations du délégant. D'après Monsieur Ferrier, la délégation transmet au délégataire « *le pouvoir de direction en vue d'accomplir un ou plusieurs actes de direction pour le compte de l'entrepreneur* »[1322]. L'entrepreneur étant entendu ici comme le délégué : la société. Le délégataire ne représente donc pas le délégant

---

1318 Cass. crim., 31 mai 1983 : inédit : « *attendu que, sans mettre en doute l'existence de la délégation délivrée à Z..., les juges énoncent qu'il résulte des constatations formelles de l'inspecteur du travail que si ce préposé paraissait effectivement compétent pour enregistrer ses observations, il ne possédait pas de pouvoir de décision et était oblige d'en référer constamment à la direction ; qu'ils en déduisent que le document présenté constituait, en réalité, une directive de service, Z... ne jouissant pas de l'autonomie correspondant à l'exercice d'une véritable délégation de pouvoirs et de responsabilité ; attendu qu'en l'état de ces motifs qui relèvent de son pouvoir souverain d'appréciation des éléments de conviction soumis aux débats, la cour, qui a pu estimer, comme elle l'a fait, que la preuve n'était pas rapportée de l'existence, en l'espèce, d'une délégation de pouvoirs certaine et exempte d'ambiguïté* »

1319 Cass. soc., 21 nov. 2000, n° 98-45420 : *Bull. civ.* 2000, n° 384 ; *Dr. social* 2001, p. 209, note J. SAVATIER ; *LPA* 12 avr. 2001, p. 6, note G. PICCA et A. SAURET : « *Mais attendu qu'un salarié titulaire d'une délégation de pouvoirs en matière de sécurité du travail ne peut se voir reprocher une faute dans l'accomplissement de la mission d'organisation et de surveillance qui lui a été confiée lorsque le chef d'entreprise ou l'un de ses supérieurs hiérarchiques s'immisce dans le déroulement des tâches en rapport avec cette mission, supprimant ainsi l'autonomie d'initiative inhérente à toute délégation effective* » - Cass. crim., 20 mars 2007, n° 05-85253 : *Bull. crim.* 2007, n° 86 ; *Bull. Joly Sociétés* 2007, p. 953, note J.-F. BARBIERI ; *Rev. sociétés* 2007, p. 590, note B. BOULOC

1320 Cass. crim., 23 nov. 2004, n° 04-81601 : *Bull. crim*. 2004, n° 295 ; *RJS* 2005, n° 330 : « *Attendu que, si le chef d'entreprise a la faculté de déléguer la direction d'un chantier à un préposé investi par lui et pourvu de la compétence, de l'autorité et des moyens nécessaires pour veiller efficacement à l'observation des dispositions en vigueur, il ne peut, en revanche, déléguer ses pouvoirs à plusieurs personnes pour l'exécution d'un même travail, un tel cumul étant de nature à restreindre l'autorité et à entraver les initiatives de chacun des prétendus délégataires* » - Cass. crim., 6 juin 1989, n° 88-82266 : *Bull. crim.* 1989, n° 243 ; *Rev. sc. crim.* 1990, p. 109, note C. LAZERGES

1321 Cass. crim., 17 févr. 2004, n° 03-81687 : inédit

1322 N. FERRIER, *La délégation de pouvoir, technique d'organisation de l'entreprise*, préc., spéc. n° 213 p. 309

mais bien le délégué. Ceci s'explique par le fait que le délégataire ne dispose pas du pouvoir d'engager le patrimoine du délégant mais uniquement celui du délégué[1323].

En contrepartie de ce pouvoir, le délégataire est tenu des obligations pesant sur le contrôlaire. Il en est ainsi en matière de droit du travail où le délégataire est par exemple tenu des obligations liées à la délivrance des bulletins de paie[1324], aux horaires de travail[1325], à la tenue des documents destinés à l'inspection du travail[1326] et des règles relatives à l'exercice du pouvoir disciplinaire[1327]. Il peut également se voir sanctionner en cas de discrimination à l'embauche[1328] ou de discrimination syndicale[1329]. Le délégataire est également tenu des obligations du dirigeant relatives au droit des affaires. La jurisprudence a notamment mis à la charge du délégataire les obligations issues du droit fiscal[1330], du droit de la consommation[1331], ou de la réglementation en matière de publicité[1332] et de fixation des

---

1323 E. GAILLARD, « La représentation et ses idéologies en droit privé français », préc., spéc. p. 91

1324 Cass. crim., 8 juin 1971, n° 70-91873 : *Bull. crim*. 1971, n° 183 : la Cour de cassation énonce que c'est à bon droit que la cour d'appel a condamné l'auteur du pourvoi pour avoir délivré des bulletins de paie ne comportant pas toutes les mentions requises par la loi au motif que « *le représentant légal de ladite société avait, en droit, délégué et, en fait, abandonné la direction de l'entreprise au prévenu, lequel se trouvait ainsi investi et pourvu de la compétence et de l'autorité nécessaires pour veiller efficacement à l'observation de la loi* »

1325 Cass. crim., 2 mars 2004, n° 03-83888 : inédit : la Cour de cassation rejette le pourvoi formé par dirigeant d'une société au motif que « *le salarié auquel le prévenu prétendait avoir délégué ses pouvoirs n'était pas pourvu des moyens et de l'autorité nécessaires pour veiller efficacement au respect de la réglementation relative à la durée du travail* »

1326 Cass. crim., 11 oct. 2006, n° 05-87439 : *Cah. soc. barreau Paris* 1er févr. 2007, n° 187, p. 167 : la Cour de cassation rejette le pourvoi formé par le dirigeant condamné pour omission intentionnelle de déclaration préalable à l'embauche et d'inscription au registre unique du personnel en relevant qu'il n'existait aucune délégation de pouvoir.

1327 Cass. soc., 30 avril 1997, n° 94-41320 : *Bull. civ.* 1997, n° 148 *Dr. social* 1998, p. 25, chron. A. COEURET : dès lors que le délégataire était présent au moment où un salarié avait commis une faute grave, « *l'employeur ne pouvait engager des poursuites disciplinaires au-delà du délai de 2 mois à compter du jour de cet incident* »

1328 Cass. crim., 1er déc. 1992, n° 89-82689 : *Bull. crim.* 1992, n° 398 ; *RJS* 1993, n° 369 : la Cour de cassation rejette le pourvoi formé contre un arrêt ayant constaté l'existence d'une délégation de pouvoir pour relaxer un dirigeant du chef de délit de discrimination à l'embauche : le « *directeur régional qui a expressément accepté cette délégation et qui justifie des compétences requises avait les pouvoirs et la responsabilité, dans le cadre de sa mission en région parisienne, de la législation du travail, notamment l'embauche du personnel* »

1329 Cass. crim., 17 mars 2009, n° 08-84518 : inédit : la Cour de cassation rejette le pourvoi formé contre un arrêt ayant relevé « *l'existence d'une délégation de pouvoirs régulièrement donnée au prévenu* » pour le déclarer « *coupable de discrimination syndicale* »

1330 Cass. com., 7 juill. 2009, n° 08-17812 : inédit « *attendu que l'arrêt retient, par motifs propres et adoptés, que le comptable de la société restait placé sous l'autorité directe de Mme X..., laquelle n'établissait aucune délégation de ses pouvoirs et en déduit que Mme X... avait conservé la qualité de dirigeante effective de la société ; qu'il relève encore les absences de déclaration et de paiement des impositions dues par la société ayant permis à cette dernière de se constituer artificiellement une trésorerie et énonce qu'il s'agissait d'inobservations graves et répétées des obligations dont Mme X... était responsable comme gérante* »

1331 Cass. crim., 12 déc. 2000, n° 00-80551 : inédit : la cour de cassation rejette le pourvoi formé contre une cour d'appel ayant déclaré un dirigeant « *coupable d'avoir demandé ou obtenu des paiements ou des accords avant la fin du délai de réflexion, de démarchage, remise de contrats non conformes aux clients lors d'un démarchage à domicile ou dans un lieu non destiné au commerce du bien ou service proposé* » au motif que la délégation de pouvoir dont il se prévalait n'était pas établie.

1332 Cass. crim., 27 mai 2008, n° 07-87122 : inédit : « *Attendu que, pour déclarer Marie- José X..., gérante de la SARL Cad Concept, ayant pour objet social la « création vente conception réalisation maîtrise d'œuvre achats de biens » coupable du délit de publicité mensongère qui lui était reproché, la cour d'appel prononce par les motifs repris au moyen ; Mais attendu qu'en statuant ainsi, sans tirer les conséquences de la valeur et de l'étendue de la délégation de pouvoirs établie par la prévenue et portant sur la promotion publicitaire, dont elle a constaté l'existence, la cour d'appel a méconnu le sens et la portée des textes susvisés et du principe ci- dessus rappelé* »

prix[1333]. Le délégataire se voit donc substitué au dirigeant. Il dispose des mêmes droits et obligations. Comme l'écrit Monsieur Marmoz, il peut « *engager le sujet de droit par des actes juridiques. Mais, il peut exercer directement sur lui ou sur ses biens un pouvoir bien plus large. Il l'engage par des actes matériels ou des faits juridiques dans la mesure où le délégant le peut* »[1334]. Le délégataire se trouve de ce fait investi du pouvoir de définir, plus ou moins largement selon l'étendue de la délégation, le risque social que devra supporter la société. Cela fait de lui un dirigeant substitué, un contrôlaire de la société.

181. Le respect de l'intérêt du délégué. Le délégataire, se voyant confier les pouvoirs du délégué, est tenu d'agir dans l'intérêt de ce dernier[1335]. La jurisprudence consacre cette obligation, par exemple en sanctionnant le délégataire auteur d'un abus de biens sociaux. Dans un arrêt de la Cour de cassation du 15 décembre 2004, une Cour d'appel avait condamné le directeur général de deux sociétés pour abus de biens sociaux commis au détriment d'une autre société du groupe au motif que ce dirigeant avait reçu une délégation de pouvoir. Le pourvoi est rejeté. La Cour de cassation rappelle que « *l'utilisation des fonds sociaux pour commettre un délit tel que la corruption est contraire à l'intérêt social de la société en ce qu'elle l'expose au risque anormal de sanctions pénales ou fiscales contre elle-même et ses dirigeants et porte atteinte à son crédit et à sa réputation* »[1336]. Pour autant, les actes passés par le délégataire en contrariété à l'intérêt social restent opposables aux délégués et donc à la société[1337].

2 : Le maintien de la qualité de dirigeant au délégant

182. L'absence d'abandon de la qualité de dirigeant du délégant. La délégation de pouvoir n'implique pas le transfert de la qualité de dirigeant sur la tête du délégataire[1338]. Le délégant conserve les droits et obligations inhérents à son statut, « *la délégation n'est pas un abandon de pouvoir* »[1339]. Il conserve le pouvoir de définir le risque social même si ce

---

1333 Cass. crim., 6 mai 1996, n° 95-83350 : inédit : la Cour de cassation casse la décision d'une cour d'appel ayant retenu la responsabilité du directeur d'un magasin pour revente à perte, au motif « *qu'aucune disposition légale n'interdit au chef d'entreprise de déléguer ses pouvoirs en matière de fixation de prix* »

1334 F. MARMOZ, *La délégation de pouvoir*, préc., spéc. n° 551, p. 179

1335 Certains auteurs qualifient cette obligation de « devoir de loyauté » : PH. DIDIER, *De la représentation en droit privé*, préc., spéc. n° 225 p. 174

1336 Cass. crim., 15 déc. 2004, n° 03-83474 : inédit

1337 Y. GUYON, *Droit des affaires*, t. I, *Droit commercial général et sociétés*, préc., spéc. n° 266 p. 268 - M. JEANTIN, *Droit des sociétés*, préc., spéc. n° 261 - PH. MERLE, *Droit commercial, Sociétés commerciales*, préc., spéc. n° 140 p. 177 - : COZIAN M., VIANDIER A. et DEBOISSY F., *Droit des sociétés*, préc., spéc. n° 279 p. 163 – plus nuancé, P. MOUSSERON, *Droit des sociétés*, Joly éd. 2011, spéc. p. 151

1338 N. FERRIER, *La délégation de pouvoir, technique d'organisation de l'entreprise*, préc., spéc. n° 122 p. 166

1339 A. COEURET, « Infractions aux règles d'hygiène et de sécurité en droit du travail, délégation de pouvoir et mise en danger », *Dr. social* 1995, p. 344, spéc. p. 345

pouvoir est exercé au travers du délégataire. Il reste d'ailleurs l'organe social légal de la personne morale[1340] et conserve la qualité de contrôlaire. Le dirigeant dispose donc du pouvoir de contrôler le délégataire.

183. Le contrôle-direction du délégant. Le délégant exerce d'abord un contrôle-direction à l'égard du délégataire. L'absence de substitution légale de dirigeant en cas de délégation se déduit ainsi du maintien du lien d'autorité pesant sur le délégataire. Ce lien d'autorité s'exprime de plusieurs manières. Tout d'abord, le délégant conserve la disposition de la délégation. Il peut y mettre fin à tout moment[1341], et donc à tous le moins en modifier l'étendue, ou consentir de nouvelles délégations. Le délégant engage même sa responsabilité en ne procédant pas au remplacement du délégataire défaillant[1342]. Il conserve également le pouvoir d'exercer lui-même les pouvoirs délégués[1343]. Ensuite, le délégant conserve le pouvoir de donner des instructions au délégataire[1344]. Ainsi, dans un arrêt du 11 mars 2003, la Cour de cassation rejette le pourvoi formé par deux salariées, titulaires d'une délégation de pouvoir et condamnées pour avoir omis de respecter le jour de fermeture hebdomadaire des boulangers-pâtissiers fixé par arrêté[1345]. La Cour d'appel relève pourtant que les deux salariées étaient tenues de respecter les instructions de leur employeur[1346].

1340 N. FERRIER, *La délégation de pouvoir, technique d'organisation de l'entreprise*, préc., spéc. n° 106 et s., p. 141 et s.

1341 Cass. com., 5 févr. 2008, n° 06-21879 : *Bull. civ.* 2008, n° 27 ; *Rev. Lamy dr. aff.* 2008, n° 26, p. 17, note M. FILIOL DE RAIMOND : « *attendu qu'après avoir constaté, par motifs adoptés, que la déclaration de créance avait été effectuée le 30 septembre 2003 par Mme Z..., préposée de la caisse, en vertu d'un pouvoir que lui avait subdélégué M. Y..., directeur des affaires juridiques, lui-même titulaire d'une délégation de pouvoirs en date du 27 avril 2001 et relevé, par motifs propres, que la délégation de pouvoirs dont bénéficiait M. Y... avait été annulée par la caisse dans un acte du 17 février 2004 qui avait reporté les effets de l'annulation au 1er septembre 2003, l'arrêt retient à bon droit que Mme Z..., dont le pouvoir procédait d'une délégation principale annulée à compter du 1er septembre 2003, n'était pas habilitée à déclarer le 30 septembre 2003 la créance de la caisse* »

1342 Cass. crim., 9 nov. 1998, n° 97-86647 : inédit : la Cour de cassation rejette le pourvoi formé contre une Cour d'appel ayant énoncé : « *qu'une délégation de pouvoir exonératoire de responsabilité s'entend du chef d'entreprise qui délègue ses pouvoirs à un préposé investi par lui et pourvu de la compétence, de l'autorité et des moyens nécessaires pour veiller efficacement à l'observation des prescriptions réglementaires ; que si la délégation consentie à Mme A..., directeur d'agence, répond à ces conditions, son absence de la direction de l'agence au moment des faits, c'est à dire pendant l'exécution du chantier à l'hôpital de Laval, pour voyage professionnel à Cuba décidé par la direction de la société SNM, ne saurait lui être reprochée ; qu'il appartenait en effet au prévenu de par ses attributions de surveillance du réseau d'agences, de pourvoir au remplacement de la responsable de l'agence par une personne dotée des pouvoirs et de l'autorité équivalente* »

1343 Cass. com., 7 févr. 1966 : *Bull. civ.* 1966, n° 77 ; *RTD com.* 1966, p. 951, note HOUIN : « *la délégation de ses pouvoirs, consentie par Baudoin à X..., ne faisait pas obstacle à ce que Baudoin fit usage desdits pouvoirs à défaut d'empêchement de sa part* »

1344 N. FERRIER, *La délégation de pouvoir, technique d'organisation de l'entreprise*, préc., spéc. n° 122 p. 167

1345 Cass. crim., 11 mars 2003, n° 02-82578 : inédit

1346 La Cour d'appel énonce que : « *Clotilde X... est salariée de la société France Restauration Rapide en qualité de responsable de restaurant Pat à Pain et qu'il est stipulé dans son contrat de travail qu'elle doit se conformer aux instructions permanentes de la société, notamment en ce qui concerne les heures d'ouverture du restaurant ; qu'elle a signé une délégation de pouvoirs avec la mention "Mademoiselle Clotilde X... répondra seule et sera seule mise en cause dans toutes les instructions et actions devant les juridictions répressives concernant l'établissement dont elle a la direction" ; que Sophie A..., épouse B..., est salariée de la société France Restauration Rapide en qualité de directrice du magasin "Packman" ; qu'elle s'est engagée à respecter les instructions permanentes la concernant, ainsi que les dispositions IPR 102 et 103 dont elle a reconnu avoir reçu un exemplaire, et qu'elle a signé une délégation de*

184. L'assistance du délégataire. Le dirigeant doit également assister le délégataire et lui fournir les moyens nécessaires pour l'exercice de sa mission. Il en est notamment ainsi en matière d'autorité sur les salariés. Dans un arrêt de 1987, la Cour de cassation a approuvé les juges du fond, ayant jugé abusif le licenciement du délégataire, en relevant que la relation conflictuelle entre ce dernier et les salariés « *tenait en grande partie ses origines de l'attitude du gérant de la société, qui n'avait pas su imposer au personnel commercial le respect dû à M. X..., auquel cependant il avait confié le rôle de coordonner les divers services* »[1347].

185. Le contrôle-surveillance des actes du délégataire. Le dirigeant exerce enfin un contrôle-surveillance sur le délégataire. Le maintien du lien d'autorité impose en effet en contrepartie au délégant de contrôler les actes du délégataire[1348]. Selon Monsieur Coeuret, l'objet de ce contrôle est double : « *d'une part, s'assurer que le délégataire ne sort pas des limites de sa compétence d'attribution, d'autre part, vérifier que l'exercice qu'il fait de ses prérogatives est bien conforme à la mission pour laquelle il les a reçues* »[1349]. La jurisprudence consacre cette obligation de contrôle à la charge du délégant. Dans un arrêt de 1962, la chambre commerciale de la Cour de cassation a ainsi relevé que le dirigeant avait commis « *une série de fautes en omettant de surveiller efficacement un directeur qu'il avait choisi et à qui, sans mieux le connaitre, il avait consenti une procuration des plus larges constituant en réalité une véritable délégation de pouvoirs* »[1350]. Cette obligation repose sur l'obligation générale de contrôle et de surveillance pesant sur le dirigeant[1351]. Le dirigeant doit ainsi s'informer de l'action du délégataire. La Cour de cassation n'hésite pas à rejeter l'exonération de responsabilité pénale permise par la délégation de pouvoir dès lors que le délégant aurait dû avoir connaissance des infractions commises par le délégataire[1352].

PARAGRAPHE 2 : LES CONTRATS INTEGRES

186. Notion de contrat intégré. Un tiers peut, dans le cadre de relations contractuelles, s'immiscer dans la gestion de la société. Les contrats d'intégration[1353] désignent ainsi les

---

pouvoir aux termes de laquelle il est stipulé qu'elle répondra seule et sera seule mise en cause dans toutes les instructions et actions devant les juridictions répressives concernant l'établissement dont elle a la direction »

1347 Cass. soc., 21 janv. 1987, n° 83-44546 : *Bull. civ*. 1987, n° 31

1348 N. FERRIER, *La délégation de pouvoir, technique d'organisation de l'entreprise*, préc., spéc. n° 343 p. 497 - *Mémento Lefebvre Sociétés commerciales* 2012, préc., spéc. n° 13530

1349 A. COEURET, « Les responsabilités assumées par le salarié, source d'indépendance ? », *RJIF* 1996, p. 243, spéc. p. 249

1350 Cass. com., 6 févr. 1962 : *Bull. civ.* 1962, n° 80

1351 VINEY G. et JOURDAIN P., *Les conditions de la responsabilité*, LGDJ 3e éd. 2006, spéc. n° 857, p. 1087

1352 N. FERRIER, *La délégation de pouvoir, technique d'organisation de l'entreprise*, préc., spéc. n° 299 et 346

1353 Certains auteurs préfèrent la notion d'« *accords de réseau* », V. par ex. D. FERRIER, *Droit de la distribution*, Litec 6e éd. 2012, spéc. n° 517 p. 261 – d'autres utilisent l'acception « *contrats de distribution* », tels PH. MALAURIE, L. AYNES, et P.-Y. GAUTIER, *Les contrats spéciaux*, préc., spéc. n° 825 et s., p. 479 et s.

conventions ayant pour objet l'organisation des « *relations entre entreprises caractérisées par la perte d'indépendance économique et d'autonomie de décision que subit une firme au profit d'une autre ou d'un groupe d'entreprises* »[1354]. C'est contrat pourrait donc en soi être source, soit de substitution, soit de partage de la qualité de contrôlaire entre le dirigeant de l'intégré et l'intégrateur.

Ces contrats d'intégration sont des contrats de la distribution complexes. Il ne s'agit plus seulement de contrats de fourniture exclusive mais de constitution de véritables réseaux organisés de distribution ou les obligations des distributeurs seront de plus en plus nombreuses. Madame Amiel-Cosme a ainsi défini le réseau de distribution comme « *celui qui naît de la somme de volontés individuelles, unissant un fournisseur, l'intégrateur, à une pluralité de revendeur, distributeurs intégrés, donnant naissance à des accords-cadres principaux liés à des contrats accessoires, constituant un groupe de contrats synallagmatiques, conclus à titre onéreux et dans l'intérêt commun de ses membres, en vue d'organiser la revente de produits et/ou la fourniture de services, sur un marché déterminé, à un consommateur final* »[1355].

187. Typologie des contrats intégrés. Les trois grands contrats d'intégration sont la concession commerciale, la franchise et la distribution sélective[1356]. Le contrat de concession commerciale se définit comme « *celui par lequel le titulaire d'une marque, ou concédant, s'engage sur un territoire donné à ne vendre qu'à son cocontractant, ou concessionnaire, qui s'oblige, en contrepartie à distribuer les biens concédés et uniquement ces biens, en respectant la politique commerciale définie par son partenaire* »[1357]. Cette exclusivité, qui constitue l'une des caractéristiques principales de ce contrat[1358], est beaucoup plus limitée dans les contrats de distribution sélective. Dans ses derniers, le fournisseur réserve ses ventes à un réseau de distributeurs sélectionné et l'exclusivité résulte donc de l'impossibilité pour le

---

1354 CORNU G., ASSOCIATION HENRI CAPITANT, *Vocabulaire juridique*, préc., spéc. p. 557 – A l'origine ce terme désignait spécialement les contrats de fourniture réciproque de biens ou services entre un producteur agricole et une entreprise industrielle ou commerciale, V. F. COLLART DUTILLEUL et PH. DELEBECQUE, *Contrats civils et commerciaux*, Dalloz 9e éd. 2011, spéc. n° 904 et s., p. 908 et s.

1355 L. AMIEL-COSME, *Les réseaux de distribution*, LGDJ 1995, spéc. n° 3 p. 8 – V. également du même auteur, « La théorie institutionnelle du réseau », *in Mélanges en l'honneur de Yves Guyon - Aspects actuels du droit des affaires*, Dalloz 2003, p. 1

1356 J. HUET, *Les principaux contrats spéciaux*, préc., spéc. n° 11607 p. 541 - L. AMIEL-COSME, *Les réseaux de distribution*, préc. spéc. n° 7 p. 19

1357 F. COLLART DUTILLEUL et PH. DELEBECQUE, *Contrats civils et commerciaux*, préc., spéc. n° 935, p. 951

1358 V. par ex. CA Paris, 24 sept. 1990 : *JurisData* n° 1990-023848 : « *le contrat de concession exclusive se distingue du contrat de distribution sélective, dont il n'est pas par nature différent, en ce que les parties entendent limiter au préalable leur liberté commerciale, le concédant s'obligeant à ne pas vendre à un concurrent actuel ou éventuel du concessionnaire et à ne pas créer d'autres concessions dans la zone qui lui a été attribuée alors que, par réciprocité, le concessionnaire s'engage à ne pas vendre de produits qui concurrencent celui pour lequel la concession a été accordée* » - CA Paris, 11 févr. 1987 : *D.* 1987, inf. rap. p. 64 - CA Paris, 19 sept. 1994 : *RJDA* 1995, n° 268

producteur de vendre sa production à des revendeurs non agréés[1359]. Enfin, le contrat de franchise est le contrat « *en vertu duquel une personne nommée franchiseur s'engage à communiquer un savoir-faire à une autre personne nommée franchisé, à le faire jouir de sa marque et éventuellement à le fournir, le franchisé s'engageant en retour à exploiter le savoir-faire, utiliser la marque et éventuellement s'approvisionner auprès du franchiseur (avec en général de sa part pour cet approvisionnement un engagement d'exclusivité)* »[1360].

Ces contrats mettent à la charge des parties un certain nombre d'obligations réciproques dont certaines semblent s'apparenter à une véritable immixtion dans la gestion du partenaire (A). Néanmoins, l'abandon d'une partie de la définition du risque social au profit d'un cocontractant est dicté par l'intérêt de la société et relève bien du pouvoir de contrôle-direction du dirigeant social qui le conserve pleinement (B).

A : CONTRATS D'INTEGRATION ET IMMIXTION

188. La liberté juridique de se soumettre économiquement. En s'engageant dans un contrat de distribution, le dirigeant abandonne une partie de sa liberté de gestion. L'intégration dans un réseau va lui imposer certaines décisions.

En premier lieu, ces contrats sont le plus souvent assortis d'accords d'exclusivité. Il s'agit même de l'objet essentiel de la concession exclusive. Il peut s'agir soit d'un engagement d'approvisionnement exclusif auprès du fournisseur, soit de fourniture exclusive au profit du distributeur, soit enfin d'une exclusivité réciproque d'approvisionnement et de fourniture[1361]. Ces clauses ont bien pour effet de restreindre la liberté de choix du cocontractant[1362].

En outre, les parties au contrat sont souvent tenues d'un certain nombre d'obligations qui va avoir pour effet de transférer une partie du pouvoir du dirigeant à son cocontractant[1363]. Le contrat peut ainsi stipuler une clause de fixation unilatérale du prix[1364], des clauses d'objectif[1365] et plus généralement des clauses par lesquelles une partie s'engage à respecter

---

1359 P.-H. ANTONMATTEI et J. RAYNARD, *Droit civil, contrats spéciaux*, Litec 6e éd. 2008, spéc. n° 34 p. 32

1360 CORNU G., ASSOCIATION HENRI CAPITANT, *Vocabulaire juridique*, préc., spéc. p. 476

1361 F. COLLART DUTILLEUL et PH. DELEBECQUE, *Contrats civils et commerciaux*, préc., spéc. n° 930, p. 942

1362 G. PARLEANI, « Les clauses d'exclusivité », *in Les principales clauses des contrats conclus entre professionnels*, PU d'Aix-Marseille, 1990 p. 55

1363 V. LASBORDES, *Les contrats déséquilibrés*, t. 1, PU d'Aix-Marseille, 2000, spéc. n° 289 et s., p. 270 et s.

1364 Cass. ass. plén., 1er déc. 1995, n° 91-15578, 91-15999, 91-19653 et 93-13688 : *Bull. ass. plén.* 1995, n° 7, 8 et 9 ; *D.* 96, 17, note L. AYNES ; *JCP G* 1996, II, 22565, note J. GHESTIN ; *LPA* 27 déc. 1995, p. 13, note D. BUREAU et N. MOLFESSIS ; *JCP E* 1996, II, 776, note L. LEVENEUR ; *RTD civ.* 1996, p. 153, note J. MESTRE ; M.-A FRISON-ROCHE : « De l'abandon du carcan de l'indétermination à l'abus dans la fixation du prix », *RJDA* 1996, p. 3 ; L. LEVENEUR, « L'indétermination du prix : le revirement et sa portée », *Contrats conc. consom.* 1996, chron. 1

1365 C. JAMIN, « Réseau intégré de distribution : de l'abus dans la détermination du prix au contrôle des pratiques abusives », *JCP G* 1996, I, 3959, spéc. n° 27

les normes commerciales fixées par l'autre[1366] que certains auteurs nomment « *clauses d'assujettissement* »[1367]. Ces dernières peuvent notamment imposer des contraintes de stock, une politique tarifaire par l'intermédiaire d'un prix de revente maximum, des conditions particulières de paiement, des actions promotionnelles et publicitaires ou une participation aux charges liées à ces opérations, le respect de normes techniques, de méthodes commerciales, comptables ou de gestion, ou encore la création de services à destination de la clientèle[1368]…

Toutes ces obligations pesant sur l'intégré sont justifiées par la nature même du contrat d'intégration. La réussite économique du partenariat repose sur la nécessaire adéquation de l'outil de production ou de distribution qu'il possède aux besoins de l'intégrateur. Le dirigeant choisit l'abandon de la propriété économique de l'entreprise tout en assurant la conservation de la propriété juridique de l'outil de production de la société[1369]. Cette stratégie relève de son pouvoir de contrôle-direction et ne remet pas en cause son indépendance juridique[1370], quand bien même elle placerait l'intégré dans une situation de dépendance économique.

B : QUALIFICATION DES CONTRATS INTEGRES ET AUTONOMIE DIRECTORIALE

Les contrats intégrés peuvent être qualifiés de contrats d'intérêt commun (1), ce qui explique les possibilités d'ingérence qui s'offrent aux cocontractants. Néanmoins, un certain nombre de dispositions vient limiter ce pouvoir et garantir l'autonomie directoriale des partenaires et donc le maintien de la qualité de contrôlaire au seul intégré (2).

1 : Les contrats intégrés, contrats d'intérêt commun

189. La nature des contrats intégrés. Les contrats intégrés se caractérisent par la convergence des intérêts des cocontractants et l'existence d'un *animus cooperandi* entre les

---

1366 C. JAMIN, « Réseau intégré de distribution : de l'abus dans la détermination du prix au contrôle des pratiques abusives », préc., spéc. n° 28

1367 G. VIRASSAMY, *Les contrats de dépendance*, LGDJ 1986, spéc. n° 216 p. 155 - V. LASBORDES, *Les contrats déséquilibrés*, t. 1, préc., spéc. n° 304 et s., p. 282 et s.

1368 G. VIRASSAMY, *Les contrats de dépendance*, préc., spéc. n° 217 et s., p. 155 et s. - C. BOURGEON, « Les apports économiques », *in* « La détermination du prix, nouveaux enjeux un an après les arrêts de l'Assemblée plénière du 1er décembre 1995, colloque organisé à Paris le 17 décembre 1996 », *RTD com*. 1997, p. 7, spéc. p. 16 - *Lamy Droit économique* 2008, spéc. n° 4603 p. 1706

1369 F. DE BOÜARD, *La dépendance économique née d'un contrat*, LGDJ 2007, spéc. n° 51 et s., p. 35 et s. et n° 69 et s., p. 44 et s.

1370 L. AMIEL-COSME, *Les réseaux de distribution*, préc. spéc. n° 217 et s., p. 196 et s. - *JCl. Contrats - Distribution*, Fasc. 1035, par PH. LE TOURNEAU et M. ZOÏA, spéc. n° 67 et s.

partenaires[1371]. Cet intérêt commun n'a pas échappé à la pratique et à la doctrine. Cette théorie a pris naissance avec le développement de la notion de mandat d'intérêt commun[1372]. Ce dernier a pour particularité de ne pouvoir être résilié que pour juste motif contrairement au principe de révocabilité *ad nutum* du mandat de droit commun[1373]. Pour bénéficier de cet avantage et obtenir une indemnité en cas de rupture unilatérale du contrat, certains concessionnaires ont tenté de se prévaloir de cet effet du mandat d'intérêt commun. La Cour de cassation a toujours refusé une telle assimilation[1374]. En effet, en l'absence de représentation juridique, le contrat de concession ne peut pas être qualifié de contrat de mandat[1375].

Les contrats intégrés doivent donc être qualifiés plus généralement de contrats d'intérêt commun. La consécration est arrivée avec la Loi Doubin du 31 décembre 1989 dont l'article 1er a été codifié à l'article L. 330-3 du Code de commerce. L'alinéa 1er de ce dernier dispose : « *toute personne qui met à la disposition d'une autre personne un nom commercial, une marque ou une enseigne, en exigeant d'elle un engagement d'exclusivité ou de quasi-exclusivité pour l'exercice de son activité, est tenue, préalablement à la signature de tout contrat conclu dans l'intérêt commun des deux parties, de fournir à l'autre partie un document donnant des informations sincères, qui lui permettent de s'engager en connaissance de cause* »[1376].

1371 M. CABRILLAC, « Remarque sur la théorie générale du contrat et les créations récentes de la pratique commerciale », *in Mélanges dédiés à Gabriel Marty*, Université des sciences sociales de Toulouse, 1978, p. 235, spéc. n° 17 p. 246

1372 Sur le mandat d'intérêt commun, V. notamment A. BRUNET, « Clientèle commune et contrat d'intérêt commun », *in Etudes dédiées à Alex Weill*, Dalloz Litec, 1983, p. 85 - J. GHESTIN, « Le mandat d'intérêt commun », *in Les activités et les biens de l'entreprise - mélanges offerts à Jean Derruppé*, Litec, 1991, p. 105 - T. HASSLER, « L'intérêt commun », *RTD com.* 1984, p. 581 - C. PIGACHE, *Le mandat d'intérêt commun*, thèse, Paris V, 1991

1373 V par ex. Cass. 1re civ., 17 mars 1987, n° 85-11570 : *Bull. civ.* 1987, n° 94 : « *Mais attendu que si la cour d'appel a effectivement retenu la notion de mandat d'intérêt commun elle a également relevé que l'intérêt qu'avait à ce contrat la compagnie d'assurances tenait à une " production " suffisante de son mandataire et que celle de M. X... avait été très inférieure aux normes admissibles ; qu'elle a ainsi caractérisé l'existence d'une cause légitime de révocation sans indemnité* » – B. HOUIN, *La rupture unilatérale des contrats synallagmatiques*, thèse Paris II, 1973, spéc. n° II-132 p. 292 et n° II-207 p. 390

1374 Cass. com., 12 févr. 1968 : *Bull. civ.* 1968, n° 68 : « *attendu qu'en statuant ainsi, sans préciser les conditions et les modalités d'exécution des accords susvisés et sans écarter les conclusions d'Abner - non contestés de ce chef - exposant que la D B D achetait et revendait les tondeuses en son nom propre, à ses risques et périls et en toute liberté, étant simple concessionnaire d'achat et de revente, rémunéré par des bénéfices et non par des commissions, la cour d'appel n'a pas justifié la qualification de mandat d'intérêt commun donnée par elle au contrat* » - Cass. com., 13 mai 1970, n° 69-10934 : *Bull. civ.* 1970, n° 161 ; *JCP G* 1971, II, 16891, note I. SAYAG ; *D.* 1970, jurispr. p. 701, note J. GUYENOT - Cass. com., 27 oct. 1970 : *JCP G* 1971, II, 16689, note P. L. - Cass. com., 26 juin 1972, n° 71-10591 : *Bull. civ.* 1972, n° 205 - Cass. com., 28 mai 1973, n° 72-12087 : *Bull. civ.* 1973, n° 187 - Cass. com., 17 mai 1976, n° 74-12587 : *Bull. civ.* 1976, n° 166 - Cass. com., 30 nov. 1982, n° 81-11978 : *Bull. civ.* 1982, n° 383 ; *CDE* 1983, n° 2, p. 25, note D. FERRIER

1375 J. GHESTIN, « Le mandat d'intérêt commun », préc., spéc. n° 9 p. 114

1376 Il est toutefois intéressant de noter que cette consécration n'a pas modifié la position de la jurisprudence quant aux effets de la rupture unilatérale d'un contrat de concession : Cass. com., 7 oct. 1997, n° 95-14158 : *Bull. civ.* 1997, n° 252 ; *JCP G* 1998, II, 10085, note J.-P. CHAZAL ; *Contrats, conc. consom.* 1998, comm. 20, note L. LEVENEUR ; *RTD civ.* 1998, p. 130, note P.-Y. GAUTIER : « *le concédant peut résilier le contrat de concession sans donner de motifs, sous réserve de respecter le délai de préavis et sauf abus du droit de résiliation* » - Cass. com., 8 janv. 2002, n° 98-21265 :

190. Le maintien du contrôle-direction du dirigeant social. Monsieur Hassler a consacré une étude forte intéressante à cette notion d'intérêt commun qu'il définit comme « *une convergence d'intérêt entre les parties* ». Ceci n'implique pas pour autant une identité d'intérêt parfaite entre les cocontractants et l'auteur relève également que cet intérêt commun n'est que « *la rencontre heureuse de deux égoïsmes* »[1377]. En effet, il serait vain de nier les divergences qui peuvent exister entre les intérêts du fournisseur et du distributeur : l'un voudrait fournir plus cher ce que l'autre voudrait acheter moins cher et la marge de l'un est directement liée à la marge de l'autre[1378]. Néanmoins, cette notion de contrat d'intérêt commun présente un certain nombre d'intérêts. Une telle qualification va ainsi permettre de justifier les restrictions de pouvoir pesant sur le dirigeant et notamment la direction du réseau par l'intégrateur, les clauses imposant des normes communes, les clauses de stock et les clauses d'exclusivité[1379]. En effet, le dirigeant social ne fait qu'exercer son pouvoir de direction en renonçant à l'exercice de certaines de ses prérogatives. Ce choix s'opère au regard de l'intérêt social car cet asservissement présente des avantages pour la réussite commerciale de la société[1380]. Comme le relève Monsieur Parléani, à propos de la clause d'exclusivité qui caractérise ces contrats, elle « *présente de toute manière d'indéniables avantages tant qu'elle est respectée par ceux qu'elle lie. Elle assure non seulement l'étroitesse des relations d'affaires, mais encore, et surtout, leur régularité. Elle est synonyme de prévisibilité, de sécurité, et permet donc d'assurer la rentabilité des investissements* »[1381]. De même, la domination de l'intégrateur va permettre une dynamique de réseau favorable au développement économique de l'intégré[1382].

CDE 2002, n° 3, p. 33, note D. MAINGUY ; *Contrats, conc. consom*. 2002, comm. 78, note M. MALAURIE-VIGNAL ; *D.* 2002, p. 567, note E. CHEVRIER ; *D.* 2002, p. 3009, note D. FERRIER – V. également PH. GRIGNON, « Le concept d'intérêt commun dans le droit de la distribution », *in Etudes de droit commercial à la mémoire de Henry Cabrillac*, Litec 1999, p. 127

1377 T. HASSLER, « L'intérêt commun », préc., spéc. p. 585

1378 P. BECQUE, « L'intérêt commun et la fin des contrats de distribution exclusive », *CDE* 1985, n° 6, p. 24, spéc. p. 24 - T. BUHAGIAR, « La concession exclusive dans la branche automobile », *JCP CI* 1980, II, 13438, spéc. n° 28 - J.-M. LELOUP, « Le partage du marché par les réseaux de vente et les réseaux de distribution *», in Dix ans de droit de l'entreprise*, Litec 1978, p. 933, spéc. p. 940 - D. PLANTAMP, « L'intérêt commun dans les contrats de distribution » *ALD* 1990, 177, spéc. n° 8 - A. SAYAG, *Une technique contractuelle complexe, La distribution automobile, Les contrats aujourd'hui : comparaisons franco-anglaises* : LGDJ, 1987, spéc. p. 339, n° 15 - M. ZOÏA, *L'incidence du droit communautaire sur les contrats spéciaux*, thèse Toulouse 1999, spéc. n° 1314

1379 *JCl. Contrats - Distribution*, Fasc. 1010, par PH. LE TOURNEAU et M. ZOÏA, spéc. n° 107 et s.

1380 V. néanmoins sur les limites de cette liberté de choix, F. DE BOÜARD, *La dépendance économique née d'un contrat*, préc., spéc. n° 179 et s., p. 108 et s.

1381 G. PARLEANI, « Les clauses d'exclusivité », *in Les principales clauses des contrats conclu entre professionnels*, préc., spéc. p. 55

1382 *JCl. Contrats - Distribution*, Fasc. 1010, par PH. LE TOURNEAU et M. ZOÏA, spéc., spéc. n° 119

Ce transfert partiel de compétence ne remet donc pas en cause la qualité de contrôlaire du dirigeant social. Elle est néanmoins très encadrée afin d'éviter un transfert de cette qualité sur la tête de l'intégrateur.

2 : Les garanties de l'autonomie directoriale et de l'absence de contrôle-direction par l'intégrateur

191. La garantie indirecte par la protection du marché. La loi et la jurisprudence ont instauré un certain nombre de règles afin d'encadrer les contrats intégrés. Certaines de ces dispositions n'ont pour but que de protéger le marché dans son ensemble et n'auront qu'indirectement un effet sur le maintien de l'autonomie de l'intégré. L'article L. 420-2 alinéa 2 du Code de commerce prohibe ainsi, « *dès lors qu'elle est susceptible d'affecter le fonctionnement ou la structure de la concurrence, l'exploitation abusive par une entreprise ou un groupe d'entreprises de l'état de dépendance économique dans lequel se trouve à son égard une entreprise cliente ou fournisseur. Ces abus peuvent notamment consister en refus de vente, en ventes liées, en pratiques discriminatoires* […] *ou en accords de gamme* ». D'après le ministre de l'Economie, la dépendance économique désigne « *une relation dans laquelle l'un des partenaires n'a pas de solution alternative s'il souhaite refuser de contracter dans les conditions que lui impose son client ou son fournisseur* »[1383]. Elle résulte « *de la notoriété de la marque du fournisseur, de l'importance de la part de marché du fournisseur, de l'importance de la part de fournisseur dans le chiffre d'affaires du revendeur, à condition toutefois que cette part ne résulte pas d'un choix délibéré de politique commerciale de l'entreprise cliente, enfin, de la difficulté pour le distributeur d'obtenir d'autres fournisseurs des produits équivalents* »[1384]. Ces quatre critères doivent être simultanément réunis pour entrainer cette qualification. La loi interdit donc une situation qui empêcherait le dirigeant de pouvoir définir le risque social librement. L'abus de dépendance économique emporterait en effet substitution de fait du dirigeant par son cocontractant. L'Autorité de la concurrence peut donc enjoindre au responsable de mettre fin aux pratiques prohibées, éventuellement sous astreinte, et le condamner à une sanction pécuniaire[1385].

192. La garantie du maintien de l'équilibre contractuel. La jurisprudence exerce également son contrôle sur l'équilibre contractuel entre l'intégrateur et l'intégré et prive ainsi l'intégrateur d'un véritable pouvoir de contrôle-direction sur l'intégré. Elle s'assure ainsi de

---

1383 *Rapp. Sénat* n°56, 1985-1986, par COLON, spéc. p. 24

1384 Cons. conc., déc. n° 01-D-49, 31 août 2001 - Cons. conc., déc. n° 02-D-77, 27 décembre 2002

1385 article L. 464-2 I du Code de commerce

l'absence d'abus dans la fixation unilatérale des prix et sanctionne le refus abusif de renégocier le contrat. Pendant longtemps, le principe a été l'interdiction de la fixation unilatérale du prix[1386]. Dans cinq arrêts remarqués du 1er décembre 1995, l'Assemblée plénière est revenue sur cette solution[1387]. Néanmoins, la Cour de cassation n'en a pas pour autant abandonné son contrôle sur l'abus dans la fixation unilatérale du prix[1388]. Dans un arrêt de 1997, elle rejette ainsi la demande d'un franchisé au motif que « *le franchiseur a laissé au franchisé la liberté de négocier les prix selon la loi du marché sans souffrir d'une position dominante et arbitraire du franchiseur, ce dont il résulte que* [ce dernier] *n'a pas commis d'abus dans l'application de la clause d'approvisionnement exclusif* »[1389]. Il est bien fait appel à la notion de liberté de l'intégré. Celui-ci doit conserver une autonomie minimale qui passe notamment par la libre négociabilité du prix y compris à l'égard de sa propre clientèle[1390]. Les autorités de la concurrence admettent néanmoins la possibilité pour l'intégrateur de fixer un prix de revente maximum ou un prix conseillé[1391].

La jurisprudence impose également à l'intégrateur la renégociation du contrat lorsqu'il en va de l'intérêt de l'intégré. Deux arrêts vont dans ce sens. Le premier, de 1992, est fondé sur le principe de loyauté et d'exécution de bonne foi des conventions. Un pompiste avait conclu un contrat de distribution avec une société pétrolière et s'était plaint de ce que cette dernière ne lui avait pas donné les moyens de pratiquer des prix concurrentiels. La Cour de cassation rejette le pourvoi formé contre l'arrêt lui ayant donné raison au motif « *qu'ayant relevé que le contrat contenait une clause d'approvisionnement exclusif, que M. X... avait effectué des travaux d'aménagement dans la station-service, et que "le prix de vente appliqué par la société BP à ses distributeurs agréés était, pour le supercarburant et l'essence, supérieur à celui auquel elle vendait ces mêmes produits au consommateur final par l'intermédiaire de*

1386 Cass. com., 27 avril 1971, n° 70-10752 et 70-10753 : *Bull. civ.* 1971, n° 107, p. 99 ; *D.* 1972, p. 353, note J. GHESTIN ; *JCP* 1972, II, 16975, note J. BORE : « *en admettant ainsi que, faute d'accord entre les parties sur le prix pour la période postérieure à l'arrêté du 1er octobre 1963, les prix fixés par Esso Standard pouvaient être retenus, alors qu'elle estime que ces prix ne constituaient pas des prix de marché sans établir que leurs éléments ne dépendaient pas de la volonté de l'une ou l'autre des parties, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision* »

1387 Cass. ass. plén., 1er déc. 1995, n° 91-15578, 91-15999, 91-19653 et 93-13688 : préc. note 1364 : « *lorsqu'une convention prévoit la conclusion de contrats ultérieurs, l'indétermination du prix de ces contrats dans la convention initiale n'affecte pas, sauf dispositions légales particulières, la validité de celle-ci, l'abus dans la fixation du prix ne donnant lieu qu'à résiliation ou indemnisation* »

1388 Cass. ass. plén., 1er déc. 1995, n° 91-15578, 91-15999, 91-19653 et 93-13688 : préc. note 1364

1389 Cass. com., 21 janv. 1997, n° 94-22034 : *D. affaires* 1997, p. 311 ; *D.* 1997, p. 414, note C. JAMIN

1390 article L. 442-5 du Code de commerce : « *Est puni d'une amende de 15000 euros le fait par toute personne d'imposer, directement ou indirectement, un caractère minimal au prix de revente d'un produit ou d'un bien, au prix d'une prestation de service ou à une marge commerciale* »

1391 Cons. conc., déc. n° 01-D-58, 24 sept. 2001, *Benetton* : *Contrats, conc. consom*. 2002, comm. 27, note M. MALAURIE-VIGNAL ; *LPA* 16 nov. 2001, p. 5, note P. ARHEL - Cons. conc., déc. n° 03-D-39, 4 sept. 2003, *Sté Plus International* : *Contrats, conc. consom*. 2003, comm. 181, note M. MALAURIE-VIGNAL ; *LPA* 15 juin 2004, p. 11, note E. BACCICHETTI et J.-P. DOM

ses mandataires", l'arrêt retient que la société BP, qui s'était engagée à maintenir dans son réseau M. X..., lequel n'était pas obligé de renoncer à son statut de distributeur agréé résultant du contrat en cours d'exécution pour devenir mandataire comme elle le lui proposait, n'est pas fondée à soutenir qu'elle ne pouvait, dans le cadre du contrat de distributeur agréé, approvisionner M. X... à un prix inférieur au tarif "pompiste de marque", sans enfreindre la réglementation, puisqu'il lui appartenait d'établir un accord de coopération commerciale entrant "dans le cadre des exceptions d'alignement ou de pénétration protectrice d'un détaillant qui ont toujours été admises" ; qu'en l'état de ces constatations et appréciations, d'où il résultait l'absence de tout cas de force majeure, la cour d'appel a pu décider qu'en privant M. X... des moyens de pratiquer des prix concurrentiels, la société BP n'avait pas exécuté le contrat de bonne foi »[1392]. Le second arrêt est de 1996. Malgré une erreur lors de son étude de marché, un franchiseur avait refusé d'adapter la stratégie commerciale prévue dans le contrat de franchise pour s'adapter aux difficultés rencontrées par le franchisé. La responsabilité du franchiseur fut retenue au motif que « *l'échec du franchisé résultait de l'erreur ayant consisté à adopter dans un environnement défavorable les méthodes de vente du franchiseur et du refus de ce dernier d'adapter la politique commerciale à ce contexte* »[1393]. Même si ces décisions restent exceptionnelles, elles n'en démontrent pas moins l'attention que porte le juge à l'équilibre du contrat intégré. Ce dernier doit permettre au dirigeant de la société intégré de conserver une certaine autonomie, la liberté d'action minimum qui sied à tout dirigeant social. Dans le cas contraire, l'intégrateur prend le risque de se voir requalifié en dirigeant de fait[1394].

Les contrats intégrés n'ont donc ni pour objet, ni pour effet de transférer la qualité de contrôlaire de l'intégré à l'intégrateur. L'intégré conserve tout son pouvoir de contrôle-

---

1392 Cass. com., 3 nov. 1992, n° 90-18547 : *Bull. civ.* 1992, n° 338 ; *RTD civ.* 1993, p. 124, note J. MESTRE ; *JCP G* 1993, II, 22164, note G. VIRASSAMY

1393 Cass. com., 30 janv. 1996, n° 94-13799 – Sur cet arrêt V. J.-P. CLEMENT, « Les réseaux de franchise et de distribution (2e partie) », *RJ com.* 1996, p. 282

1394 Cass. com., 9 nov. 1993, n° 91-18351 : *Bull. civ.* 1993, n° 390 ; *JCP G* 1994, II, 20304, note G. VIRASSAMY ; *JCP E* 1994, pan. 48 et II, 612 ; *D.* 1995, somm. p. 79 ; *Rev. sociétés* 1994, p. 321, note PH. LE TOURNEAU : « *Mais attendu que la cour d'appel a relevé que la société Brmc détenait les documents comptables, sociaux et bancaires nécessaires à la gestion de la société Cpfl, avait conservé la signature bancaire de celle-ci et préparait tous les documents administratifs et les titres de paiement signés ensuite par la société Cpfl, établissait les déclarations fiscales et sociales et contrôlait l'embauche du personnel ; qu'elle a également retenu qu'un rapport de police judiciaire faisait apparaître que la société Brmc avait participé à la poursuite d'une activité déficitaire de la société Cpfl à partir du mois de juin 1989 et jusqu'en août 1989, bien qu'elle connaissait, par la détention des documents comptables en sa possession, l'insuffisance de la trésorerie ; qu'elle a pu déduire de ces constatations et appréciations que l'immixtion de la société Brmc dans la gestion de la société Cpfl dépassait les obligations, résultant du contrat, à la charge du franchiseur et que la société Brmc était le dirigeant de fait de la société Cpfl et avait commis des fautes ayant contribué à l'insuffisance d'actif ; que la cour d'appel, qui a procédé à la recherche prétendument omise, a ainsi légalement justifié sa décision* » - Cass. com., 19 déc. 1995, n° 92-20116 : *Bull. civ.* 1995, n° 307 ; *Rev. sociétés* 1996, p. 347, note PH. LE TOURNEAU - Cass. com., 9 mai 1995, n° 93-16211 : *D.* 1997, somm. p. 54 note D. FERRIER – Sur la notion de direction de fait, V. *infra* n° 440 et s.

direction et le droit positif s'assure que le contrat ne remet pas en cause sa liberté de gestion. A défaut, la jurisprudence n'hésite pas à sanctionner l'intégrateur. Ce dernier n'est pas par principe un contrôlaire de la société car ce n'est que dans des cas extrêmes que les juges le qualifieront de dirigeant de fait, notion qu'il nous faut maintenant étudier.

SOUS-SECTION 3 : LA SUBSTITUTION DE FAIT DE DIRIGEANTS

Si en principe la direction de la société relève des dirigeants légaux de la société, ceux qui ont été régulièrement nommés par les organes sociaux[1395], il arrive également que d'autres personnes s'immiscent dans la gestion sociale. Ces dernières, qui se sont comportées comme des dirigeants de fait, se voient alors imposer les mêmes obligations qui incombent en temps normal aux organes légaux de direction. Néanmoins, si les règles de publicité évitent au justiciable d'avoir à prouver la qualité de dirigeant de droit de celui contre qui il agit, il lui revient de démontrer la qualité de dirigeant de fait de ce dernier[1396]. Or la loi est muette s'agissant de la définition de la notion de dirigeant de fait[1397].

L'étude de la doctrine puis de la jurisprudence relative à la direction de fait permettra d'illustrer le contrôle-direction en dressant un panorama des actes entrant dans la définition du risque social. Il sera alors possible de dégager un critère unique de qualification du contrôle-direction de fait : l'immixtion dans la définition de ce risque social.

Paragraphe 1 : Etude doctrinale de la notion de dirigeant de fait

Paragraphe 2 : Etude jurisprudentielle de la notion de dirigeant de fait

Paragraphe 3 : L'immixtion dans la définition du risque social, critère de qualification du contrôle-direction de fait

---

1395 A. PAUGET-BEYDON, *La notion de dirigeant de groupement*, préc., spéc. n° 362 p. 152 - V. également CA Reims, ch. civ. 1, 29 mai 2006, n° 04/00951 : inédit : « *Attendu que le dirigeant de fait d'une société, par opposition au dirigeant de droit, est une personne dépourvue de mandat social qui s'immisce dans la direction ou l'administration d'une société, qui exerce en toute indépendance et souveraineté une activité positive de gestion et de direction* »

1396 Cass. com., 6 mai 1980, n° 78-15775 : *Bull. civ.* 1980, n° 175 : une Cour d'appel place le conseiller juridique d'une société en liquidation en tant que dirigeant de fait au motif que ce dernier « *n'explique pas comment et pourquoi il avait accepté de participer à la création de cette société dont le capital était trop faible par rapport à l'importance des affaires envisagées et qu'il n'explique pas en quoi il entrait dans son rôle de conseil juridique d'accomplir certains actes par lui effectués dans l'intérêt de la société* ». La Cour de cassation casse l'arrêt car, en statuant ainsi, la Cour d'appel a renversé la charge de la preuve

1397 J.-L. RIVES-LANGE, « La notion de dirigeant de fait au regard de l'article 99 de la loi de 1967 », *D.* 1975, chron. p. 41, spéc. n° 1 p. 41

PARAGRAPHE 1 : ETUDE DOCTRINALE DE LA NOTION DE DIRIGEANT DE FAIT

193. Les prémisses d'une définition légale. Pendant longtemps, les auteurs ont estimé qu'il n'y avait pas de notion unitaire de la direction de fait[1398]. La jurisprudence leur ayant donné tort[1399], ils sont revenus sur cette conception plurale[1400]. S'il n'y a pas de définition légale de la notion de dirigeant de fait, certains articles du Code de commerce en offrent néanmoins une ébauche. Ainsi, l'article L. 246-2 du Code de commerce dispose que les infractions pénales « *visant le président, les administrateurs ou les directeurs généraux de sociétés anonymes ou de sociétés européennes et les gérants de sociétés en commandite par actions sont applicables à toute personne qui, directement ou par personne interposée, a, en fait, exercé la direction, l'administration ou la gestion desdites sociétés sous le couvert ou au lieu et place de leurs représentants légaux* »[1401].

194. De multiples définitions doctrinales. Les définitions de la direction de fait proposées par la doctrine se rapprochent de ce texte. Selon Monsieur Rives-Lange, « *est un dirigeant de fait celui qui, en toute souveraineté et indépendance, exerce une activité positive de gestion et de direction* »[1402]. Cette définition est à rapprocher de celle avancée par Monsieur Tricot pour qui « *le gérant de fait est celui qui dirige une société sans avoir été régulièrement investi, par les organes de la société, du pouvoir de la représenter. Il n'est pas le représentant légal de la société mais, en raison des actes personnels de direction qu'il accomplit, il est, en fait, son dirigeant* »[1403].

D'autres auteurs proposent des définitions plus originales. Monsieur Gerschel se fonde sur la notion d'immixtion, laquelle « *implique l'intervention d'une personne ou d'un organe qui n'est pas dirigeant de droit de l'entreprise » et suppose « soit une participation à la gestion effective de l'entreprise* […], *soit une appréciation de l'opportunité de la gestion* »[1404]. Enfin, pour Madame Pauget-Beydon, « *seul le pouvoir de prendre des décisions stratégiques, en toute souveraineté et indépendance, devrait établir la direction de fait* »[1405].

La jurisprudence a adopté une définition de la direction de fait qui reprend tous ces éléments.

1398 L. LEVENEUR, *Situations de fait et droit privé*, LGDJ 1990, spéc. n° 39 p. 49
1399 V. *infra* n° 202
1400 A. PAUGET-BEYDON, *La notion de dirigeant de groupement*, préc., spéc. n° 212 p. 102
1401 V. également l'art. L. 245-16 du Code de commerce reprenant la même formulation
1402 J.-L. RIVES-LANGE, « La notion de dirigeant de fait au regard de l'article 99 de la loi de 1967 », préc., spéc. n° 5 p. 42
1403 D. TRICOT, « Les critères de la gestion de fait », préc., spéc. p. 24
1404 C. GERSCHEL, « Le principe de non immixtion en droit des affaires (1ère partie) », préc., spéc. n 3 p. 8
1405 A. PAUGET-BEYDON, *La notion de dirigeant de groupement*, préc., spéc. n° 768 p. 392

PARAGRAPHE 2 : ETUDE JURISPRUDENTIELLE DE LA NOTION DE DIRIGEANT DE FAIT

L'étude de la jurisprudence relative à la direction de fait permet de définir plus précisément cette notion. Elle renseigne sur la très grande variété de personnes pouvant se voir attribuer cette qualité (A) et sur la nature des actes qui conduisent à une telle qualification (B). Enfin, elle pose un certain nombre de conditions à la mise en œuvre de la direction de fait (C).

A : LA VARIETE DES DIRIGEANTS DE FAIT

La jurisprudence révèle l'extrême diversité des personnes s'étant accaparées le contrôle-direction et pouvant dès lors se voir requalifier en dirigeant de fait. Il peut s'agir d'un organe social ou de l'un de ses membres (1), d'un partenaire économique et commercial (2) ou encore d'un tiers, totalement étranger à la société (3).

1 : L'immixtion d'un organe social de contrôle-surveillance ou de l'un de ses membres

Les organes sociaux de contrôle-surveillance ne sont pas censés pouvoir s'immiscer dans le contrôle-direction exercé par le dirigeant de droit. Ils risqueraient en effet de se voir qualifier de dirigeant de fait. Il peut en être ainsi pour les membres du conseil de surveillance (a), les associés (b) et le commissaire aux comptes (c).

a : Les membres du conseil de surveillance

195. Une consécration jurisprudentielle. Le conseil de surveillance n'est pas un organe de contrôle-direction de la société et il lui est même interdit de s'immiscer dans la gestion de la société[1406]. Si l'un de ses membres devait outrepasser ses pouvoirs, il risquerait de se voir requalifier en dirigeant de fait. Dans un arrêt de 2005, la Cour de cassation a clairement confirmé cette possibilité. Une cour d'appel avait prononcé l'insaisissabilité des actions détenues par trois membres du conseil de surveillance d'une société et chargé un mandataire *ad hoc* d'exercer les droits de vote correspondants. Les juges avaient estimé que les droits dont disposaient les trois associés au sein du conseil leur permettaient de révoquer la présidente du directoire et qu'ils avaient « *une influence certaine sur la marche et la conduite de la société* » ce qui leur conférait la qualité de dirigeant de fait au sens de l'article L. 621-59 du Code de commerce. La Cour de cassation casse l'arrêt au motif « *qu'en se prononçant par*

1406 V. *supra* n° 10

de tels motifs impropres à caractériser en quoi les consorts X. avaient, en dehors de l'exercice de leur mission de membres du conseil de surveillance, en fait, exercé, séparément ou ensemble, et en toute indépendance, une activité positive de direction dans la société, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision »[1407]. En l'espèce, la qualification de dirigeant de fait n'est pas retenue mais la Cour de cassation n'exclut pas cette éventualité.

La Cour de cassation a confirmé cette solution en 2008. Une Cour d'appel avait condamné Noel X… pour travail dissimulé, ce dernier s'étant « *comporté comme un dirigeant de fait, nonobstant son statut officiel de président du conseil de surveillance* ». La Cour de cassation rejette le pourvoi au motif que les juges du fond ont justifié leur décision en *établissant que* « *le prévenu a personnellement participé à l'infraction en accomplissant des actes de gestion en toute indépendance et sous le couvert des organes statutaires de la société* »[1408].

b : L'associé

196. Un dépassement de pouvoir. Il arrive fréquemment que l'un des associés de la société s'implique plus que de raison dans la gestion sociale[1409]. Il prend lui aussi le risque de se voir qualifié de dirigeant de fait, qu'il soit majoritaire ou minoritaire. Un arrêt de 1982 a ainsi rejeté le pourvoi formé contre un arrêt de Cour d'appel ayant condamné « *l'associé minoritaire d'une SARL en sa qualité de dirigeant de fait* » pour délit de banqueroute[1410]. Elle fait de même en 1996, s'agissant d'un associé majoritaire, au motif que la Cour d'appel à légalement justifié sa décision en constatant que ce dernier « *intervenait personnellement dès qu'une difficulté apparaissait, signait presque toutes les lettres de change émises par la société d'exploitation, disposait de la signature sociale sur plusieurs comptes, contrôlait les dépenses et se réservait d'intervenir pour régler les problèmes commerciaux ou de fabrication* »[1411].

Il est également intéressant de relever qu'une telle requalification peut s'opérer au sein d'un groupe de sociétés. Dans un arrêt de 2005, la Cour de cassation relève que la Cour d'appel « *qui a fait ressortir l'absence totale d'autonomie des filiales par rapport à la société-mère, en a déduit que la société* [mère] *avait la qualité de dirigeant de fait des filiales*

1407 Cass. com., 12 juill. 2005, n° 03-14045 : préc. note 30

1408 Cass. crim., 3 juin 2008, n° 07-85871 : *Cah. soc. barreau Paris*, 2008 n° 203, p. 329, note F.-J. PANSIER

1409 V. par ex. J.-M. MACQUERON, *La notion de dirigeant de fait*, thèse Rouen 1982, spéc. n° 68 p. 71

1410 Cass. crim., 21 mars 1983 : inédit

1411 Cass. com., 17 déc. 1996, n° 93-18765 : inédit

qu'elle dirigeait par l'intermédiaire de la société-mère »[1412]. La qualité de contrôlaire de la société mère se déduit du fait que « *le véritable pouvoir de décision au sein de la* [filiale] *appartenait à la société-mère, sans que* [le] *dirigeant de cette filiale, ait protesté contre une telle immixtion,* [et] *que la situation des filiales était examinée en même temps que celle de la société-mère lors de chaque conseil d'administration* ».

La Cour de cassation veille donc au respect de l'autonomie de chaque société du groupe mais elle se montre tout de même prudente et reste parfois réticente à reconnaître une telle immixtion. Elle énonce par exemple que « *ni la participation de la société Plein Ciel diffusion au capital de sa filiale, ni l'usage d'un même logo par les deux sociétés, ni la participation de M. Z..., président du directoire de la société Plein Ciel diffusion aux conseils d'administration des différentes sociétés, ni les déclarations faites par celui-ci à la presse sur la pratique de son groupe, ne caractérisaient l'acte de gestion par immixtion* »[1413].

Il faut noter que la qualité d'associé unique ou quasi unique ne permet pas à elle seule de retenir la qualification de dirigeant de fait, tant pour l'associé personne physique que dans le cadre d'un groupe de sociétés. La Cour d'appel de Paris a énoncé très clairement que « *la qualité d'associé, même unique, n'implique pas en elle-même une participation effective à la gestion sociale et n'emporte pas nécessairement la qualité de dirigeant de fait* »[1414]. De même le fait de détenir le contrôle de la société-mère qui elle-même détient à plus de 99 % le capital de quatre filiales ne suffit pas à reconnaître un quelconque pouvoir de contrôle-direction sur ces dernières. La Cour de cassation l'a rappelé dans un arrêt de 2005 : « *Attendu que pour déclarer bien fondée l'action en comblement de passif dirigée contre la société Sogepass et pour condamner celle-ci au paiement de l'insuffisance d'actif des quatre filiales, l'arrêt retient que la société Métallurgique de Normandie, aux droits de laquelle se trouve la société Sogepass, qui détenait 43,50 % du capital de la société-mère et qui était l'administrateur de la société Huet et Lanoé laquelle détenait le capital des sociétés Petre et fils, Lepissier et Patriat, Nouvelle des établissements Henri Reye et Quinofer à concurrence respective de 99,50 %, 99,72 %, 99,75 % et 99,70 %, doit également être considérée comme dirigeant de fait des quatre filiales ; Attendu qu'en se déterminant par de tels motifs impropres à établir*

1412 Cass. com., 2 nov. 2005, n° 02-15895 : *Bull. Joly Sociétés* 2006, p. 469, note F.-X. LUCAS ; *Banque et droit* 2006, n°107 p. 38, note M. STORCK, Q. URBAN, et I. RIASSETTO ; *Rev. sociétés* 2006, p. 398, note D. PORACCHIA – V. également Cass. com., 6 juin 2000, n° 96-21134 : inédit - T. com. Orléans, 1er juin 2012, n° 2010/11170 : *Bull. Joly Entr. Diff.*, 2012, p. 201, éditorial par R. DAMMANN et M. BOCHE-ROBINET

1413 Cass. 3e civ., 25 févr. 2004, n° 01-11764 : *Bull. civ.* 2004, n° 38 ; *Bull. Joly Sociétés* 2004, p. 666, note J.-PH. DOM ; *Rev. sociétés* 2004, p. 419, note J.-F. BARBIERI ; *Dr. sociétés* 2004, comm. 96, note F.-G. TREBULLE ; *RTD civ.* 2004, p. 747, note P.-Y. GAUTIER

1414 CA Paris, 15 janv. 1999, n° 1998/04408 : *Bull. Joly Sociétés* 1999, p. 627

que la société Métallurgique de Normandie, aux droits de laquelle se trouve la société Sogepass, avait dirigé, en fait, chacune des filiales, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision »[1415]. Ces deux décisions confirment que les associés ne disposent en aucun cas du contrôle-direction de la société puisque même quand ils disposent seuls du pouvoir de décision au sein de l'assemblée générale cela ne suffit pas en soi à les qualifier de contrôlaires.

c : Le commissaire aux comptes

197. La sanction du principe de non-immixtion. L'article L. 823-10 du Code de commerce dispose que « *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* ». Le législateur interdit donc expressément au contrôleur légal des comptes toute intrusion dans la gestion sociale et donc tout exercice d'un contrôle-direction. Ce principe de non-immixtion recouvre non seulement l'interdiction de toute participation active à la définition du risque social mais également toute appréciation de l'opportunité de la gestion sociale des dirigeants[1416]. Il peut toutefois jouer un rôle de conseiller tant que celui-ci reste marginal[1417]. En pratique, les décisions sanctionnant l'immixtion d'un commissaire aux comptes dans les affaires sociales, et caractérisant ainsi un comportement de dirigeant de fait, sont inexistantes[1418]. Toutefois, un arrêt du TGI d'Auch de 1977 avait admis la responsabilité d'un commissaire aux comptes et l'avait condamné à combler le passif d'une société coopérative en liquidation judiciaire[1419]. La Cour d'appel d'Agen a infirmé ce jugement au motif qu'« *il résulte à l'évidence des documents de la cause qu'il n'a pris aucune part dans la gestion de l'administration de cette coopérative, les seuls reproches qui lui sont faits* […] *concernant non sa participation à la gestion de la coopérative mais au contraire sa négligence et son inertie dans l'exercice de son activité de commissaire aux comptes* »[1420]. Selon Monsieur Merle, cette immixtion du

---

1415 Cass. com., 2 nov. 2005, n° 02-15895, préc. note 1412

1416 J.-M. LATU et A. PALMADE, « La certification, mission de base consacrée », préc., spéc. n° 69 p.61

1417 E. DU PONTAVICE, « Le principe de non-immixtion des commissaires aux comptes dans la gestion à l'épreuve des faits », préc., spéc. p. 602 et s.

1418 D. VIDAL, « L'intervention du commissaire aux comptes dans la gestion de l'entreprise sociale qu'il contrôle », *in Procédures collectives et droit des affaires : morceaux choisis : mélanges en l'honneur d'Adrienne Honorat*, Frison-Roche 2000, p. 327, spéc. n° 2 p. 327

1419 TGI Auch, 23 mars 1977 : *Bull. CNCC* 1977, p. 227, note E. DU PONTAVICE

1420 CA Agen, 26 janv. 1981 : *Bull. CNCC* 1981, p. 239 ; *RTD com.* 1982, p. 466, note PH. MERLE

commissaire aux comptes ne pourrait se révéler vraiment que lors d'une action en comblement de passif à l'encontre du contrôleur légal[1421].

2 : L'immixtion d'un partenaire économique et commercial

198. De nombreux exemples. La qualité de dirigeant de fait peut également être attribuée à un cocontractant de la société. Les exemples sont nombreux. Il peut s'agir d'un salarié[1422], et, dans ce cas, la disparition du lien de subordination risque de lui faire perdre le bénéfice de son contrat de travail[1423]. Une telle requalification peut également s'appliquer aux différents conseillers de la société tels le conseiller de gestion[1424], le conseiller en franchise[1425], le conseiller financier[1426], le conseiller en organisation[1427], le conseiller juridique[1428], l'avocat[1429], ou encore le notaire[1430].

Ce risque de requalification pèse également sur les partenaires commerciaux de la société. Par exemple, dans le cadre des contrats intégrés, l'intégrateur dispose d'un certain pouvoir sur la conduite des affaires sociales. Il s'agit même en partie de l'objet de ces contrats. Néanmoins, il ne doit pas outrepasser les limites de l'attribution contractuelle de compétences au risque de se voir qualifier de dirigeant de fait[1431]. Il en va de même pour la banque, quand bien même elle tenterait de se protéger derrière ses salariés. Dans un arrêt remarqué du 27 juin

---

1421 *La responsabilité civile du commissaire aux comptes*, CNCC 2007, spéc. n° 75 p. 23

1422 Cass. com., 2 févr. 1982, n° 80-14773 : *Bull. civ.* 1982, n° 40 : « *attendu qu'ayant examiné les éléments de preuve à elle soumis, la cour d'appel n'a fait qu'user de son pouvoir souverain d'appréciation en décidant que M. X... avait dirigé en fait la société CODAEL, peu important qu'il ait été au surplus salarié de cette société* » - Cass. com., 3 févr. 1982, n° 80-10832 : *Bull. civ*. 1982, n° 46 ; *Rev. soc.* 1982, p. 568, note J. HONORAT ; *RTD com.* 1982, p. 460, note MERLE ; *JCP CI* 1982, I, 11025, note CABRILLAC et VIVANT - Cass. crim., 29 févr. 1988, n° 81-81373 : *Bull. Joly Sociétés 1*988, p. 370 - Cass. crim., 19 sept. 1994, n° 93-85629 : *Bull. Joly Sociétés* 1994, p. 1309, note J. BARBIERI - Cass. crim., 30 mai 1994, n° 93-83933 : *Bull. Joly Sociétés* 1994, p. 1205, note J.-J. DAIGRE - Cass. crim., 8 juin 1999, n° 98-85228 : inédit

1423 Cass. soc., 14 mai 1997, n° 94-42415 : inédit : « *Mais attendu que la cour d'appel, sans inverser la charge de la preuve, a relevé, d'une part, que M. X... n'avait reçu aucun ordre et n'avait été soumis à aucun contrôle dans l'exercice de ses fonctions techniques et, d'autre part, qu'après la démission du président directeur général, il s'était comporté en dirigeant de fait; qu'elle a pu en déduire l'absence de tout lien de subordination et, par conséquent, l'inexistence du contrat de travail* »

1424 Cass. com., 11 mai 1982, n° 81-10923 : *Bull. civ.* 1982, n° 178 ; *JCP G* 1982, IV, 256

1425 Cass. crim., 19 nov. 2008, n° 08-85317 : inédit

1426 CA Paris, 12 sept. 1989 : *Dr. sociétés* 1990, comm. 11

1427 CA Paris, 8 mars 1979 : *Dr. sociétés* 1979, comm. 125

1428 Cass. com., 8 janv. 2008, n° 06-17986 : inédit - CA Toulouse, 25 janv. 1993 : *JCP E* 1993, pan. 1412

1429 Cass. crim., 10 nov. 1999, n° 98-81762 : *Bull. crim.* 1999, n° 253 ; *Gaz. Pal.* 21 juin 2000, p. 24, note J.-P. DOUCET

1430 CA Paris, 30 avril 1981 : *Gaz. Pal.* 1981, 2, jurispr. p. 604 - Cass. 1re civ., 1er déc. 1998, n° 96-20302 : inédit

1431 Cass. com. 9 nov. 1993, n° 91-18351 : préc. note 1394 : La Cour d'appel a justement déduit « *que l'immixtion de la société Brmc dans la gestion de la société Cpfl dépassait les obligations, résultant du contrat, à la charge du franchiseur et que la société Brmc était le dirigeant de fait de la société Cpfl* »

2006, la Cour de cassation a ainsi reconnu la qualité de dirigeant de fait d'une banque dont deux préposés siégeaient au conseil d'administration d'une société débitrice[1432].

Enfin, la Cour de cassation a également reconnu que la qualité de dirigeant de fait pouvait s'appliquer à un client de la société. Elle l'a fait notamment dans un arrêt du 2 juillet 1998 en rejetant le pourvoi formé contre un arrêt de Cour d'appel ayant énoncé que « *Bernard X... ne peut revendiquer être considéré comme un client de la société ACT qu'il dirigeait en fait, alors qu'il ne se soumettait à aucune des exigences qu'une telle position eût supposées* »[1433].

3 : L'immixtion d'un tiers

199. L'homme de paille. L'immixtion dans la vie sociale peut enfin résulter d'un tiers, en principe totalement étranger à la société. Il arrive très fréquemment que le véritable dirigeant de la société soit un membre de la famille du dirigeant de droit[1434]. On peut ainsi relever qu'ont pu être qualifiés de dirigeants de fait un conjoint[1435], un parent[1436] ou encore un ami[1437].

200. L'Etat. Ce tiers peut également être l'Etat lui-même. Dans un arrêt de 2001, la Cour de cassation a ainsi rejeté le pourvoi formé contre un arrêt de cour d'appel ayant prononcé une condamnation en comblement de passif à l'encontre de deux établissements publics à caractère industriel et commercial, en reconnaissant leur qualité de dirigeants de fait[1438]. La question s'est alors posée de la compétence des juridictions civiles ou administratives en ce

---

1432 Cass. com., 27 juin 2006, n° 04-15831 : *Bull. civ.* 2006, n° 151 ; *Bull. Joly Sociétés* 2006, p. 1372, note F.-X. LUCAS ; *Banque et droit* 2006, n° 110, p. 59, note M. STORCK ; Dr. sociétés 2006, comm. 160, note J.-P. Legros ;D. 2006, p. 2534, note R. DAMMANN et J. PASZKUDZKI – V. également, faisant l'objet du pourvoi : CA Versailles, 29 avril 2004, n° 03/04439 : *Bull. Joly Sociétés* 2004, p. 1201, note A. CONSTANTIN et Y. LEVY

1433 Cass. crim., 2 juill. 1998, n° 97-83483 : *Bull. crim.* 1998, n° 213 ; *Bull. Joly Sociétés 1*998, p. 1200

1434 L. LEVENEUR, *Situations de fait et droit privé*, préc., spéc. n° 53 p. 67

1435 Cass. com., 3 oct. 2000, n° 97-20425 : inédit - Cass. com., 27 avril 2000, n° 99-80352 : inédit

1436 Cass. crim., 2 déc. 2009, n° 09-81856 : inédit - Cass. crim., 25 nov. 2008, n° 08-80226 : inédit

1437 Cass. com., 27 avril 2000, n°99-80352 : préc. note 1435 - Cass. crim. 13 juin 1983, inédit

1438 Cass. com., 6 févr. 2001, n° 98-15129 : *Bull. civ.* 2001, n° 33 ; *Bull. Joly Sociétés* 2001, p. 593, note J.-F. BARBIERI : « *attendu que l'indépendance et la souveraineté doivent être appréciées par rapport à la personne morale au sein de laquelle le dirigeant de fait exerce son pouvoir ; que l'arrêt retient que le BRGM et la société Coframines ne se sont pas bornés à leur rôle d'investisseurs ou à procéder à des recherches techniques ou à trouver des solutions de restructuration financière mais, dépassant une intervention à titre de conseil, ont exercé un véritable pouvoir de direction en plaçant le conseil d'administration dans un état de dépendance, en soumettant ses décisions aux résultats de leurs recherches et de leurs avis auxquels le conseil d'administration ne s'opposait pas, même s'il n'avait reçu que le minimum d'informations, ce dont se sont plaints des membres du conseil* » - T. confl., 23 janv. 1989 : *JCP E* 1989, II, 15599, note PETEL ; *JCP G* 1990, II, 21397, note ALFANDARI ; *D.* 1989, p. 367, concl. FLIPO, note AMSELEK et DERRIDA ; *Gaz. Pal.* 1989, 2, 579, note PLANTAMP ; *Rev. sociétés* 1989, p. 706, note GUYON ; *Banque* 1989, p. 558, note RIVES-LANGE ; *RD bancaire et bourse* 1989, p. 185, note DEKEUWER-DEFOSSEZ : « *le Gouvernement s'est comporté comme un dirigeant de fait en engageant par là-même la responsabilité de l'Etat dans le préjudice que subit la masse des créanciers* » – V. également CAA Marseille, 10 mars 2011, Req. 09 MA 00119, « Commune de Nice » : qui admet l'immixtion fautive d'une commune dans la gestion d'une association

domaine[1439]. Le tribunal des conflits a clos le débat en énonçant que « *si la recherche de la responsabilité civile de l'Etat ou d'autres personnes morales de droit public au titre de l'exercice d'une mission de service administratif relève de la compétence des tribunaux de l'ordre administratif, une telle action relève de la compétence des tribunaux de l'ordre judiciaire lorsque la responsabilité de l'Etat ou de la personne morale de droit public est recherchée au titre d'une activité à caractère industriel ou commercial sans qu'il y ait lieu de distinguer si la collectivité publique concernée a agi en qualité de dirigeant de fait ou de droit* »[1440].

B : LA DEFINITION JURISPRUDENTIELLE DE LA DIRECTION DE FAIT

201. L'exercice en toute liberté et indépendance, de façon continue et régulière, d'activités positives de gestion et de direction engageant la société. Pour caractériser la direction de fait, la Cour de cassation exige la démonstration de l'exercice en toute liberté et indépendance, de façon continue et régulière, d'activités positives de gestion et de direction engageant la société. Dans un arrêt de 2007, elle énonce par exemple que pour être ainsi qualifié, l'auteur des actes en causes doit avoir « *exercé en toute indépendance une activité positive de gestion de l'ensemble de la personne morale, indépendamment des actes relatifs à la gestion de l'établissement secondaire pour lesquels il agissait en vertu de mandats donnés par le dirigeant de droit de la société* »[1441].

Contrairement au dirigeant de droit, dont la responsabilité peut résulter d'une omission fautive[1442], la direction de fait exige une activité positive. En effet, « *on ne devient pas dirigeant en s'abstenant* »[1443], « *c'est l'activité qui crée le dirigeant de fait* »[1444]. Seul le

---

1439 J.-J. GOVERNATORI, « Le droit administratif à l'épreuve du droit des procédures collectives », *Gaz. Pal.* 31 nov. 2009, p. 9

1440 T. confl., 26 nov. 2006, n° 06-03570, *Bull. civ.* 2006 T. confl., n° 31 – V. également reconnaissant la direction de fait d'une association par une commune : Cass. com., 15 juin 2011, n° 09-14578 : inédit : « *Mais attendu, en premier lieu, que l'arrêt retient, par motifs propres, que la commune, qui était le principal bailleur de fonds de l'association, disposait au sein du comité directeur de trois sièges, et finançait par ailleurs les structures, Saem ASAC et ASAC expansion, qui ont permis la survie artificielle de l'association, et par motifs adoptés, que la commune était en mesure de dicter ses choix par le poids de son soutien financier nécessaire à la vie du club, et avait imposé une subvention, non à fonds perdus, mais remboursable en trois ans pour une somme qui, manifestement, ne pourrait être remboursée ; qu'ayant ainsi fait ressortir que la commune en imposant ses choix financiers par l'intermédiaire de ses trois représentants au comité directeur, exerçait un contrôle sur la gestion et les décisions de l'association caractérisant une activité positive de direction de l'association, la cour d'appel qui a procédé à la recherche prétendument omise évoquée à la deuxième branche, a légalement justifié sa décision* »

1441 Cass. com., 13 févr. 2007, n° 05-20126 : *Bull. civ.* 2007, n° 41 ; *Dr. société* 2005, comm. 95, note J.-P. LEGROS ; *D.* 2007, p. 1303, note M.-L. BELAVAL et R. SALOMON ; *Bull. Joly Sociétés* 2007, p. 697, note A. LECOURT ; *Rev. soc.* 2007, p. 630, note B. SAINTOURENS ; *Gaz. Pal.* 20 juill. 2007, p. 57, note TH. MONTERAN - Cass. com., 12 juill. 2005, n° 03-14045 : préc. note 30

1442 N. DEDESSUS-LE-MOUSTIER, « La responsabilité des dirigeants de fait », *Rev. sociétés* 1997, p. 499, spéc. n° 13 p. 505

1443 J.-L. RIVES-LANGE, « La notion de dirigeant de fait au regard de l'article 99 de la loi de 1967 » : préc., spéc. n° 6 p. 42

1444 D. TRICOT, « Les critères de la gestion de fait », préc., spéc. p. 27

dirigeant de droit est légalement compétent pour intervenir dans la vie sociale et la situation normale se caractérise donc par l'inaction des tiers[1445]. Cette activité positive consiste à prendre de véritables décisions et non à simplement surveiller ou donner des conseils[1446]. Cette condition d'une activité positive est exigée par la jurisprudence tant civile[1447] qu'administrative[1448] et même constitutionnelle[1449].

Deuxième condition : l'activité positive doit être une activité de direction[1450]. Le dirigeant de fait doit disposer d'un véritable pouvoir de décision et pouvoir ainsi peser sur la gestion de la société[1451]. Dans un arrêt 11 juin 1987, la Cour d'appel de Paris a par exemple retenu « *l'immixtion dans les fonctions déterminantes pour la direction générale de l'entreprise, impliquant une participation continue à cette direction et un contrôle effectif et constant de la marche de la société en cause* »[1452]. On peut néanmoins regretter que la jurisprudence n'ait pas donné une définition plus précise de la notion de direction[1453], que ce soit dans le cadre de la direction de fait ou de droit[1454].

Le dirigeant de fait doit également avoir agi en toute indépendance[1455]. En effet, comme le relève Monsieur Tricot, « *le dirigeant, qu'il soit de fait ou de droit, est, par nature, indépendant* »[1456]. L'existence d'un lien de subordination est donc exclusive de la qualité de dirigeant de fait[1457]. Il en est notamment ainsi pour les directeurs techniques salariés[1458]. Pour

---

1445 L. LEVENEUR, *Situations de fait et droit privé*, préc., spéc. n° 42 p. 55

1446 Cass. com., 12 juill. 2005, n° 03-14045 : préc. note 30 - Cass. com., 23 mars 1971, n° 70-10308 : *Bull. civ.* 1971, n° 91

1447 Cass. crim, 28 févr. 1983 : *LPA* 8 juin 1983, p. 37 : c'est à bon droit qu'une cour d'appel, pour qualifier un gérant de fait, énonce que « *le prévenu avait dans ladite SARL une activité positive de direction, qu'il pratiquait celle-ci sans entrave et en toute indépendance* » - Cass. crim., 11 avril 1983 : *Rev. sociétés* 1983, p. 817, note W. JEANDIDIER - Cass. com., 18 mai 1981, n° 79-16952 : *Bull. civ*. 1981, n° 240, p. 189 - Cass. com., 15 nov. 1978, n° 77-11131 : *Bull. civ*. 1978, n° 265

1448 Même si le Conseil d'Etat préfère employer la notion de « contrôle effectif », cette dernière est à rapproché de l'« activité positive » : L. LEVENEUR, *Situations de fait et droit privé*, préc., spéc. n° 46 p. 59 – V. par exemple CE 29 janv. 1992, req. n° 79672 : *Quot. jur*. 21 mai 1992, p.4, note D. DAVOUST : « *l'administration doit être regardée comme établissant que M. Jean X... a exercé pendant ces années un contrôle effectif et constant sur la gestion de l'entreprise* »- CE 7 févr. 1958, req. n° 35819 : *Rec. CE* 1958 p. 81

1449 Cons. const., déc. 18 oct. 1977, n° 77-5 I : *Rev. sociétés* 1978, p. 107 : « *la notion de direction de fait, au sens de ce texte, doit s'entendre d'une participation à la conduite générale de l'entreprise active, régulière et comportant prise de décisions* »

1450 J.-L. RIVES-LANGE, « La notion de dirigeant de fait au regard de l'article 99 de la loi de 1967 » : préc., spéc. n° 10 p. 42

1451 N. DEDESSUS-LE-MOUSTIER, « La responsabilité des dirigeants de fait », préc., spéc. n° 10 p. 503

1452 CA Paris, 11 juin 1987 : *Bull. Joly Sociétés* 1987, p. 719

1453 L. LEVENEUR, *Situations de fait et droit privé*, préc., spéc. n° 43 p. 55

1454 V. *supra* n° 13

1455 J.-L. RIVES-LANGE, « La notion de dirigeant de fait au regard de l'article 99 de la loi de 1967 » : préc., spéc. n° 16 p. 44

1456 D. TRICOT, « Les critères de la gestion de fait », préc., spéc. p. 26

1457 Cass. soc., 29 nov. 2006, n° 04-48219 : *Bull. civ.* 2006, n° 362 ; *Rev. sociétés* 2007, p. 547, note J.-F. BARBIERI ; *RTD com*. 2007, p. 144, note C. CHAMPAUD et D. DANET ; *Bull. Joly Sociétés* 2007, p. 496, note B. SAINTOURENS : « *attendu que la cour d'appel, qui, après avoir analysé les attributions administrative, financière, bancaire et sociale effectivement exercées par l'intéressé, a estimé qu'il n'avait pas outrepassé ses fonctions d'attaché de direction et de directeur commercial salarié, a fait ressortir qu'il était demeuré sous la subordination juridique de la société ; qu'elle a pu décider que le contrat de travail du salarié n'était pas fictif et qu'il n'était pas dirigeant de fait de la société* »

autant, la qualité de salarié n'empêche pas une telle requalification dès lors que le préposé agit en dehors de tout lien hiérarchique[1459]. L'indépendance du dirigeant doit être réelle et ne pas être qu'apparente. La Cour de cassation a ainsi rejeté le pourvoi formé contre un arrêt de cour d'appel ayant retenu qu'en raison de son emploi un VRP a pu être considéré par erreur comme le directeur de la société[1460]. Enfin, la Cour de cassation considère que l'indépendance doit « *être appréciée par rapport à la personne morale au sein de laquelle le dirigeant de fait exerce son pouvoir* »[1461]. Dans cet arrêt un EPIC a pu être qualifié de dirigeant de fait d'une sous-filiale alors même qu'il se trouvait lui-même sous la dépendance de l'Etat. Comme le note Monsieur Barbièri à propos du dirigeant de fait, « *peu importe que la personne recherchée sous cette qualification soit l'initiateur de la situation, ou une simple courroie de transmission, dès lors qu'elle a, de quelque façon que ce soit, contribué à faire naître la dépendance directionnelle* »[1462]. Ce critère de l'indépendance est discutable. En effet, nous avons vu que le délégataire se trouvait titulaire d'un véritable pouvoir de contrôle-direction et pouvait être qualifié de contrôlaire[1463]. Pourtant, nous avons également relevé qu'il devait nécessairement se trouver sous un lien d'autorité avec le délégant[1464]. Autrement dit, la subordination n'est pas nécessairement exclusive du contrôle-direction dès lors que le contrôlaire dispose d'une autonomie et d'une liberté suffisantes.

Enfin, il semble que la qualification de dirigeant de fait requiert une répétition des actes positifs de direction[1465]. Un simple acte isolé ne serait pas suffisant. Dans un arrêt du 19 septembre 2005, la Cour d'appel d'Agen a ainsi précisé que les immixtions de dirigeants de faits dans la gestion sociale n'avaient « *rien eu d'épisodiques ou de bénignes* »[1466].

Le Conseil constitutionnel, ayant eu l'occasion de statuer sur la qualité de dirigeant de fait d'un candidat à l'Assemblée nationale, a posé une définition très proche de celle des juridictions judiciaires : « *la notion de direction de fait au sens* [de l'article 146 du Code

---

1458 CA Grenoble, 5 nov. 2007, n° 07/01315 : pour écarter la qualification de dirigeant de fait, la Cour d'appel énonce que « *le fait que Monsieur X...négocie des prix, établissent des avoirs et des budgets provisionnels ne relève que de ses fonctions de cadre, directeur commercial* » – V. également L. LEVENEUR, *Situations de fait et droit privé*, préc., spéc. n° 44 p. 57

1459 V. *supra* n° 198

1460 Cass. com., 3 mai 1994, n° 92-15103 : inédit

1461 Cass. com., 6 févr. 2001, n° 98-15129 : préc. note 1438 - Cass. com., 15 mars 2005, n° 03-19577 : inédit

1462 J. F. BARBIERI, note sous Cass. com., 6 févr. 2001, préc. note 1438, spéc. n° 5 p. 600

1463 V. *supra* n° 180

1464 V. *supra* n° 168

1465 D. TRICOT, « Les critères de la gestion de fait », préc., spéc. p. 27

1466 CA Agen, Civ. 1, 19 sept. 2005 : inédit

électoral] *doit s'entendre d'une participation à la conduite générale de l'entreprise active, régulière et comportant prise de décision* »[1467].

PARAGRAPHE 3 : L'IMMIXTION DANS LA DEFINITION DU RISQUE SOCIAL, CRITERE DE QUALIFICATION DU CONTROLE-DIRECTION DE FAIT

Après avoir étudié la typologie des actes révélateurs de l'immixtion de fait dans la gestion sociale telle que les révèlent les décisions de justice (A), nous constaterons que la direction de fait est constituée dès lors qu'un tiers s'est immiscé dans la définition du risque social (B).

A : TYPOLOGIE DES ACTES REVELATEURS DE L'IMMIXTION DANS LE CONTROLE-DIRECTION

202. L'existence d'un pouvoir de décision. La détermination des actes révélateurs d'une direction de fait relève de l'appréciation souveraine des juges du fond[1468]. L'étude de ces actes permet de cerner plus précisément la notion de direction. Parmi les actes révélateurs d'une immixtion dans la gestion sociale, la jurisprudence relève en premier lieu le pouvoir de décision dont dispose le dirigeant de fait. Ce dernier est celui qui détient « *le véritable pouvoir de décision* »[1469] dans la société, ou, au moins, « *le pouvoir de décision le plus important* »[1470], qui prend « *les décisions majeures en matière de choix commerciaux, de commandes et de gestion financière* »[1471], ou encore « *conduit la stratégie de la société* »[1472]. Il intervient « *dans tous les domaines de la société* »[1473], par exemple « *pour régler les problèmes commerciaux ou de fabrication* »[1474].

203. La gestion administrative. La direction de fait peut également se révéler dans l'exercice d'« *un rôle administratif et comptable* »[1475]. De nombreux arrêts relèvent notamment l'implication du dirigeant de fait dans la comptabilité de la société. Ils lui

---

1467 Cons. Cons., 18 oct. 1977, n° 77-5 I : préc. note 1449

1468 Cass. com., 9 juillet 1991, n° 89-18825 : *RJDA* 1991 n° 962 « *Mais attendu qu'appréciant la portée des éléments de preuve qui lui étaient soumis, la cour d'appel n'a fait qu'user de son pouvoir souverain en retenant que M. X... avait dirigé en fait la société* »

1469 Cass. com., 2 nov. 2005, n° 02-15895, préc. note 1412

1470 Cass. crim., 3 juin 2008, n° 07-85871 : préc. note 1408

1471 Cass. crim., 4 nov. 2009, n° 08-88437 : *Bull. Joly Sociétés* 2010, p. 285, note J. LASSERRE-CAPDEVILLE – V. également Cass. crim., 23 nov. 2004, n° 04-80830 : inédit : pouvoir de prendre les décisions « *relatives à la conduite des travaux* » et « *à la sécurité* » - Cass. com., 24 nov. 1998, n° 96-11733 : inédit : imposer à la société « *les prestations de service de restauration, la composition des menus, leur prix et la fourniture de repas gratuits* »

1472 Cass. crim., 31 oct. 2007, n° 06-85676 : inédit

1473 Cass. com., 10 juillet 2001, n° 98-12822 : inédit

1474 Cass. com., 17 décembre 1996, n° 93-18765 : préc. note 1411

1475 Cass. com., 10 juill. 2001, n° 98-12822 : préc. note 1473 - Cass. crim., 8 juin 1999, n° 98-85228 : préc. note 1422

reprochent par exemple d'assurer « *le suivi comptable* »[1476], de tenir la comptabilité[1477], ou encore d'intervenir « *directement dans l'établissement du bilan* »[1478]. La direction de fait peut également se déduire du pouvoir « *d'établir les documents sociaux* »[1479], ou de la signature d'« *un procès-verbal d'assemblée générale ordinaire* »[1480].

204. La gestion financière. La libre disposition des comptes bancaires et des moyens de paiement de la société sont encore des indices de l'immixtion du dirigeant de fait[1481]. La jurisprudence relève fréquemment que ce dernier dispose d'« *une procuration bancaire* »[1482] ou de « *la signature bancaire* »[1483], qu'il détient le chéquier de la société[1484] ou établit des effets de commerce en son nom[1485].

205. L'usurpation de la qualité de dirigeant. L'immixtion peut encore résulter du comportement du dirigeant de fait à l'égard des tiers. Il se verra attribuer cette qualité dès lors qu'il aura pu être l'interlocuteur principal auprès des clients de la société[1486], de ses fournisseurs[1487], des banques[1488], mais également du commissaire aux comptes[1489], de l'expert-comptable[1490], de l'administration fiscale[1491], des organismes sociaux[1492], de l'administration[1493] des organes de la procédure collective[1494] ou des tribunaux[1495].

1476 Cass. crim., 16 oct. 2002, n° 01-87298 : inédit

1477 Cass. crim., 3 juin 1991, n° 89-86929 : inédit

1478 Cass. crim., 28 mars 2007, n° 06-82666 : inédit

1479 Cass. crim., 27 oct. 1999, n° 98-85651 : inédit

1480 Cass. crim., 18 nov. 2009, n° 09-80132 : inédit

1481 Cass. crim., 4 nov. 2009, n° 08-88437 : préc. note 1471 - Cass. com., 6 oct. 2009, n° 08-15378 : inédit - Cass. crim., 6 mai 2009, n° 08-86378 : inédit - Cass. crim., 3 oct. 1988, n° 86-95677 : inédit

1482 Cass. crim., 19 sept. 2007, n° 06-88544 : inédit - Cass. com., 10 mars 2004, n° 01-10015 : inédit - Cass. crim., 3 juin 1991, n° 89-86929 : préc. note 1477

1483 Cass. crim., 10 sept. 2008, n° 08-80889 : inédit - Cass. crim., 19 mars 2008, n° 07-84312 : inédit - Cass. crim., 31 oct. 2007, n° 06-85676 : préc. note 1472 - Cass. crim. 31 oct. 2000, n° 00-80765 : inédit - Cass. com., 6 janv. 1998, n° 95-18478 : préc. note 48 - Cass. crim., 25 juill. 1983 : inédit

1484 Cass. crim. 19 nov. 2008, n° 08-82098 : inédit - Cass. crim., 19 mars 2008, n° 07-84312 : préc. note 1483 - Cass. com., 17 sept. 2002, n° 99-15857 : *Dr. sociétés* 2003, comm. 90, note J.-P. LEGROS - Cass. crim., 27 oct. 1999, n° 98-85651 : préc. note 1479

1485 Cass. com. 17 déc. 1996, n° 93-18765 : préc. note 1474 - Cass. com., 8 oct. 1996, n° 94-19397 : *Dr. sociétés* 1996, comm. 211, obs. Y. CHAPUT

1486 Cass. crim., 18 nov. 2009, n° 09-80132 : préc. note 1480 - Cass. com., 17 sept. 2002, n° 99-15857 : préc. note 1484 - Cass. com., 10 juill. 2001, n° 98-12822 : préc. note 1473 - Cass. crim., 19 févr. 1998, n° 97-80466 : inédit - Cass. com. 13 juin 2001, n° 00-85963 : inédit - Cass. crim. 31 oct. 2000, n° 00-80765 : préc. note 1483

1487 Cass. com., 6 oct. 2009 : préc. note 1481 - Cass. crim., 6 mai 2009 : préc. note 1481 - Cass. com. 15 mars 2005, n° 03-19577 : préc. note 1461 - Cass. com., 10 mars 2004 : préc. note 1482 - Cass. com., 17 sept. 2002 : préc. note 1484 - Cass. com., 24 nov. 1998 : préc. note 1471 - Cass. crim. 31 oct. 2000 : préc. note 1483 - Cass. com., 25 janv. 1994, n° 91-20007 : *RJDA* 1994 n° 402

1488 Cass. crim., 25 juill. 1983 : préc. note 1483

1489 Cass. crim., 31 janv. 2007, n° 06-81923 : inédit

1490 Cass. crim., 25 févr. 2009, n° 08-84209 : inédit - Cass. crim., 31 oct. 2007, n° 06-85676 : préc. note 1472 - Cass. crim., 16 oct. 2002, n° 01-87298 : préc. note 1476

1491 Cass. crim., 25 févr. 2009, n° 08-84209 : préc. note 1490 - Cass. com., 14 oct. 1997, n° 94-14146 : inédit

1492 Cass. com., 10 mars 2004, n° 01-10015 : préc. note 1482 - Cass. crim., 25 juill. 1983 : préc. note 1483

1493 Cass. crim., 28 juin 2005, n° 04-87062 : inédit - Cass. crim., 25 juill. 1983 : préc. note 1483

1494 Cass. com., 4 févr. 2003, n° 00-10238 : inédit - Cass. crim., 19 févr. 1998, n° 97-80466 : préc. note 1486

206. La représentation de la société. Il semble néanmoins que les actes les plus fréquemment relevés par la jurisprudence pour qualifier un dirigeant de fait soient « *le pouvoir de représenter la société* »[1496] ou « *le pouvoir d'engager la société* »[1497], ainsi que le fait de se comporter « *envers les salariés comme leur véritable employeur* »[1498]. Ont ainsi pu entraîner la qualification de dirigeant de fait : le fait de disposer « *de la signature sociale sur plusieurs comptes* »[1499], d'avoir « *signé tous les contrats représentant l'essentiel de l'activité de la société* »[1500], ou « *le contrat de bail des locaux nécessaires à la société* »[1501], de passer « *directement des commandes auprès des fournisseurs* »[1502] ou encore d'engager « *librement des dépenses au nom de la société* »[1503] ou d'assurer « *le règlement de diverses dettes de la société* »[1504]. Certains arrêts ont également relevé le fait d'avoir « *pris l'initiative de représenter la société lors du redressement judiciaire* »[1505], ou d'avoir comparu « *devant le tribunal lors de l'ouverture de la procédure collective* »[1506]. Le dirigeant de fait est aussi celui qui se comporte comme l'employeur, qui procède à l'embauche des salariés[1507], fixe leur rémunération[1508], leur donne des ordres[1509], assure leur formation[1510] et les licencie[1511].

207. Autres actes de direction de fait. Enfin, la jurisprudence relève encore d'autres critères de l'immixtion tels les compétences particulières du dirigeant de fait[1512] ou au contraire l'incompétence du dirigeant de droit[1513], le fait d'avoir une rémunération

---

1495 Cass. crim., 3 juin 2008 n° 07-85871 : préc. note 1408 : « *en se présentant constamment comme l'interlocuteur dans toutes les affaires pénales, mais aussi prud'homales qui ont intéressé la société anonyme France acheminement exploitation, Noël X... s'est comporté comme une dirigeant de fait* »

1496 Cass. crim., 23 janv. 1995, n° 94-81642 : inédit - Cass. com., 15 mars 2005, n° 03-19577 : préc. note 1461

1497 Cass. com., 6 janv. 1998, n° 95-18478 : préc. note 48

1498 Cass. com. 6 oct. 2009, n° 08-15378 : préc. note 1481

1499 Cass. com. 17 déc. 1996, n° 93-18765 : préc. note 1411

1500 Cass. com., 13 févr. 2007 : n° 05-12261 : inédit

1501 Cass. com. 6 oct. 2009, n° 08-15378 : préc. note 1481 - Cass. com., 14 oct. 1997, n° 94-14146 : préc. note 1491

1502 Cass. com., 10 mars 2004, n° 01-10015 : préc. note 1482

1503 Cass. com., 28 janv. 2004, n° 01-16355 : inédit

1504 Cass. crim., 19 mars 2008, n° 07-84312 : préc. note 1483

1505 Cass. crim., 27 oct. 1999, n° 98-85651 : préc. note 1479

1506 Cass. com., 4 févr. 2003, n° 00-10238 : préc. note 1494

1507 Cass. crim. 19 nov. 2008, n° 08-82098 : préc. note 1484 - Cass. soc., 2 juill. 2008, n° 07-41913 : inédit - Cass. crim., 31 oct. 2007, n° 06-85676 : préc. note 1472 - Cass. crim., 19 sept. 2007, n° 06-88544 : préc. note 1482 - Cass. crim., 31 janv. 2007, n° 06-81923 : préc. note 1489 - Cass. com., 29 mai 2001, n° 98-19160 : inédit - Cass. crim., 8 juin 1999, n° 98-85228 : préc. note 1422 - Cass. crim., 19 févr. 1998, n° 97-80466 : préc. note 1486 - Cass. crim., 28 juin 1993, n° 92-85607 : inédit

1508 Cass. crim., 31 oct. 2007, n° 06-85676 : préc. note 1472 - Cass. crim., 28 juin 1993, n° 92-85607 : préc. note 1507

1509 Cass. com., 15 mars 2005, n° 03-19577 : préc. note 1461 - Cass. crim., 19 févr. 1998, n° 97-80466 : préc. note 1486 - Cass. crim., 28 juin 1993, n° 92-85607 : préc. note 1507

1510 Cass. crim., 28 juin 1993, n° 92-85607 : préc. note 1507

1511 Cass. crim., 19 févr. 1998, n° 97-80466 : préc. note 1486

1512 Cass. soc., 2 juill. 2008, n° 07-41913 : préc. note 1507 : « *l'intéressé, qui avait seul la technicité suffisante pour participer activement à l'administration de la société, dirigeait en fait la société* »

1513 Cass. crim., 19 févr. 1998, n° 97-80466 : préc. note 1486 : la gérante de droit, « *âgée de soixante ans, n'avait aucune compétence particulière pour gérer une société* »

particulièrement élevée[1514] ou même de disposer d'un bureau au siège de la société[1515]. Il s'agit alors plus d'indice de l'anormalité de la situation que de véritables critères de qualification. Ils viennent renforcer la conviction du juge et ne sont donc relevés qu'en complément d'actes positifs de direction.

B : LE RISQUE SOCIAL AU CŒUR DE L'IMMIXTION DU CONTROLAIRE DE FAIT

208. La définition du risque social. Au regard de la jurisprudence, on peut donc définir le contrôlaire de fait comme toute personne, physique ou morale, non régulièrement désignée par les organes légaux de la société et disposant du pouvoir de définir tout ou partie du risque social. On découvre, grâce au travail du juge, ce qui matériellement constitue la définition du risque social. L'abondante jurisprudence citée précédemment permet de préciser cette notion. Comme ont pu l'écrire Messieur Champaud et Danet : « *la direction de fait se comprend comme l'activité de celui qui, sans en avoir reçu le pouvoir, a exercé des fonctions ou accompli des actes susceptibles d'être à l'origine du préjudice subi par la société ou ses créanciers ; elle suppose donc une intervention d'une gravité certaine, de nature à engager le sort économique et financier de l'entreprise* »[1516]. Dispose donc du pouvoir de définir le risque social, la personne qui détient le pouvoir de décision, représente et engage la société à l'égard des tiers et enfin, en assure le suivi administratif. L'exercice d'une de ces prérogatives emporte nécessairement des conséquences sur la réalisation de bénéfices ou de pertes par la société.

1514 Cass. crim., 10 sept. 2008, n° 08-80889 : préc. note 1483 : l'ancien dirigeant de droit est requalifier en dirigeant de fait au motif notamment qu'il percevait « *un salaire supérieur à sa rémunération en tant que président directeur général* »- Cass. com., 28 janv. 2004, n° 01-16355 : préc. note 1503

1515 Cass. crim., 3 oct. 1988, n° 86-95677 : préc. note 1481 : le dirigeant de fait, « *fondé de pouvoir de la SNVB, disposait au siège de la Sarl "Le Paquis" d'un bureau personnel* »

1516 CL. CHAMPAUD et D. DANET, note sous Cass. com., 3 févr. 1998, *RTD com*. 1998, p. 614, spéc. p. 615

SECTION 2 : LE CONTROLE-SURVEILLANCE DES CONTROLEURS

Les contrôlaires exercent un contrôle-direction sur la société. Les contrôleurs réalisent quant à eux un contrôle-surveillance des actes sociaux. Si l'exercice d'un contrôle-direction se caractérise par le pouvoir de définir le risque social, les contrôleurs ne disposent pas d'une telle prérogative. Que leur contrôle résulte d'une obligation ou d'un droit, il se limite à la vérification de la conformité du risque social à l'intérêt social. L'intérêt de l'étude de ce contrôle-surveillance réside dans l'étude de l'étendue du pouvoir de surveillance et l'étude de l'intérêt servant de norme de référence au contrôle. Nous constaterons également que certains intervenants dans la vie sociale disposent d'un droit d'information sans pour autant exercer un véritable contrôle. En effet, il n'y a contrôle-surveillance que lorsque l'atteinte à la norme de référence emporte soit une obligation d'agir, soit un pouvoir de sanction. Le contrôleur ne se contente pas de se tenir informé de la vie sociale, son pouvoir de contrôle-surveillance l'amène soit à transmettre l'information dont il dispose, soit à mettre fin à l'anomalie qu'il a révélée, soit encore à encourager une bonne gestion.

Section 1 : Le contrôle-surveillance par les cocontractants de la société

Section 2 : Le contrôle-surveillance par les tiers

SOUS-SECTION 1 : LE CONTROLE-SURVEILLANCE PAR LES COCONTRACTANTS DE LA SOCIETE

Le contrôle-surveillance exercé sur la société peut trouver son origine dans un contrat. Le contrôle-surveillance peut alors être l'objet même de la convention et peut parfois n'en être qu'un effet.

Paragraphe 1 : Le contrôle-surveillance, objet du contrat

Paragraphe 2 : Le contrôle-surveillance, effet du contrat

PARAGRAPHE 1 : LE CONTROLE-SURVEILLANCE, OBJET DU CONTRAT

Le contrôle-surveillance de la société peut faire l'objet d'un contrat. En effet, la personne morale ou un tiers peuvent conventionnellement obtenir la réalisation d'un audit de la société.

Le contrôle-surveillance contractuel est nécessairement externe : il est réalisé par un tiers[1517]. Il peut avoir différentes finalités. Il s'agira dans un premier temps d'étudier la qualification du contrat de contrôle (A), puis d'étudier les contrats de contrôle-surveillance les plus répandus (B) et enfin de démontrer que l'intérêt qui constitue la norme de contrôle est quoi qu'il arrive l'intérêt social objectif (C).

A : LE CONTRAT DE CONTROLE : UN CONTRAT D'ENTREPRISE

209. Nature contractuelle de la prestation d'audit. Selon le *Vocabulaire Juridique Cornu*, l'audit est « *la mission d'investigation confiée à un professionnel indépendant (parfois nommé auditeur) par une personne en quête d'information sur l'intérêt d'une opération ou la situation d'une entreprise (nommé prescripteur) qui consiste selon ce que prévoit la convention (contrat d'audit) soit seulement à vérifier la conformité de l'opération ou de la situation étudiée aux règles du Droit en général ou dans un secteur déterminé (Droit fiscal, Droit des sociétés, etc.), soit également à évaluer les risques de l'initiative ou de l'activité considérée ou même son degré d'efficacité et à en faire rapport au prescripteur* »[1518]. Cette définition, qui ne vise que l'audit juridique, peut s'étendre à toute opération visant à confier à un tiers la mission de s'assurer de la conformité d'une activité par rapport à un référentiel, éventuellement non juridique[1519]. Il s'agit bien d'une activité de contrôle qui consiste à rechercher l'adéquation du risque engendré par une activité avec une norme préétablie. L'audit constitue une prestation de service. Il s'agit d'une prestation intellectuelle consistant en une obligation de faire qui ne porte pas sur un bien[1520]. Le contrôle-surveillance exercé par l'auditeur est bien finalisé car l'objet du contrat consiste en la transmission de l'information et son appréciation au profit du commanditaire.

L'article 1710 du Code civil dispose que « *le louage d'ouvrage est un contrat par lequel l'une des parties s'engage à faire quelque chose pour l'autre, moyennant un prix convenu entre elles* ». Le contrat d'audit répond bien à ces conditions. Il s'agit donc bien d'un contrat de louage d'ouvrage, également appelé contrat d'entreprise, qui emporte prestations de

---

1517 A l'inverse, l'audit interne est confié à un salarié ou à un organe de la société

1518 G. CORNU, ASSOCIATION HENRI CAPITANT, *Vocabulaire juridique*, préc., spéc. p. 103

1519 V. par ex. en matière d'audit qualité : norme ISO 8402 « *examen méthodique et indépendant en vue de déterminer si les activités et résultats relatifs à la qualité satisfont aux dispositions préétablies, et si ces dispositions sont mises en œuvre de façon efficace et aptes à atteindre ces objectifs qualité* » ; norme NF X 50-120 : « *L'audit est un examen méthodique d'une situation relative à un produit, processus, organisation, en matière de qualité, réalisé en coopération avec les intéressés en vue de vérifier la conformité de cette situation aux dispositions préétablies et l'adéquation de ces dernières à l'objectif recherché* »

1520 F. LABARTHE, C. NOBLOT, *Le contrat d'entreprise*, J. GHESTIN (dir.), LGDJ 2008, spéc. n° 1 p. 1 – Sur la notion de service, V. P. PUIG, *La qualification du contrat d'entreprise*, Ed. Panthéon Assas 2002, spéc. n° 14 p. 38

services immatériels[1521]. Ce contrat se caractérise par l'indépendance du prestataire de service qui le distingue du contrat de travail[1522]. De même, l'accomplissement d'actes matériels par le prestataire, et non d'actes juridiques, exclut toute idée de représentation et distingue donc le contrat d'audit du contrat de mandat[1523].

B : LA DIVERSITE DES MISSIONS CONTRACTUELLES DE CONTROLE

On peut distinguer trois grandes catégories de contrôleurs contractuels : l'expert-comptable (1), l'auditeur (2) et l'agence de notation (3)

1 : L'expertise comptable

210. Missions. Les missions de l'expert-comptable sont définies à l'article 2 de l'ordonnance du 19 septembre 1945 :

> *Est expert-comptable ou réviseur-comptable au sens de la présente ordonnance celui qui fait profession habituelle de réviser et d'apprécier les comptabilités des entreprises et organismes auxquels il n'est pas lié par un contrat de travail. Il est également habilité à attester la régularité et la sincérité des comptes de résultats.*
>
> *L'expert-comptable fait aussi profession de tenir, centraliser, ouvrir, arrêter, surveiller, redresser et consolider les comptabilités des entreprises et organismes auxquels il n'est pas lié par un contrat de travail.*
>
> *L'expert-comptable peut aussi organiser les comptabilités et analyser par les procédés de la technique comptable la situation et le fonctionnement des entreprises et organismes sous leurs différents aspects économique, juridique et financier.*
>
> *Il fait rapport de ses constatations, conclusions et suggestions.*
>
> *L'expert-comptable peut aussi accompagner la création d'entreprise sous tous ses aspects comptables ou à finalité économique et financière.*
>
> *Les membres de l'ordre et les associations de gestion et de comptabilité peuvent assister, dans leurs démarches déclaratives à finalité fiscale, sociale et administrative, les personnes physiques qui leur ont confié les éléments justificatifs et comptables nécessaires auxdites démarches*

La mission principale de l'expert-comptable est donc de tenir ou de vérifier la comptabilité de la société. Son étendue exacte dépend de la taille de cette dernière[1524]. Dans les petites entreprises, l'expert-comptable peut être amené à tenir lui-même la comptabilité notamment par la prise en charge des écritures comptables. Dans les moyennes entreprises, un service

---

1521 P. PUIG, *La qualification du contrat d'entreprise*, préc., spéc. n° 39 p. 68

1522 F. LABARTHE, C. NOBLOT, *Le contrat d'entreprise*, préc., spéc. n° 248 p. 138 – V. par exemple pour l'expert comptable : CA Versailles, 7 mai 1998 : *Bull. Joly Sociétés* 1998, p. 965, note J.-F. BARBIERI : « *Considérant que le contrat liant l'expert-comptable M. Chopin à sa cliente Mme Van Nienvahove-Mallet est un contrat de louage d'ouvrage (ou de prestation de services), au sens de l'article 1710 du Code civil, et non pas un contrat de travail (au sens des articles L. 140-1 et suivants du Code du travail) qui suppose que le travailleur se trouve en état de subordination* »

1523 P. PUIG, *La qualification du contrat d'entreprise*, préc., spéc. n° 134 p. 201

1524 E. LAMPERT, « Le rôle de la profession comptable libérale », *LPA* 15 sept. 2000, p. 9, spéc. p. 11

comptable se charge de tenir la comptabilité et l'expert-comptable n'intervient alors que pour l'établissement des comptes annuels ou simplement contrôler leur exactitude. Enfin, les grandes entreprises réunissent généralement les compétences nécessaires à l'établissement des comptes annuels et l'expert-comptable n'intervient plus que de façon anecdotique sur des points précis de la comptabilité posant difficulté. La réalisation des comptes eux-mêmes n'est pas un acte de contrôle mais une prestation de service.

L'expert-comptable a également une mission d'assistance et de conseil dans des domaines variés[1525]. Il en est ainsi en matière fiscale où il peut être amené à conseiller son client voire à prendre en charge les déclarations fiscales. Il en va de même en matière sociale lorsqu'il lui revient de s'occuper des déclarations sociales, de la gestion des contrats de travail ou de la paie des salariés[1526]. Il peut également assister le dirigeant en assurant le secrétariat général de la société et en remédiant à certaines difficultés administratives[1527]. Enfin, la mission de conseil de l'expert-comptable peut être très vaste puisqu'elle ne connaît comme limite réelle que l'étendue de ses compétences[1528]. Ces conseils portent généralement sur « *la gestion financière, la fiscalité, le droit du travail, le droit des sociétés et le droit pénal, l'organisation, l'informatique, le management* »[1529]. Dans le cadre de cette obligation, l'expert-comptable exerce un véritable contrôle-surveillance. Il doit apprécier le risque social tel qu'il est traduit par la comptabilité et conseiller au mieux son client, la société, au regard de ses intérêts.

Enfin, l'expert-comptable est associé à la lutte contre le blanchiment, la fraude fiscale et le financement du terrorisme. L'article L. 561-15 du Code monétaire et financier l'oblige à déclarer à Tracfin « *les opérations portant sur des sommes dont elles savent, soupçonnent ou ont de bonnes raisons de soupçonner qu'elles proviennent d'une infraction passible d'une peine privative de liberté supérieure à un an ou participent au financement du terrorisme* », et « *les sommes ou opérations dont ils savent, soupçonnent ou ont de bonnes raisons de*

1525 F. BERGERON et J. BLOCH, « Le devoir de conseil de l'expert-comptable », *LPA* 23 sept. 2010, p. 4 - A. ROBERT, « Le devoir de conseil de l'expert-comptable », *Dr. et patrimoine* nov. 2011, p. 65

1526 J.-C. SCHEID, « professions comptables en France », *in Encyclopédie de comptabilité contrôle de gestion et audit*, B. COLASSE (dir.), Economica 2e éd. 2009, p. 1197, spéc. 1215 et s.

1527 E. LAMPERT, « Le rôle de la profession comptable libérale », préc., spéc. p. 12

1528 article 5, 2° et 3°, du Code de déontologie des professionnels de l'expertise comptable : les experts comptable s'engagent « *1° A compléter et mettre à jour régulièrement leur culture professionnelle et leurs connaissances générales ; 2° À donner à chaque question examinée tout le soin et le temps qu'elle nécessite, de manière à acquérir une certitude suffisante avant de faire toute proposition ; 3° À donner leur avis sans égard aux souhaits de celui qui les consulte et à se prononcer avec sincérité, en toute objectivité, en apportant, si besoin est, les réserves nécessaires sur la valeur des hypothèses et des conclusions formulées* »

1529 E. LAMPERT, « Le rôle de la profession comptable libérale », préc., spéc. p. 12 - F. BERGERON et J. BLOCH, « Le devoir de conseil de l'expert-comptable », préc.

soupçonner qu'elles proviennent d'une fraude fiscale »[1530]. Là encore, il s'agit d'une véritable mission de contrôle-surveillance qui l'oblige à apprécier la légalité de certaines opérations réalisées par les contrôlaires.

2 : L'audit

211. Causes de l'audit. A côté de l'audit légal réalisé par le commissaire aux comptes, il est possible de procéder à un audit contractuel de la société. Dans certains cas, la loi elle-même impose l'intervention d'un expert pour s'assurer du bon déroulement d'une opération sensible pour la société. L'audit intervient essentiellement dans quatre cas[1531]. Il peut être demandé par la société pour pallier l'absence de commissaire aux comptes dans les sociétés où ce dernier n'est pas requis. L'audit contractuel va alors prendre la même forme que le contrôle légal des comptes et aboutir à une certification par l'auditeur. L'audit peut également ne porter que sur des missions très particulières et faire appel aux compétences spéciales de l'auditeur dans le domaine contrôlé[1532]. Il peut encore avoir pour but d'assurer la promotion de la société en faisant appel à un auditeur prestigieux ou enfin, être réalisé à la demande d'un tiers avant une opération complexe tels un prêt[1533] ou une cession de droits sociaux[1534].

On peut distinguer plusieurs grands domaines d'audit : l'audit comptable et financier (a), l'audit juridique (b), l'audit social (c) ou encore l'audit d'environnement (d). Cette présentation ne saurait pour autant être exhaustive[1535].

a : L'audit comptable et financier

212. Liberté ou obligation légale. Lorsqu'il est commandé par la société pour pallier l'absence de commissaire aux comptes, l'audit prend généralement la forme du contrôle légal tel qu'il est opéré par le commissaire aux comptes. Dans certains cas néanmoins, la loi elle-même impose la désignation d'un auditeur pour certaines opérations sensibles pour la société. Il en est ainsi en cas pour les apports en nature, en cas de fusion ou de transformation de la société ou encore lorsque certains associés se voient octroyer des avantages particuliers.

1530 A. Robert, « Lutte contre le blanchiment des capitaux et le financement du terrorisme : obligations et responsabilités des commissaires aux comptes et experts-comptables », préc.

1531 A. MIKOL, « Formes d'audit », *in Encyclopédie de comptabilité contrôle de gestion et audit*, B. COLASSE (dir.), Economica 2e éd. 2009, p. 841, spéc. 848

1532 par exemple « *mise en place de procédures de contrôle interne, création de procédures programmées, audit des méthodes d'évaluation des stocks…* », A. MIKOL, B. COLASSE (dir.), « Formes d'audit », *in Encyclopédie de comptabilité contrôle de gestion et audit*, préc., spéc. 848

1533 A. MIKOL, « Formes d'audit », *in Encyclopédie de comptabilité contrôle de gestion et audit*, préc., spéc. p. 848

1534 J. PAILLUSSEAU et G. BARTHES DE RUYTER, « la responsabilité des auditeurs », *LPA* 5 avril 1995, p. 43, spéc. p. 46

1535 on peut penser par exemple à l'audit d'assurance, à l'audit qualité…

213. Le commissaire aux apports. L'exigence légale d'un commissaire aux apports ne s'applique qu'aux sociétés dont les associés bénéficient d'une responsabilité limitée[1536]. En effet, elle a pour objet de rassurer les tiers sur la réalité de la valeur du capital social qui constitue le droit de gage des créanciers de la société[1537]. Dans les sociétés à responsabilité illimitées, l'absence d'un tel contrôle n'aura d'incidence qu'à l'égard des associés.

Dans les sociétés de capitaux, la désignation d'un commissaire aux apports est obligatoire et intervient par décision de justice[1538]. Néanmoins, lors de la constitution d'une SARL, il peut être nommé à l'unanimité des associés[1539]. Sa présence est requise même pour l'apport à une EURL. Enfin, toujours dans la SARL, les associés fondateurs peuvent décider de ne pas procéder à une telle nomination lorsque la valeur de l'apport est inférieure à 30 000 € et que la valeur totale des apports en nature non soumis à l'évaluation n'excède pas la moitié du capital social[1540].

Le commissaire aux apports doit être choisi parmi les commissaires aux comptes[1541] ou les experts inscrits sur une liste auprès des juridictions[1542]. Il doit répondre aux mêmes exigences d'indépendance que le commissaire aux comptes[1543] et doit donc se plier aux mêmes règles d'incompatibilité[1544]. La sanction du défaut d'impartialité du commissaire aux apports est la nullité de toutes les délibérations ou son intervention est requise[1545].

La loi ne précise pas l'étendue de la mission de contrôle pesant sur le commissaire aux apports. Une réponse ministérielle de 1974 avait estimé qu'au regard de la complexité de cette tâche et de la nécessaire indépendance du commissaire la loi se devait de lui laisser une grande latitude en la matière[1546]. La mission du commissaire aux apports est « *d'apprécier*

1536 articles L. 223-9 al. 1er du Code de commerce pour la SARL, L. 225-8 al. 1er et L. 225-147 al. 1er pour la SA, L. 226-1 renvoyant à L. 225-8 al. 1er et L. 225-147 al. 1er pour la SCA, L 227-2 renvoyant à L. 225-8 al. 1er et L. 225-147 al. 1er pour la SAS et L. 229-1 renvoyant à L. 225-8 al. 1er et L. 225-147 al. 1er pour la SE

1537 P. LE CANNU et B. DONDERO, *Droit des sociétés*, préc., spéc. n° 220 p.136

1538 articles L. 223-33, L. 225-8 al. 1er et L. 225-147 al. 1er du Code de commerce

1539 article L. 223-9 al. 1er du Code de commerce

1540 articles L. 223-9 al. 2 et D. 223-6-1 du Code de commerce

1541 D. KLING, « Le commissaire aux comptes et l'évaluation des apports », *Bull. Joly Sociétés* 2009, p. 1186, spéc. p. 1186

1542 articles R. 223-6 al. 1er et R. 225-7 al. 1er du Code de commerce

1543 V. Cass. com., 26 mai 2009, n° 08-13611 : *Bull. Joly Sociétés* 2009, p.965 note J.-F. BARBIERI : qui vise l'art. L. 822-10 du Code de commerce

1544 article L. 225-8 al. 1er renvoyant à l'article L. 822-11 – V. *supra* n° 96

1545 Cass. com., 26 mai 2009, n° 08-13611 : préc. note 1543 : « *les fonctions de commissaire aux apports sont, à peine de nullité des délibérations prises au vu de son rapport, incompatible avec toute activité ou tout acte de nature à porter atteinte à son indépendance à l'égard de l'une des parties à l'opération d'apport ou d'une personne qui la contrôle ou qu'elle contrôle* ».

1546 Rép. min. n° 10295 : *JOAN Q* 18 mai 1974, p. 2111 ; *JCP G* 1974, IV, p. 437 ; *JCP CI* 1974, II, 11549 ; *Rev. sociétés* 1974, p. 578 : « *Le législateur n'a pas fixé les méthodes d'évaluation, il a laissé ce soin aux professionnels dont il a cherché à renforcer la compétence et l'indépendance. Selon les termes mêmes de la loi, ceux-ci effectuent les opérations dont ils sont chargés sous leur responsabilité. Ces opérations sont complexes et il paraît difficile de fixer*

[…] *la valeur des apports en nature* »[1547]. Il s'agit donc de « *donner la mesure d'une chose en argent* »[1548]. L'article R. 225-8 du Code de commerce précise quelque peu l'étendue de la mission du commissaire. Le rapport d'évaluation « *décrit chacun des apports, indique quel mode d'évaluation a été adopté et pourquoi il a été retenu et affirme que la valeur des apports correspond au moins à la valeur nominale des actions à émettre, augmentée éventuellement de la prime d'émission* ». Le commissaire est donc libre d'appliquer la méthode d'évaluation qu'il souhaite mais il est tenu de fixer la valeur réelle de la chose apportée. Le droit pénal sanctionne ainsi l'évaluation frauduleuse des apports qui consiste à « *attribuer frauduleusement à un apport en nature une évaluation supérieure à sa valeur réelle* »[1549].

214. L'évaluation des avantages particuliers. Dans les sociétés par actions, la loi impose la même procédure d'évaluation s'agissant des avantages particuliers consentis à un associé ou à un tiers lors de la constitution de la société[1550], lors d'une augmentation de capital[1551], de la création d'actions de préférence[1552], d'une fusion[1553] ou d'une transformation[1554]. La difficulté majeure de ce contrôle réside dans l'absence de définition légale de la notion d'avantage particulier[1555]. La doctrine la définit donc de façon plus ou moins extensive. Dans une vision large, « *l'avantage particulier consiste en une situation privilégiée faite dans les statuts d'une société par actions soit à une personne non associée sans contrepartie, soit à l'un des actionnaires afin de lui conférer des droits plus étendus qu'aux autres* »[1556]. Une définition plus restrictive résulte d'un arrêt de 1935 qui exclut des avantages particuliers celui « *qui ne peut avoir aucune influence relativement aux droits des autres actionnaires sur le*

---

dans la loi des règles trop rigides et des méthodes uniformes d'évaluation qui seraient, dans certains cas, difficile à appliquer ou qui pourraient aller à l'encontre du but de protection recherché ».

1547 article L. 225-8 al. 2 du Code de commerce

1548 J.-J. DAIGRE, J. TUROT et M. AIME, « L'évaluation des apports en nature à une société de capitaux », *Actes prat. ing. sociétaire* 1995, n° 19, spéc. p. 2

1549 article L. 241-3 1° du Code de commerce – Sur cette notion de valeur réelle, V. J.-J. DAIGRE, J. TUROT et M. AIME, « L'évaluation des apports en nature à une société de capitaux », préc. spéc. p. 3 et s.

1550 article L. 225-8 al. 1er du Code de commerce

1551 article L. 225-147 al. 1er du Code de commerce

1552 article L. 228-15 al. 1er du Code de commerce : uniquement « *lorsque les actions sont émises au profit d'un ou plusieurs actionnaires nommément désignés* » – Une réponse ministérielle a précisé que cet article vise « *les actionnaires déjà existants et les actionnaires qui le deviennent au moment de la souscription à condition toutefois que ces actionnaires soient nommément désignés* » : Rép. min. n° 43987, *JOAN Q* n° 34, 24 août 2004, p. 6685 ; *Bull. Joly Sociétés* 2004, p. 1144 ; *Dr. sociétés* 2004, comm. 220, note TH. BONNEAU

1553 article L. 236-10 III du Code de commerce

1554 article L. 224-3 du Code de commerce

1555 T. GRANIER, « Définition des avantages particuliers », *Dr. sociétés* 2003, repère 12

1556 D. LENCOU, « Le rôle du commissaire aux comptes et du commissaire aux apports dans l'augmentation de capital depuis la réforme du décret du 23 mars 1967 sur les sociétés commerciales », *Bull. Joly Sociétés* 2007, p. 1305, spéc. p. 1319

fonds social et sur ses produits »[1557]. *A contrario*, certains auteurs en ont déduit que l'avantage particulier « *est nécessairement pécuniaire, conférant à son bénéficiaire un droit de préférence sur l'actif social ou sur les bénéfices* »[1558]. En l'absence d'intervention du législateur ou du juge, le débat n'est toujours pas tranché et les arguments tant en faveur d'une de ces thèses que de l'autre restent parfaitement pertinents[1559].

Le commissaire est chargé de décrire et apprécier chacun des avantages particuliers[1560]. L'ancienne norme CNCC 7-101, 33, disposait que « *pour apprécier les avantages particuliers stipulés dans les statuts et/ou dans le traité de fusion, scission ou apport partiel d'actif, le commissaire aux apports examine la pertinence de l'information donnée par les dirigeants sociaux sur la nature et les conséquences pour l'actionnaire ou l'associé de ces avantages* ». Le commissaire n'est pas tenu de procéder à un contrôle d'opportunité de l'avantage octroyé. En effet, à la question de savoir quels étaient « *les critères que doit retenir le commissaire aux apports pour apprécier le bien-fondé de l'octroi d'avantages particuliers* », le garde des Sceaux avait répondu que « *la mission du commissaire consiste moins à juger du bien-fondé de l'octroi d'avantages, lesquels procèdent du consentement des associés exprimé dans le pacte social, qu'à en apprécier la consistance et les incidences éventuelles sur la situation des actionnaires, notamment si de tels avantages confèrent à certains d'entre eux un droit préférentiel sur les bénéfices et le boni de liquidation* »[1561].

215. Le contrôle des quasi-apports. La procédure des quasi-apports est elle aussi basée sur la procédure d'évaluation des apports en nature[1562]. L'article L. 225-101 alinéa 1er du Code de commerce dispose que « *lorsque la société, dans les deux ans suivant son immatriculation, acquiert un bien appartenant à un actionnaire et dont la valeur est au moins égale à un dixième du capital social, un commissaire, chargé d'apprécier, sous sa responsabilité, la valeur de ce bien, est désigné par décision de justice, à la demande du président du conseil d'administration ou du directoire, selon le cas* ». L'article R. 225-103 du Code de commerce relatif à cette évaluation renvoie expressément à l'article R. 225-7 du même Code portant sur la mission du commissaire aux apports. Le rapport du commissaire

---

1557 Cass. civ., 6 mars 1935 : *DH* 1935 p. 265 ; *Journ. sociétés* 1936, p. 614 ; *S.* 1937, I, 249, note ROUSSEAU

1558 P. REIGNE et T. DELORME, « La nature nécessairement pécuniaire des avantages particuliers », *Bull. Joly Sociétés* 2002, p. 1117, spéc. n° 2 p. 1118

1559 V. sur ce débat : T. GRANIER, « Définition des avantages particuliers », préc. - P. REIGNE et T. DELORME, « La nature nécessairement pécuniaire des avantages particuliers », préc.

1560 article 225-136 al. 3 du Code de commerce

1561 Rép. min. n° 31295, *JOAN Q* 3 déc. 1990, p. 5543

1562 *Mémento Lefebvre Sociétés commerciales* 2012, préc., spéc. n° 48131

« *décrit les biens à acquérir, indique les critères retenus pour la fixation du prix et apprécie la pertinence de ces critères* »[1563].

216. Le commissaire à la transformation. La même procédure est applicable en cas de transformation d'une société en société par actions en l'absence de commissaire aux comptes[1564]. Les commissaires à la transformation sont alors « *chargés d'apprécier sous leur responsabilité la valeur des biens composant l'actif social et les avantages particuliers* »[1565]. L'article R. 224-3 alinéa 1er du Code de commerce renvoie encore une fois aux dispositions relatives aux commissaires aux apports pour encadrer sa mission. Il précise toutefois que « *le rapport des commissaires à la transformation atteste que le montant des capitaux propres est au moins égal au capital social* ».

217. Le commissaire à la fusion. Sauf accord unanime de tous les associés et sauf absorption d'une filiale à 100 % ou d'une société dont les droits de vote sont détenus à 90 %[1566], la fusion de deux sociétés par actions ou d'une société par actions et d'une SARL ou entre deux SARL exige la désignation d'un commissaire à la fusion[1567]. Il en est de même en cas de scission[1568]. Les dispositions réglementaires applicables renvoient encore une fois aux dispositions relatives au commissariat aux apports[1569]. L'article L. 236-10 décrit la mission du commissaire à la fusion ou à la scission. Il doit contrôler les modalités de l'opération et vérifier « *que les valeurs relatives attribuées aux actions des sociétés participant à l'opération sont pertinentes et que le rapport d'échange est équitable* »[1570]. Son rapport doit indiquer « *la ou les méthodes suivies pour la détermination du rapport d'échange proposé,* […] *le caractère adéquat de cette ou ces méthodes en l'espèce ainsi que les valeurs auxquelles chacune de ces méthodes conduit, un avis étant donné sur l'importance relative donnée à ces méthodes dans la détermination de la valeur retenue* [et] *les difficultés particulières d'évaluation s'il en existe* »[1571]. Enfin, si l'opération comporte des apports en nature ou des avantages particuliers, le commissaire à la fusion ou à la scission remplit également la mission de commissaire aux apports ou aux avantages particuliers[1572].

1563 article L. 225-103 al. 2 du Code de commerce
1564 article L. 224-3 al. 1er du Code de commerce
1565 article L. 224-3 al. 1er du Code de commerce
1566 articles L. 236-11 et L. 236-11-1 du Code de commerce – H. LE NABASQUE, « La réforme des fusions simplifiées », *Bull. Joly Sociétés* 2012, p. 265
1567 articles L. 236-10, I, et L. 236-23 al. 1er du Code de commerce
1568 articles L. 236-16 et L. 236-23 renvoyant à l'art. L. 236-10 du Code de commerce
1569 article R. 236-6 al. 1er renvoyant à L. 225-7 du Code de commerce
1570 article L. 236-10, I, du Code de commerce
1571 article L. 236-10, II, du Code de commerce
1572 article L. 236-10, III, du Code de commerce

Dans tous les cas précités d'intervention d'un commissaire, ce dernier exerce un contrôle-surveillance sur la réalité du capital social. Il s'agit de vérifier le respect de l'égalité entre associés mais aussi de protéger l'intérêt de la société et des tiers en s'assurant de la consistance du patrimoine social.

b : L'audit juridique

218. Définition. Monsieur Couret définit l'audit juridique comme « *le contrôle de la régularité, de la sécurité et de l'efficacité des situations impliquant des normes juridiques* »[1573]. La régularité s'entend de la conformité des actes juridiques réalisés par la société avec les règles de droit en vigueur[1574]. Elle présente un double aspect : positif et négatif, en ce sens que l'auditeur est tenu de vérifier que les actes de la société ne sont pas illégaux mais également que cette dernière a accompli toutes les obligations que la loi lui imposait[1575]. L'auditeur juridique contrôle également la sécurité des actes passés par la société. Cet examen s'opère également à un double niveau. Il consiste dans un premier temps à s'assurer que l'acte en lui même n'est pas affecté d'un risque qui aurait été oublié : par exemple la présence d'un terme ou d'une condition[1576] ou l'absence de sureté propre à le garantir[1577]. L'auditeur doit également tenir compte d'éventuels événements extrajuridiques dont la survenance pourrait compromettre le bon fonctionnement juridique de l'entreprise, par exemple en cas de rupture des relations conjugales entre les associés ou lors de la transmission de la société[1578]. Enfin, l'audit juridique a pour but d'améliorer l'efficacité des solutions juridiques retenues et de les adapter au mieux aux réalités de l'environnement social. Il s'agit par exemple d'adapter la forme sociale aux besoins de financement de l'entreprise[1579].

219. Typologie. L'audit juridique peut être global ou porter sur certains types d'actes juridiques particuliers[1580]. Il peut ainsi ne s'intéresser qu'aux contrats passés par la société. On parlera alors d'« audit contractuel »[1581]. Ce dernier portera sur les techniques de

---

1573 A. COURET, « Audit juridique », *in Encyclopédie de gestion*, t. 1, Economica, 2e éd. 1997, p. 219, spéc. p. 219

1574 G. HEIDSIECK, « L'audit juridique ; Du contrôle à la veille juridique », *in Mélanges en l'honneur du doyen Roger Decottignies,* PUG 2003, p. 161, spéc. p. 163

1575 P.-M. DENAMIEL, « Les critères de l'audit juridique », *LPA* 9 sept. 1985, p. 13, spéc. p. 13

1576 P.-M. DENAMIEL, « Les critères de l'audit juridique », préc., spéc. p. 13

1577 G. HEIDSIECK, « L'audit juridique ; Du contrôle à la veille juridique », préc., spéc. p. 163

1578 G. HEIDSIECK, « L'audit juridique ; Du contrôle à la veille juridique », préc., spéc. p. 163

1579 P.-M. DENAMIEL, « Les critères de l'audit juridique », préc., spéc. p. 14

1580 G. HEIDSIECK, « L'audit juridique ; Du contrôle à la veille juridique », préc., spéc. p. 170

1581 F. MOUSSERON, « L'audit contractuel », *JCP E* 1985, I, 14710

négociation, sur le contenu des contrats et sur leur exécution[1582]. L'audit peut aussi être dit organisationnel et porter sur l'organisation juridique de la société ou l'efficacité de certains de ses services[1583]. Dernier exemple, l'auditeur peut avoir pour mission de s'intéresser au volet fiscal de l'activité de l'entreprise[1584]. On peut définir l'audit fiscal comme la mission consistant à « *valider la charge de l'impôt d'une société ainsi qu'à identifier les risques fiscaux éventuellement encourus par cette dernière* »[1585]. Il peut être utilisé comme outil de gestion et d'optimisation fiscale, ou avoir pour objet de s'assurer de l'absence de risque fiscal[1586].

L'audit juridique peut être réalisé soit à la demande de la société elle-même, il constitue alors un outil de surveillance, de gestion et de prévention des risques[1587]. Il peut aussi être demandé par un tiers, généralement un partenaire, ou futur partenaire économique, avec qui un rapprochement est envisagé, soit par le biais d'une cession ou d'une fusion, soit par le biais d'un partenariat contractuel (contrat de distribution notamment)[1588].

220. Méthodologie de l'audit juridique. Comme l'a exposé Monsieur Couret, l'audit juridique se déroule généralement en deux temps[1589]. Tout d'abord, l'auditeur opère une étude globale de la cible auditée afin d'effectuer un prédiagnostic de la société. A l'issu de cette étape, il adresse au prescripteur une proposition de lettre de mission mentionnant les différents champs d'investigations nécessitant son intervention. Le contrat d'audit doit alors mentionner l'objet de la mission d'audit et sa finalité, les moyens d'investigation confiés à l'auditeur et l'accord de l'audité si le prescripteur est un tiers[1590]. Si celui-ci est accepté, l'étape de l'audit proprement dit commence. L'auditeur collecte alors toutes les informations nécessaires à l'exercice de sa mission puis les analyse et les compare avec la législation en vigueur. Il dresse enfin un rapport où devront nécessairement figurer « *les rappels des contours de la mission ; les pouvoirs consentis à l'auditeur et la structure de son équipe ; les diverses investigations effectuées, les diverses réserves qui tempèrent la portée du*

1582 N. FERRY, « Un nouvel aspect de l'audit : l'audit contractuel de l'entreprise », *LPA* 9 sept. 1985, p. 52, spéc. p. 53
1583 J.-M. CALENDINI, « L'audit contentieux ; Un exemple d'audit juridique », *LPA* 9 sept. 1985, p. 43, spéc. p. 43
1584 PH. COLIN, « L'audit fiscal », *LPA* 9 sept. 1985, p. 74
1585 M.-H. PINARD-FABRO, « Focus sur l'audit fiscal », , *BF Lefebvre* 2008, p. 865, spéc. n° 1 p. 865
1586 M.-H. PINARD-FABRO, « Focus sur l'audit fiscal », préc., spéc. n° 2 et s. p. 865
1587 A. COURET, « Audit juridique », *in Encyclopédie de gestion*, t. 1, préc., spéc. p. 220 et s.
1588 G. HEIDSIECK, « L'audit juridique ; Du contrôle à la veille juridique », préc., spéc. p. 169
1589 A. COURET, « Audit juridique », *in Encyclopédie de gestion*, t. 1, préc., spéc. p. 224 et s.
1590 J. MARTEL, « L'audit juridique », *LPA* 9 sept. 1985, p. 96, spéc. p. 96

diagnostic ; le diagnostic comportant une opinion relative aux diverses dimensions de l'audit : régularité, sécurité, efficacité »[1591].

c : L'audit social

221. Statut de l'auditeur social. L'audit social porte sur l'ensemble de la gestion de ressources humaines[1592]. Il peut être réalisé en interne, par un membre de la société auditée, ou en externe, par un auditeur indépendant. Dans ce dernier cas, l'audit relève d'un contrat d'entreprise[1593]. Depuis la création de l'Institut international de l'audit social, la mission d'auditeur social s'est professionnalisée. Un référentiel des compétences a été élaboré[1594] ainsi qu'un système de certification et un Code de déontologie[1595].

222. Missions. L'audit social a pour objet de « *donner une opinion professionnelle et indépendante sur la situation et/ou la gestion sociale(s) d'une entreprise et, lorsque cela est possible, à mettre en lumière des écarts par rapport à des normes* »[1596]. L'audit social le plus fréquent est l'audit périodique des ressources humaines. Le but est d'étudier la pratique des ressources humaines dans l'entreprise afin de s'assurer de l'absence de risque lié à la méconnaissance d'obligations légales et d'optimiser la gestion de la masse salariale. L'audit social peut également être utilisé ponctuellement pour répondre à un problème propre à l'entreprise. On peut citer, par exemple, un taux d'absentéisme important, une baisse de productivité, une augmentation du nombre de suicides chez les salariés… Il est également un outil de contrôle des partenaires économiques. Ainsi, il est souvent utilisé pour s'assurer du respect des règles sociales chez les sous-traitants[1597]. Enfin, l'audit social complète l'audit financier et l'audit fiscal lors de l'acquisition de la société[1598].

La réalisation de l'audit social tourne donc autour de trois axes : vérifier la conformité de la pratique des ressources humaines avec les normes en vigueur, apprécier la valeur de la masse salariale et les risques liés et, enfin, contrôler l'efficacité de la gestion sociale[1599].

1591 A. COURET, « Audit juridique », *in Encyclopédie de gestion*, t. 1, préc., spéc. p. 226 – J-P. RAVALEC, *L'audit social et juridique*, Montchrestien 1986

1592 E. BARBIER, *L'audit interne : pourquoi ? comment ?*, Les éditions d'organisation 1989, spéc. p. 42

1593 J. IGALENS et J.-M. PERETTI, *Audit social*, Eyrolles 2008, spéc. p. 138

1594 V. http://ias.webcompetence.com/data/fol118/REF_COMP_AS_2005.pdf

1595 J. IGALENS et J.-M. PERETTI, *Audit social*, préc., spéc. p. 149 et s.

1596 B. MARTORY et D. CROZET, *Gestion des ressources humaines - Pilotage social et performances*, Dunod 5e éd. 2003, spéc. p. 243

1597 J. IGALENS et J.-M. PERETTI, *Audit social*, préc., spéc. p. 31 et s.

1598 B. MARTORY et D. CROZET, *Gestion des ressources humaines - Pilotage social et performances*, préc., spéc. p. 244

1599 B. MARTORY et D. CROZET, *Gestion des ressources humaines - Pilotage social et performances*, préc., spéc. p. 243 et s.

d : L'audit d'environnement

223. Définition. Madame Lepage définit l'audit d'environnement comme l'audit ayant pour objet « *d'apprécier à un moment donné du temps, l'impact que tout ou partie de la production ou de l'existence d'une entreprise est susceptible, directement ou indirectement, de générer sur l'environnement* ». Il ne s'agit pas d'un simple contrôle de conformité du fonctionnement social à la législation environnementale mais plus largement d'une étude juridique, technique et scientifique sur l'impact de l'activité industrielle de l'entreprise et les risques qu'elle fait peser sur l'environnement[1600].

224. L'audit environnemental : outil de diagnostic et de prévention. La réalisation d'un tel audit par la société n'est pas obligatoire[1601]. Il en existe deux types. L'audit d'environnement peut tout d'abord constituer un outil de diagnostique dont l'objet est soit de s'assurer de la conformité de la société à la réglementation en vigueur, soit d'établir une liste des risques inhérents à son activité, soit enfin de déterminer les causes d'un accident ou d'un incident[1602]. L'audit d'environnement peut également se révéler un outil de gestion en permettant d'établir le cout lié au risque environnemental. Il permet ainsi d'optimiser la gestion environnementale de la société et, en matière de fusion, absorption ou acquisition[1603], de contribuer à la définition d'un prix de cession ou d'une parité d'échange[1604]. Il est également parfois imposé par un partenaire économique, par exemple par les assureurs pour la souscription d'une assurance environnement[1605], par un investisseur avant l'octroi d'un prêt ou par le donneur d'ordre avant le choix de son sous-traitant[1606].

S'il n'est en principe pas obligatoire, l'audit d'environnement peut néanmoins être exigé par l'administration avant de donner certaines autorisations[1607]. Il en est ainsi pour les sociétés pouvant « *présenter des dangers ou des inconvénients soit pour la commodité du voisinage, soit pour la santé, la sécurité, la salubrité publiques, soit pour l'agriculture, soit pour la protection de la nature, de l'environnement et des paysages, soit pour la conservation des sites et des monuments ainsi que des éléments du patrimoine archéologique* »[1608]. Elles sont tenues de fournir à l'appui de leur demande une étude de dangers qui précise les risques

---

1600 C. LEPAGE-JESSUA, *Audit d'environnement*, Dunod 1992, spéc. p. 25 et p. 40 et s.

1601 R. ROMI, *Droit et administration de l'environnement*, Montchrestien, 7e éd. 2010, spéc. p. 485

1602 *JCl. Environnement et Développement durable*, Fasc. 2220, par M.-P. MAITRE et I. EMPAIN, spéc. n° 4 et s.

1603 *JCl. Environnement et Développement durable*, Fasc. 2220, par M.-P. MAITRE et I. EMPAIN, spéc. n° 8 et s.

1604 S. BRUNENGO-BASSO, « L'audit de reprise », *BDEI 07/*2007, n° spéc., p. 23

1605 A. PELISSIER, « L'assureur bioacteur », *BDEI* 02/2009, n° spéc., spéc. p. 54 – G. DEFRANCE, « L'audit d'environnement : un check-up de l'entreprise », *Argus* 1997, n° 6547

1606 L. JOLIA-FERRIER et N. BOUDEVILLE, *Guide pratique de l'audit d'environnement*, Editions Tec&Doc 1999, spéc. p. 6

1607 *JCl. Environnement et Développement durable*, Fasc. 2220, par M.-P. MAITRE et I. EMPAIN, spéc. n° 20 et s.

1608 article L. 511-1 du Code de l'environnement

auxquels l'installation peut exposer, directement ou indirectement, les intérêts visés ci-dessus en cas d'accident, que la cause soit interne ou externe à l'installation[1609]. Cette étude doit justifier « *que le projet permet d'atteindre, dans des conditions économiquement acceptables, un niveau de risque aussi bas que possible, compte tenu de l'état des connaissances et des pratiques et de la vulnérabilité de l'environnement de l'installation* »[1610].

225. L'audit environnemental : outil de management environnemental. L'audit d'environnement s'inscrit parfois dans un « système de management environnemental » qui constitue un « *outil de gestion permettant d'améliorer les performances environnementales d'une entreprise sur le long terme* »[1611]. Ce système de gestion normalisé existe au niveau communautaire, il s'agit de l'EMAS (*Eco-management and audit scheme*)[1612], et au niveau international par la mise en place des normes ISO 14000[1613]. L'adoption de l'un ou l'autre repose sur une démarche volontaire de la société. Il ne saurait lui être imposé. L'obtention de la certification EMAS ou ISO 14000 présente toutefois un intérêt pour l'entreprise en améliorant son image, en rassurant ses cocontractants et les organismes publics de contrôle, en économisant des matières premières, en réduisant sa consommation énergétique ou encore en réduisant les risques d'accident[1614].

La réalisation d'un audit d'environnement est un préalable à l'obtention de la certification EMAS[1615]. Le règlement communautaire définit l'« *analyse environnementale* » comme « *une analyse préalable approfondie des aspects environnementaux, de l'incidence et des résultats en matière d'environnement liés aux activités, produits et services d'une organisation* »[1616]. La réalisation de cet audit est encadrée par l'annexe III du règlement CE. Cette dernière en expose le but : « *Les activités d'audit incluent des entretiens avec le personnel, une inspection des conditions d'exploitation et des équipements, l'examen des registres, procédures écrites et autres documents pertinents, l'objectif étant d'évaluer les performances environnementales de l'activité qui fait l'objet de l'audit pour déterminer si elles correspondent aux normes et à la règlementation applicables ou aux objectifs environnementaux généraux et spécifiques qui*

1609 article L. 512-1 al. 3 du Code de l'environnement

1610 article R. 512-9 al. 1er du Code de l'environnement

1611 *JCl. Environnement et Développement durable*, Fasc. 2220, par M.-P. MAITRE et I. EMPAIN, spéc. n° 30

1612 Règlement CE 1221/2009 du 25 novembre 2009 concernant la participation volontaire des organisations à un système communautaire de management environnemental et d'audit (EMAS)

1613 ISO, « Les fondements d'ISO 14000 », http://www.iso.org/iso/fr/iso_catalogue/management_and_leadership_standards/environmental_management/iso_14000_essentials.htm

1614 *JCl. Environnement et Développement durable*, Fasc. 2220, par M.-P. MAITRE et I. EMPAIN, spéc. n° 32

1615 article 4, 1.a du règlement CE 1221/2009 du 25 novembre 2009

1616 article 2, 9. du règlement CE 1221/2009 du 25 novembre 2009

ont été fixés, et si le système mis en place pour gérer les responsabilités environnementales est efficace et approprié. Il convient de déterminer l'efficacité de l'ensemble du système de management, notamment en contrôlant par sondage le respect de ces critères »[1617].

Dans le cadre de la norme ISO 14000, l'audit d'environnement est utilisé périodiquement pour vérifier la conformité du fonctionnement social aux exigences de la norme ISO[1618]. La réalisation de ces audits est elle même encadrée par la norme ISO 19011 qui fixe « *des lignes directrices pour la conduite des audits internes ou externes des systèmes de management qualité et/ou environnemental ainsi que pour le management des programmes d'audit* »[1619].

226. Méthodologie de l'audit d'environnement. Quel que soit le type d'audit environnemental mis en œuvre, sa conduite s'articule toujours autour d'une structure méthodologique identique[1620]. Un audit comporte cinq étapes[1621]. La première consiste à identifier et à fixer le cadre de la mission de l'auditeur. Il s'agit d'adapter l'analyse aux objectifs recherchés par l'audité. Il s'agit également de définir les activités industrielles ou commerciales de l'entreprise objets de l'étude et son étendue géographique. La deuxième étape est la réalisation d'une enquête préliminaire visant à préparer l'audit lui-même grâce à la collecte des documents nécessaires et à la prise de contact avec les dirigeants et principaux responsables de l'entité auditée. La troisième étape est la rédaction du contrat d'audit. Ce dernier définit dans une « lettre de mission » les droits et obligations de l'auditeur et de l'audité. Il peut également comprendre le protocole qui sera suivi pour la réalisation de l'audit. La quatrième étape est la réalisation de l'audit lui-même. Cet audit commence par la réalisation d'une enquête minutieuse afin d'établir les points forts et les points faibles de l'entreprise. L'audité s'oblige à fournir toutes les informations nécessaires en permettant à l'auditeur de prendre connaissance de tout document qu'il estimera utile, en l'autorisant à venir sur place, à procéder à des tests et vérifications, ou encore à interroger le personnel[1622]. Cette enquête prend fin avec la cinquième étape et la production d'un rapport par l'auditeur qui « *reprend en principe les éléments pertinents mis en évidence pendant le déroulement de*

1617 annexe III du règlement CE 1221/2009 du 25 novembre 2009

1618 *JCl. Environnement et Développement durable*, Fasc. 2220, par M.-P. MAITRE et I. EMPAIN, spéc. n° 55

1619 Communiqué de presse ISO du 2 oct. 2002, http://www.iso.org/iso/fr/pressrelease.htm?refid=Ref834

1620 C. LEPAGE-JESSUA, *Audit d'environnement*, préc., spéc. p. 53

1621 sur la méthodologie de l'audit environnemental, V. C. LEPAGE-JESSUA, *Audit d'environnement*, préc., spéc. p. 53 et s. - *JCl. Environnement et Développement durable*, Fasc. 2220, par M.-P. MAITRE et I. EMPAIN, spéc. n° 13 et s. – E. GIROUX, « L'entreprise et l'audit environnemental : perspectives de développement national et international dans les secteurs de l'environnement et du commerce », *Les Cahiers de droit*, vol. 38, n° 1, 1997, p. 71, spéc. p. 101 et s.

1622 V. par ex. annexe III du règlement CE 1221/2009 du 25 novembre 2009 : « *L'opération d'audit comprend notamment les étapes suivantes: a) compréhension des systèmes de management ; b) évaluation des atouts et des faiblesses des systèmes de management ; c) collecte des informations pertinentes ; d) évaluation des constatations de l'audit ; e) préparation des conclusions de l'audit ; f) établissement d'un rapport sur les constatations et conclusions de l'audit* »

l'audit, informe et explicite les écarts et les non-conformités observés, précise les actions à réaliser et les modalités de suivi de l'audit »[1623].

3 : Le contrôle par les agences de notation

227. Origine. La notation financière est née aux Etats-Unis au milieu du XIXème siècle puis s'est développée avec l'explosion des chemins de fer et leur besoin de financement[1624]. La France n'a commencé à s'y intéresser véritablement qu'en 1985, trop tard pour qu'une agence française puisse voir le jour[1625]. Actuellement, le marché est dominé par trois agences de notation nord-américaine : *Moody's*, *Standard and Poor's* et *Fitch ratings*[1626].

Ces agences de notations sont aujourd'hui particulièrement critiquées en raison de leur influence sur les marchés, de l'opacité de leur procédure de notation et surtout de leur rôle dans les différentes crises financières successives. Cette critique n'est pas nouvelle. Déjà, la crise de 1929 révélait que 48 % des défauts de paiements concernaient des sociétés les mieux notées[1627]. La défiance vis-à-vis de ces acteurs du marché a été grandissante en ce début de XXème siècle avec les affaires *Eron* et *Parmalat*, la crise des *subprimes* et la crise des dettes souveraines[1628]. Le législateur tente donc timidement de les encadrer[1629]. Elles sont désormais soumises à la supervision de l'AMF qui dresse annuellement un rapport sur leur activité[1630].

A côté des agences de notation financière (a), ces dernières années ont vu se développer la notation sociale et environnementale (b).

a : La notation financière

228. Un fondement principalement contractuel. La notation résulte d'un contrat passé entre une « agence », société privée, et un client, émetteur de titres sur les marchés. La

---

1623 *JCl. Environnement et Développement durable*, Fasc. 2220, par M.-P. MAITRE et I. EMPAIN, spéc. n° 18

1624 J.-P. PETIT, « La notation en France : origine, développements récents et perspectives », *Bull. trim. Banque de France* juin 1992, p. 53 - PH. RAIMBOURG, *Les agences de rating*, Economica 1990

1625 A. COURET, « Les agences de notation : observations sur un angle mort de la réglementation », *Rev. sociétés* 2003, p. 765, spéc. n° 4, p. 767

1626 AMF*, Rapport sur les agences de notation ; Notation crédit des entreprises*, 2007, spéc. p. 38

1627 J.-P. MATTOUT et S. MOULY, « La notation », *Bull. Joly Bourse* 1994, p. 441, spéc. p. 441

1628 J.-F. BIARD, « Les agences de notation de crédit », *JCP E* 2011, 1524, spéc. n° 4 – *Rapp. AN* n° 2550, 2009-2010 « Rapport sur le projet de loi régulation bancaire et financière (n° 2165) » par J. CHARTIER, spéc. p. 1 et 12

1629 C. ZOLYNSKI, « La notation : de quel droit », *in La notation d'entreprises*, L'Harmattan 2010, p. 9, spéc. p. 16 et s. – V. sur l'évolution difficile de cette réglementation : F. VEVERKA, « Faut-il une réglementation stricte des agences de rating ? », *JCP E* 2009, 1578

1630 http://www.amf-france.org/affiche_plan.asp?IdSec=6&IdRub=175&IdPlan=237&Id_Tab=0

doctrine s'entend pour qualifier ce contrat de contrat d'entreprise[1631]. Selon l'AMF, l'objet de ce contrat est « *la publication de notations de crédit à des fins d'évaluation du risque de crédit d'émetteurs ou de titres de créances ou assimilés* ». Ce risque de crédit est le *« risque qu'un émetteur ne soit pas en mesure d'assurer le paiement des intérêts et/ou du principal d'une créance* »[1632]. L'agence de notation s'engage donc à noter l'émetteur conformément à une procédure prédéfinie, ainsi qu'à assurer le suivi dans le temps de cette notation. Le client s'engage quant à lui à payer le prix convenu mais également à collaborer avec l'agence de notation pour l'élaboration de la note et son suivi[1633].

A côté de cette notation contractuelle, les agences de rating se livrent également à une notation sauvage dont l'initiative ne relève que de leur propre décision[1634], souvent pour des raisons marketing[1635].

229. Modalité de notation financière. Les modalités de notations sont fixées contractuellement et dépendent donc de chaque agence[1636]. Moody's, dans une plaquette à destination du public, explique sa procédure lors d'une première notation[1637]. Une première réunion informelle entre l'agence et l'émetteur vise à informer ce dernier du déroulement de la procédure et à répondre à ses interrogations. Un analyste principal est ensuite désigné par l'agence pour mener à bien la notation. Cette analyste prend contact avec le représentant de l'émetteur pour fixer le cadre de l'analyse et faire la liste des informations dont il a besoin. Moody's précise toutefois que « *l'émetteur reste maître de ce qu'il souhaite partager avec Moody's, et des personnes qu'il désire faire rencontrer par l'équipe analytique* »[1638]. Il va de soi que la réticence à fournir certaines informations aura néanmoins un impact sur la note finale. Outre le recueil d'information, l'analyste va rencontrer les dirigeants de la société ainsi que les membres de la direction financière afin que ceux-ci présentent l'entreprise et « *les mesures prises pour circonscrire les risques ou les aléas des stratégies mises en place* ». Quatre à six semaines plus tard, le Comité de notation se réunit et attribue une note aux titres émis par l'émetteur. Ce dernier peut faire appel de la décision afin de lui « *permettre de*

1631 J.-P. MATTOUT et S. MOULY, « La notation », préc., spéc. p. 454 - A. COURET, « Les agences de notation : observations sur un angle mort de la réglementation », préc., spéc. n° 9 p. 769 - TH. BONNEAU et F. DRUMMOND, *Droit des marchés financiers*, préc., spéc. n° 245 p. 338

1632 AMF, *Rapport sur les agences de notation*, 2004, spéc. p. 15 - TH. BONNEAU, « Coup de projecteur sur les agences de notation », *JCP G* 2011, 1184

1633 A. COURET, « Les agences de notation : observations sur un angle mort de la réglementation », préc., spéc. n° 10 et 11 p. 769 - PH. BISSARA, « Analystes financiers et agences de notation », *Bull. Joly Bourse* 2004 p. 11

1634 J.-P. MATTOUT et S. MOULY, « La notation », préc., spéc. p. 454

1635 A. COURET, « Les agences de notation : observations sur un angle mort de la réglementation », préc., spéc. n° 9 p. 769

1636 A. COURET, « Les agences de notation : observations sur un angle mort de la réglementation », préc., spéc. n° 10 p. 769

1637 MOODY'S INVESTORS SERVICE, *La Notation Moody's : Mode d'Emploi*, 1997

1638 MOODY'S INVESTORS SERVICE, *La Notation Moody's : Mode d'Emploi*, préc., spéc. p. 15

souligner des éléments factuels qui n'auraient pas été mis en évidence à l'origine »[1639]. La note fait ensuite l'objet d'un communiqué de presse et est diffusée auprès des investisseurs. Enfin, la note fait l'objet d'un suivi dans le temps et les relations avec l'émetteur sont maintenues tant que les titres figurent sur le marché.

L'attribution de la note résulte d'abord de l'appréciation de critères quantitatifs. Il s'agit d'analyse de ratio mais aussi d'application d'algorithmes mathématiques permettant des modélisations complexes d'évolution du titre et de la solvabilité de l'émetteur[1640]. Les données sont alors principalement issues de la comptabilité de la société. Ces critères quantitatifs sont contrebalancés par des critères qualitatifs issus de l'expérience de chaque agence[1641]. La notation résulte de critères propres à chaque entité évaluée. Standart and Poor's explique ainsi évaluer dans un premier temps le domaine industriel et le marché dans lequel la société évolue, puis les facteurs de risque d'affaires et financiers spécifiques à l'émetteur et enfin projette ces données au regard de l'état futur du monde dans lequel l'émetteur pourrait opérer[1642].

230. Rôle de la notation financière. La notation financière a pour objet de « *fournir un indicateur cohérent et normalisé du risque de défaillance de l'émetteur d'un titre* »[1643]. Il s'agit d'une probabilité de défaut de paiement relativement aux autres acteurs du marché[1644]. Elle s'adresse aux investisseurs potentiels. Les marchés sont noyés sous la masse d'informations fournies par leurs différents acteurs. L'analyse de ces données est complexe et nécessite un certain niveau d'expertise qui fait souvent défaut à leurs destinataires. La notation permet de simplifier l'accès à l'information et de rétablir un certain équilibre informationnel entre émetteurs et petits investisseurs[1645]. Elle est parfois imposée à l'émetteur. L'article L. 214-44 alinéa 1er du Code monétaire et financier oblige ainsi les organismes de titrisation, ou fond commun de créance, à fournir une évaluation des risques que présentent les créances qu'ils entendent acquérir et les titres qu'ils se proposent d'émettre. L'AMF et Euronext peuvent également exiger cette notation[1646].

1639 Il ne s'agit de procéder à une nouvelle analyse complète de la société

1640 MOODY'S INVESTORS SERVICE, *La Notation Moody's : Mode d'Emploi*, préc., spéc. p. 19 - STANDARD & POOR'S, *Guide to Credit Ratings Criteria*, 2010, spéc. p. 4

1641 MOODY'S INVESTORS SERVICE, *La Notation Moody's : Mode d'Emploi*, préc., spéc. p. 19 – PH. DIDIER, « La notation financière », *in La notation d'entreprises*, L'Harmattan 2010, p. 89, spéc. p. 92

1642 STANDARD & POOR'S, *Guide to Credit Ratings Criteria*, 2010, spéc. p. 10

1643 J.-P. MATTOUT et S. MOULY, « La notation », préc., spéc. p. 444

1644 PH. DIDIER, « La notation financière », préc., spéc. p. 90

1645 C. ZOLYNSKI, « La notation : de quel droit », préc., spéc. p. 9 et s. - PH. DIDIER, « La notation financière », préc., spéc. p. 94

1646 TH. BONNEAU et F. DRUMMOND, *Droit des marchés financiers*, préc., spéc. n° 245 p. 338

La notation est également un outil contractuel. Il est devenu fréquent que les opérations de crédit incluent des « *ratting trigger clause* »[1647]. Le coût du crédit, son exigibilité ou les garanties qui lui sont liées vont alors dépendre de sa notation[1648].

b : La notation sociale et environnementale

231. Origine et fondement. A côté de la notation classique, le XXIème siècle a vu naitre la notation extrafinancière des entreprises[1649]. Les agences de notation sociale sont chargées de noter les aspects sociaux et environnementaux de la société. En France, la principale agence de notation sociale est Vigéo, fondée en 2002. Cette activité de rating fonctionne comme la notation financière. Elle suppose un contrat entre une agence de notation et son client.

232. Rôle. La société Vigéo décrit elle-même sa mission. Il s'agit d'évaluer « *le degré avec lequel les entreprises et les sociétés publiques prennent en compte les objectifs environnementaux, sociaux, sociétaux et de gouvernance d'entreprise* »[1650]. Cela permet d'établir le risque encouru par la société en matière de responsabilité sociale et environnementale. Le résultat du travail de l'analyste vise à aider les investisseurs dans leur choix « d'investissement socialement responsable »[1651].

La loi « Grenelle 2 »[1652] a introduit cette notation extrafinancière dans le droit positif français. L'article L. 214-12 du Code monétaire et financier dispose en son alinéa 3 que « *les sociétés d'investissement à capital variable et les sociétés de gestion mentionnent dans leur rapport annuel et dans les documents destinés à l'information de leurs souscripteurs les modalités de prise en compte dans leur politique d'investissement des critères relatifs au respect d'objectifs sociaux, environnementaux et de qualité de gouvernance. Elles précisent la nature de ces critères et la façon dont elles les appliquent selon une présentation type fixée par décret* ». L'article 13 de l'ordonnance du 1er août 2011 a repris cette disposition pour l'appliquer aux OPCVM[1653]. Le décret d'application de ce texte insère un article D. 533-16-1

1647 PH. DIDIER, « La notation financière », préc., spéc. p. 95

1648 A. COURET, « Les agences de notation : observations sur un angle mort de la réglementation », préc., spéc. n° 13 p. 771

1649 M. TELLER, *L'information communiquée par les sociétés cotées : analyse juridique d'un mutation*, préc., spéc. n° 238 et s., p. 218 et s.

1650 V. la présentation de Vigéo : http://www.vigeo.com/csr-rating-agency/fr/notre-mission

1651 M. TELLER, « Les marchés financiers, régulateurs de la politique environnementale », *Bull. Joly Bourse* 2005, p. 211

1652 loi n° 2010-788 du 12 juillet 2010 portant engagement national pour l'environnement

1653 article 533-22-1 du Code monétaire et financier : « *Les sociétés de gestion mettent à la disposition des souscripteurs de chacun des organismes de placement collectif en valeurs mobilières qu'elles gèrent une information sur les modalités de prise en compte dans leur politique d'investissement des critères relatifs au respect d'objectifs sociaux, environnementaux et de qualité de gouvernance* »

au Code monétaire et financier. Cet article dresse la liste des informations à fournir parmi lesquelles on trouve « *la notation extrafinancière* »[1654].

233. Critère d'évaluation. Vigéo liste trente-huit critères d'appréciations classés en six domaines[1655]. Ces six domaines sont : les ressources humaines, les droits humains sur les lieux de travail, l'environnement, les comportements sur les marchés, le gouvernement d'entreprise et l'engagement sociétal. Parmi les trente-huit critères répertoriés, on peut citer par exemple : l'amélioration continue des relations professionnelles, des relations d'emploi et des conditions de travail ; l'élimination des formes de travail proscrites (enfants, travail forcé) ; la prévention des traitements inhumains ou dégradants de type harcèlements sexuels ; la protection de la biodiversité et maîtrise rationnelle des impacts environnementaux sur l'ensemble du cycle de vie des produits ou services ; la prise en compte des droits et intérêts des clients ; l'intégration de standards sociaux et environnementaux dans la sélection des fournisseurs et sur l'ensemble de la chaîne d'approvisionnement ; l'assurance de l'indépendance et de l'efficacité du Conseil d'administration ; la transparence et la rationalité de la rémunération des dirigeants ; la contribution au développement économique et social des territoires d'implantation et de leurs communautés humaines ou encore la contribution transparente et participative à des causes d'intérêt général[1656]… L'appréciation de ces différents critères se fait au regard des principaux textes internationaux de protection des droits sociaux et environnementaux issus de l'Union Européenne, de l'ONU, de l'OMC ou encore de l'OIT.

C : LA NORME DE REFERENCE DU CONTROLE-SURVEILLANCE OBJET DU CONTRAT

234. L'intérêt social objectif. La mission du cocontractant contrôleur consiste à s'assurer de la conformité du risque social avec l'intérêt social objectif, quand bien même elle trouverait son origine dans une exigence légale ou même dans une demande d'un tiers.

L'audit intervient afin de remédier à un problème de gestion ou de sécurité ponctuel ou avec pour objectif de mettre l'accent sur les améliorations susceptibles d'être apportées au fonctionnement social[1657]. La demande peut également provenir d'un tiers par exemple lorsque la société procède à un audit dans le but de rassurer un cocontractant ou d'obtenir une

---

1654 A.-J. KERHUEL et P. LANOIS, « L'obligation d'information des sociétés de gestion de portefeuille en matière d'investissement socialement responsable », *Banque et droit* 2012, n° 144, p. 3 - I. RIASSETTO, « Vers une plus grande transparence des OPCVM « ISR » », *Bull Joly Bourse* 2011, p. 632

1655 http://www.vigeo.com/csr-rating-agency/fr/2-2-referentiel-d-analyse

1656 L. DE GRAEVE, « Notation et liberté de gestion des entreprises notées », *in La notation d'entreprises*, L'Harmattan 2010, p. 105, spéc. n° 18 p. 113

1657 V. par ex., pour l'audit social, *supra* n° 222

autorisation administrative[1658]. La société ne répondra à cette demande que si elle présente un intérêt particulier pour elle et l'éventuel audit aura donc comme norme de référence l'intérêt social objectif. Enfin, même lorsque la loi elle-même impose à la société la réalisation d'un contrôle particulier, il s'agit généralement de préserver l'intérêt social. Il en est ainsi pour l'intervention du commissaire aux apports[1659] ou du commissaire aux avantages particuliers[1660]. On peut également noter que la jurisprudence s'assure de la conformité de l'audit lui-même avec l'intérêt social. Ainsi, dans un arrêt du 3 décembre 2002, la Cour de cassation a rejeté le pourvoi formé contre l'arrêt d'une Cour d'appel ayant refusé une demande d'expertise de gestion suite à la réalisation d'un audit par un expert-comptable. La Cour énonce que « *la cour d'appel a légalement justifié sa décision, la preuve n'étant pas rapportée que le rapport commandé au cabinet d'expertise comptable par le nouveau gérant ait été contraire à l'intérêt social* »[1661].

La notation se doit aussi d'établir le risque social le plus objectivement possible. Le contrôle se fait encore une fois par rapport à l'intérêt social. L'intervention de l'agence de notation est facultative. Relevant d'un contrat, elle nécessite par définition l'accord de l'émetteur. Ce dernier n'y aura recours que si c'est nécessaire. La notation pourra ainsi être un facteur de bonne gestion et d'adéquation du risque social à l'intérêt social puisque les marchés réclameront nécessairement que ce risque soit le plus faible possible[1662].

Enfin, la mission qui pèse sur le contrôleur contractuel est nécessairement finalisée. Le contrôle-surveillance étant l'objet du contrat, la finalité du contrôle constitue une condition d'existence du contrat. Le débiteur du contrôle-surveillance contractuelle est tenu d'une obligation de faire : celle de s'assurer de l'adéquation du risque social à l'intérêt social.

PARAGRAPHE 2 : LE CONTROLE-SURVEILLANCE, EFFET DU CONTRAT

Le contrôle-surveillance peut également se révéler être un effet du contrat, sans pour autant en être l'objet principal. La convention peut parfois permettre aux cocontractants de la société de s'assurer de la bonne exécution du contrat ou du respect de leurs droits. Ces cocontractants seront principalement les créanciers de la société (A) et les salariés (B). Nous verrons que

---

1658 V. par ex., pour l'audit d'environnement, *supra* n° 223

1659 D. LENCOU, « Le rôle du commissaire aux comptes et du commissaire aux apports dans l'augmentation de capital depuis la réforme du décret du 23 mars 1967 sur les sociétés commerciales », *Bull. Joly Sociétés* 2007, p. 1305, spéc. p. 1315

1660 R. PERCEROU, « La notion d'« avantage particulier » », *in Dix ans de conférences d'agrégation, Etudes de droit commercial offertes à J. Hamel*, Dalloz 1961, p. 171, spéc. p. 174 - PH. REIGNE et T. DELORME, « La nature nécessairement pécuniaire des avantages particuliers », préc., spéc. n° 5 p. 1119

1661 Cass. com., 3 déc. 2002, n° 99-16246 : inédit - Cass. com., 15 févr. 1994, n° 92-12201 : préc. note 501

1662 L. DE GRAEVE, « Notation et liberté de gestion des entreprises notées », préc., spéc. n° 10 p. 109, n° 20 p. 116 et n° 23 p. 117

dans certains cas il n'est pas possible de qualifier le pouvoir du cocontractant de « contrôle » car il n'est pas finalisé : il ne fait naitre aucun droit ou obligation à la charge du créancier. Il ne s'agit que d'un droit à l'information.

A : LA PRISE EN COMPTE DES INTERETS DES CREANCIERS

Les créanciers de droit commun ne disposent que d'un droit de regard très limité sur les actes de leur débiteur (1). La loi attribue pourtant à certains cocontractants de la société des pouvoirs de surveillance particuliers, voire des obligations de contrôle. Il en est ainsi essentiellement pour les obligataires (2) et pour la banque (3).

1 : Le droit à l'information limité des créanciers de droit commun

235. Le droit d'opposition. Lorsque la société est *in bonis*, le droit des sociétés n'est pas particulièrement favorable aux créanciers sociaux. Néanmoins, certaines opérations risquent de leur porter préjudice, soit parce qu'elles appauvrissent la société, soit parce qu'elles emportent substitution de débiteur. Dans ce cas, la loi autorise parfois le créancier à faire opposition[1663]. Il en est ainsi en cas de réduction de capital[1664], de fusion ou de scission[1665], de transfert de siège social dans un autre pays de l'Union européenne[1666] ou enfin en cas de transmission universelle du patrimoine du fait de la dissolution d'une société unipersonnelle dont l'associé unique est une personne morale[1667]. Il faut toutefois relever qu'une telle protection ne bénéficie pas aux créanciers d'une société faisant l'objet d'une transformation[1668].

Ce droit d'opposition ne confère aucun pouvoir de contrôle-direction de la société car il ne permet pas de remettre en cause l'opération envisagée. Le créancier pourra seulement obtenir la déchéance du terme de sa créance ou la constitution de garanties. Il ne confère pas plus un pouvoir de contrôle surveillance car la société débitrice n'a aucune obligation d'informer spécialement ses créanciers de l'opération. Cette dernière devant généralement faire l'objet d'une publication dans un journal d'annonce légale, il appartient au créancier de se montrer vigilant[1669].

1663 M. GERMAIN, « L'opposition en droit des sociétés », *LPA* 04 avril 2007, p. 21, spéc. p. 22
1664 articles L. 233-34, L. 225-205 et L. 228-14 du Code de commerce
1665 articles L. 236-14 et L. 236-21 du Code de commerce
1666 article L. 229-2 du Code de commerce
1667 article 1844-5 al. 3 du Code civil
1668 P. LE CANNU, « La transformation et les tiers », *Bull. Joly Sociétés* 2010, p. 415, spéc. n° 18 p. 420
1669 M. GERMAIN, « L'opposition en droit des sociétés », préc., spéc. p. 23

236. L'action oblique. Le droit commun des obligations confère, quant à lui, peu de pouvoir au créancier. Outre l'action paulienne qui lui permet d'attaquer en son nom personnel les actes faits par le débiteur en fraude de ses droits[1670], la seule possibilité qui s'offre à lui et qui lui confère un certain pouvoir sur la gestion sociale est l'action oblique. Cette dernière est fondée sur l'article 1166 du Code civil qui dispose que « *les créanciers peuvent exercer tous les droits et actions de leur débiteur, à l'exception de ceux qui sont exclusivement attachés à la personne* ». Madame Fabre-Magnan définit l'action oblique comme « *une action exercée par un créancier à l'encontre d'un débiteur de son propre débiteur lorsque ce dernier néglige de la faire, se privant ainsi notamment d'une possibilité de renflouer son patrimoine pour honorer ses propres dettes* »[1671].

Certains auteurs n'hésitent pas à faire référence à la notion « d'immixtion » pour décrire le comportement du créancier mettant en œuvre l'action oblique. Ainsi, Messieurs Malaurie, Aynès et Stoffel-Munck considèrent que cette action « *réalise une immixtion du créancier dans la gestion par le débiteur de son patrimoine* »[1672]. Messieurs Mazeaud et Chabas précisent en outre que « *si la loi permet au créancier de s'immiscer, par la voie oblique, dans les affaires de son débiteur, c'est pour protéger ses intérêts* »[1673]. Enfin, Monsieur François note que « *la possibilité offerte aux créanciers de s'immiscer dans les affaires du débiteur serait intolérable si elle n'était enfermée dans de justes limites* »[1674].

Néanmoins, on ne saurait considérer l'action oblique comme conférant au créancier un pouvoir de direction de la personne morale. Demolombe écrivait déjà que « *c'est au débiteur, en effet, lui-même, que le droit appartient ; et régulièrement, il conserve, quoique débiteur, l'entier gouvernement de son patrimoine et le libre exercice de ses droits. Ce serait donc, de la part des créanciers, une prétention intolérable que de vouloir l'entraver dans cet exercice, en substituant leur propre direction à sa direction personnelle* »[1675]. La jurisprudence est ferme sur ce point. Dans un arrêt du 18 janvier 1977, la première chambre civile de la Cour de cassation a affirmé que « *la faculté accordée aux créanciers d'exercer les droits et actions de leurs débiteurs n'est qu'une conséquence du gage général qui leur est reconnu sur leurs biens par les articles 2092 et 2093 du Code civil* [et] *qu'ils ne peuvent se substituer à leurs*

1670 article 1167 du Code civil

1671 M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations,* t. 1*, Contrat et engagement unilatéral*, PUF 2e éd. 2010, spéc. p. 519

1672 PH. MALAURIE, L. AYNES et PH. STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, Defrénois 5e éd. 2011, spéc. n° 1149 p. 643

1673 H. et L. MAZEAUD, J. MAZEAUD et F. CHABAS, *Leçons de droit civil,* t. 2, vol. 1*, Obligations, théorie générale*, préc., spéc. n° 967 p. 1045

1674 J. FRANÇOIS, *Droit civil,* t. 4*, Les obligations, régime général*, C. LARROUMET (dir.), Economica 2011, spéc. n° 282

1675 DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon, Traité des contrats ou des obligations conventionnelles*, T. XXV, Paris 1869, spéc. n° 94 p. 90

débiteurs dans les pouvoirs de gestion et d'administration »[1676]. L'action oblique ne peut donc pas « *déboucher sur une immixtion généralisée des créanciers dans la gestion du patrimoine du débiteur* »[1677]. En effet, le domaine de l'action oblique est très circonscrit. Il se limite aux droits déjà acquis par le débiteur principal[1678] et même plus précisément aux actions portant sur ces droits[1679]. Le créancier ne peut pas faire naître de droits nouveaux dans le patrimoine du débiteur principal, ni accomplir aucun acte de disposition[1680]. Les créanciers ne peuvent donc pas définir le risque social mais uniquement le mettre en œuvre en cas de carence des dirigeants sociaux. Il n'a pas de pouvoir créateur. L'absence de qualité de dirigeant du créancier lors de l'exercice de l'action oblique est confortée par la nature personnelle de cette action. Dans les travaux préparatoires, du Code civil, Bigot de Préameneu considérait qu'en mettant en œuvre l'action oblique, « *c'est leur action directe que les créanciers intentent, ils ne représentent pas la personne de leur débiteur* »[1681]. Pourtant, dès le XIXe siècle, certains auteurs ont qualifié cette action de mandat[1682]. Mais les critiques opposées à cette qualification ont conduit à renoncer à cette analyse[1683]. Le débat a repris à la fin du XXe siècle. Plusieurs auteurs, et non des moindres, ont repris à leur compte la thèse de la représentation. Ainsi, pour le Doyen Carbonnier, le créancier « *est le représentant de son débiteur : l'action oblique n'est pas une action distincte qui lui appartiendrait en propre ; c'est l'action même du débiteur, exercée obliquement, indirectement – exercée par un autre, mais au nom et pour le compte du titulaire* »[1684]. D'autres auteurs sont plus nuancés et considèrent que le créancier « *agit* du chef *de son débiteur,* au nom *de celui-ci, un peu – mais*

1676 Cass. 1re civ., 18 janv. 1977, n° 75-13533 : *Bull. civ.* 1977, n° 29

1677 J. FRANÇOIS, *Droit civil,* t. 4*, Les obligations, régime général*, préc., spéc. n° 289

1678 PH. MALAURIE, L. AYNES et PH. STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, préc., spéc. n° 1151 p. 644

1679 H. et L. MAZEAUD, J. MAZEAUD et F. CHABAS, *Leçons de droit civil,* t. 2, vol. 1*, Obligations, théorie générale*, préc., spéc. n° 962 p. 1043

1680 PH. MALAURIE, L. AYNES et PH. STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, préc., spéc. n° 1151 p. 644 - H. et L. MAZEAUD, J. MAZEAUD et F. CHABAS, *Leçons de droit civil,* t. 2, vol. 1*, Obligations, théorie générale*, préc., spéc. n° 961 p. 1041

1681 FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. XVIII, Paris 1827, spéc. p. 238

1682 LAROMBIERE, *Théorie et pratique des obligations*, t. I, Paris 1857, à propos de l'art. 1166, n° 22 p. 703 : « *Les créanciers exerçant les droits de leurs débiteurs ne s'emparent donc absolument de rien à son préjudice. Loin de le dessaisir de quoi que ce soit, ils ne font, au contraire, que mieux assurer dans ses mains le payement de ce qui lui est dû. Ils ne sont, à vrai dire, que ses mandataires intéressés ; et leur mandat* [est] *fondé sur leur qualité de créancier* » - DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon, Traité des contrats ou des obligations conventionnelles*, T. XXV, préc. spéc. n° 113 p. 113 : le vrai caractère de l'action des créanciers, « *c'est un mandat, que la loi leur confère tout à la fois au nom de leur débiteur et dans leur propre intérêt ....* tua et aliena gralia*, suivant les expressions de Justinien. (Inst., lib. IV, De mandato, princ.)* »

1683 PLANIOL et RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, t. VII, par RADOUANT, 1954, n° 922 : la créancier *« n'est ni mandataire légal, ou conventionnel, ni gérant d'affaire* »

1684 CARBONNIER, *Droit civil, Vol. II, Les biens, les obligations*, préc., spéc. n° 1282, p. 2530 – V. également J. MESTRE, note sous Cass. 3e civ., 4 déc. 1984, *RTD civ.* 1985, p. 580, spéc. p. 581 - G. MARTY, P. RAYNAUD et PH. JESTAZ, *Les obligations*, t. 2, *Le régime*, Sirey 2e éd. 1989, spéc. n° 148-1 p. 130 - B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, *Obligations*, t. 3, *Régime général*, Litec 5e éd. 1997, spéc. n° 623 p. 262

ce n'est qu'une image – comme s'il *le représentait* »[1685]. Si au premier abord l'action oblique semble bien permettre la représentation du débiteur par son créancier, plusieurs arguments s'opposent néanmoins à une telle qualification. On peut d'abord relever l'impossibilité pour le sous-débiteur de formuler une demande reconventionnelle contre le créancier sauf si le débiteur principal a été mis en cause dans la procédure[1686]. En outre, on doit reconnaître que l'action contre le sous-débiteur appartient au créancier, c'est un droit propre. Le créancier doit ainsi démontrer sa qualité et son intérêt à agir[1687]. En outre, comme le relève Madame Tellier, la lettre de l'article 1166 du Code civil elle-même présente l'action oblique comme une exception à l'effet relatif des contrats par l'usage de la conjonction « néanmoins ». Cette disposition exclut également les droits et actions exclusivement attachés à la personne du débiteur. Madame Tellier relève encore deux arguments contre la théorie de la représentation. Tout d'abord, le créancier n'a pas à se plier aux règles relatives aux incapacités lorsque le débiteur principal est incapable et ensuite, le débiteur n'est pas lié par l'autorité de la chose jugée du jugement rendu en faveur du créancier[1688]. Enfin, on peut contester la représentation du débiteur par le créancier sur le fondement de la responsabilité. En effet, si le créancier agit en qualité de représentant du débiteur, l'exercice abusif de cette action devrait engager la responsabilité de ce dernier. Or il n'a jamais eu son mot à dire sur l'opportunité de l'action du créancier[1689].

Le créancier qui met en œuvre l'action oblique agit donc pour son propre compte et dans son propre intérêt. C'est d'ailleurs la position de la majorité de la doctrine processualiste[1690]. En effet, « *d'un point de vue procédural, l'action oblique n'est pas une hypothèse d'exercice*

1685 J. FLOUR, J.-L. AUBERT par E. SAVAUX, *Les obligations*, t. 3, *Le rapport d'obligation*, Sirey 7e éd. 2011, spéc. n° 77 p. 66

1686 Cass. req., 1er juill. 1851 : *D.* 1851, p. 192 : « *attendu que Lavallée pouvait opposer l'exception de compensation aux créanciers de son débiteur agissant en vertu de l'art. 1166 c. civ., comme il aurait eu le droit de la faire contre son débiteur lui même, mais qu'il ne pouvait agir reconventionnellement contre eux du chef de ce dernier, sans le mettre en cause* »

1687 Cass. 1re civ., 17 mai 1982, n° 81-12312 : *Bull. civ.* 1982, n° 176 : « *si les créanciers peuvent exercer tous les droits et actions de leurs débiteurs, autres que ceux exclusivement attachés à leur personne, y compris l'action en partage d'une indivision, c'est aux conditions que ceux-ci refusent d'en faire usage et que l'intérêt des créanciers soit compromis* » - Cass. 1re civ., 2 déc. 1992, n° 90-16964 : *Bull. civ.* 1994, n° 294 ; *RTD civ.* 1993, p. 824, note J. MESTRE : « *Mais attendu d'abord qu'ayant relevé qu'aucun document ne permettait d'établir que Mme Chavanat-de Y... puisse recouvrer son dû sur un actif autre que celui procédant de la liquidation des droits de son fils et de sa belle-fille, par suite de la dissolution de leur mariage, la cour d'appel a pu en déduire que la créancière avait un intérêt sérieux et légitime, pour la sauvegarde de ses droits, à agir sans délai afin d'être remboursée par prélèvement sur les biens à revenir aux ayants droit de son fils* » - Cass. 1re civ., 11 mars 2003, n° 01-12170 : *Bull. civ*. 2003, n° 65 ; *AJF* 2003, p. 189, note S. DEIS-BEAUQUESNE ; *RJPF* mai 2003, p. 28 note J. CASEY ; *RJDA* 2003, n° 895

1688 V. TELLIER, « La nature juridique de l'action oblique », *RRJ* 2002 p. 1835, spéc. n° 37 p. 1853 et n° 41 et s., p. 1856

1689 J. HERON, par TH. LE BARS, *Droit judiciaire privé*, Domat 5e éd. 2012, spéc. n° 93 p. 95

1690 H. SOLUS et R. PERROT, *Droit judiciaire privé,* t. 1*, Introduction, Notions fondamentales, Organisation judiciaire*, Sirey 1961, spéc. n° 270 p. 252 - G. COUCHEZ, *Procédure civile*, Sirey 16e éd. 2011, spéc. n° 157 p. 197 - L. CADIET et E. JEULAND, *Droit judiciaire privé*, Litec 6e éd. 2009, spéc. n° 390 p. 261 – V. cependant plus nuancés : J. HERON, par TH. LE BARS, *Droit judiciaire privé*, préc., spéc. n° 93 p. 95

par un particulier, de l'action d'autrui : le créancier qui l'exerce est titulaire d'un droit propre à agir, certes par substitution au débiteur défaillant, mais sans représentation »[1691]. Cela exclut donc définitivement qu'il puisse disposer d'un quelconque pouvoir de contrôle-direction sur la société.

237. Un pouvoir de surveillance limité. Hormis l'action oblique, le droit commun des obligations n'offre guère d'autres facultés au créancier pour s'assurer de l'assiette efficace du patrimoine de son débiteur. Il ne dispose d'aucun pouvoir de contrôle-surveillance général sur les actes et sur le patrimoine de son débiteur[1692]. Il ne peut pas obliger son cocontractant à lui fournir des renseignements. Un tel pouvoir exorbitant du droit commun semble même être l'une des caractéristiques du contrat administratif[1693]. Seul le débiteur peut être tenu d'une obligation d'information à son égard. En effet, chaque cocontractant est d'abord tenu d'une obligation précontractuelle d'information afin d'assurer la protection du consentement des parties[1694]. Dans ce cas, l'inexécution de l'obligation emporte vice du consentement et doit se résoudre par la nullité du contrat ou au moins sa réfaction[1695]. Le débiteur est également tenu d'une obligation d'information dans l'exécution du contrat qui sera sanctionnée sur le fondement de la responsabilité contractuelle par la résolution du contrat et éventuellement l'octroi de dommages et intérêts[1696]. Le droit français n'offre aucune autre alternative et ne propose pas au créancier d'aller lui-même chercher les informations l'intéressant.

Le droit des sociétés est plus favorable au créancier en imposant à la société la publication d'un certain nombre d'informations financières. Les SARL, les sociétés par actions et les SNC dont tous les associés sont des SARL ou des sociétés par actions sont ainsi tenues de déposer au greffe à fin d'annexion au RCS, selon leur forme, « *les comptes annuels, le rapport de gestion, le rapport des commissaires aux comptes sur les comptes annuels, éventuellement complété de leurs observations sur les modifications apportées par l'assemblée aux comptes annuels qui ont été soumis à cette dernière ainsi que, le cas échéant, les comptes consolidés, le rapport sur la gestion du groupe, le rapport des commissaires aux comptes sur les comptes consolidés et le rapport du conseil de surveillance* »[1697]. Cette

---

1691 S. GUINCHARD, F. FERRAND et C. CHAINAIS, *Procédure civile*, Dalloz 30e éd. 2010, spéc. n° 140 p.160

1692 Y. GUYON, « Le droit de regard du créancier sur le patrimoine et l'activité de son débiteur considéré comme une sûreté », *in* « L'évolution du droit des sûretés », *RJ. com*. n° spéc. févr. 1982, p. 121, spéc. n° 1 p. 121

1693 A. ROBLOT-TROIZIER, « Le pouvoir de contrôle de l'administration à l'égard de son cocontractant », *RFDA* 2007 p. 990, spéc. p. 993 et s.

1694 GHESTIN J., *Traité de droit civil, La formation du contrat*, préc., spéc. n° 477 p. 445

1695 FABRE-MAGNAN M., *De l'obligation d'information dans les contrats. Essai d'une théorie*, LGDJ 1992, spéc. n° 392 p. 311

1696 FABRE-MAGNAN M., *De l'obligation d'information dans les contrats. Essai d'une théorie*, préc., spéc. n° 410 et s. p. 332

1697 articles L. 232-21 et s. du Code de commerce

obligation permet aux créanciers et aux futurs cocontractants de la société de prendre connaissance de l'assiette financière de la société[1698] et même d'en connaître l'évolution par comparaison entre les différents bilans successifs[1699]. Néanmoins, la volonté de maintenir un certain secret sur ses affaires et la crainte de la concurrence conduisent un grand nombre de dirigeants à ne pas respecter cette obligation[1700]. Les créanciers ne sont pas complètement démunis dans ce cas. En effet, ils peuvent saisir le président du tribunal qui, statuant en référé, enjoindra sous astreinte au dirigeant de la personne morale de procéder au dépôt des pièces et actes au registre du commerce et des sociétés auquel celle-ci est tenue par des dispositions législatives ou réglementaires. Le président peut, dans les mêmes conditions, et à cette même fin, désigner un mandataire chargé d'effectuer ces formalités[1701]. En outre, le défaut de publication des comptes annuels est sanctionné pénalement[1702] et les créanciers peuvent dénoncer le défaut de publication au ministère public aux fins de voir le dirigeant condamné[1703]. Enfin, les créanciers sont admis à se porter partie civile en cas de délit comptable par exemple en cas de présentation de bilan inexacte[1704].

238. La désignation d'un administrateur provisoire. Le créancier dispose peut-être d'un dernier moyen offert par le droit des sociétés pour s'assurer de la bonne exécution des obligations de son cocontractant : obtenir la substitution totale ou partielle de dirigeant de la société débitrice. Un arrêt de 1989 semblait interdire cette possibilité. Une banque avait consenti un crédit assorti d'une garantie d'achèvement à une société pour une opération de lotissement. Cette dernière se désintéressant de l'opération, la garantie risquait d'être mise en jeu par la direction générale de l'équipement. La banque avait alors demandé en référé la désignation d'un administrateur provisoire. Sa demande a été accueillie et l'administrateur

---

1698 H. CROZE, « La publicité comptable et financière au greffe du tribunal de commerce : moyen d'évaluer la solvabilité d'une entreprise », *Annonces Seine*, 27 août 1992 - P. LE CANNU et B. DONDERO, *Droit des sociétés*, préc., spéc. n° 441 p. 273

1699 G. RIPERT et R. ROBLOT, par M. GERMAIN et V. MAGNIER, *Traité de droit de affaires*, t. 2, *Les sociétés commerciales*, préc., spéc. n° 1869 p. 615

1700 M. COZIAN, A. VIANDIER et F. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, préc., spéc. n° 373 p. 213

1701 article L. 123-5-1 du Code de commerce – N. STOLOWY, « De nouvelles injonctions en matière de publication des comptes par les sociétés », *JCP E* 2006, 1462 p. 524, spéc. n° 19 et 20 p. 527

1702 article R. 247-3 du Code de commerce : « *Le fait de ne pas satisfaire aux obligations de dépôt prévues aux articles L. 232-21 à L. 232-23 est puni de l'amende prévue par le 5e de l'article 131-13 du Code pénal pour les contraventions de la cinquième classe. En cas de récidive, la peine applicable est celle prévue par le 5e de l'article 131-13 du Code pénal pour les contraventions de la cinquième classe commises en récidive* »

1703 Rép. min. Justice n° 22983 : *JOAN Q* 20 mars 1995, p. 1547 : « *l'inexécution de cette formalité peut être dénoncée au procureur de la République non seulement par le greffier du tribunal de commerce, mais par toute personne qui aurait connaissance de l'infraction* »

1704 Cass. crim., 13 févr. 1997, n° 96-81641 : *Bull. crim*. 1997, n° 61 ; *Rev. sociétés* 1997, p. 595, note B. BOULOC : « *Attendu que, pour déclarer recevable la constitution de partie civile, l'arrêt attaqué retient que la présentation des comptes annuels infidèles a été déterminante dans l'octroi de concours financiers par la banque à la société Mapegaz, dont la situation était, dès cette époque, irrémédiablement compromise ; Attendu qu'en l'état de ces énonciations, d'où il résulte que le préjudice invoqué par la partie civile découle directement de l'infraction dont le demandeur a été déclaré complice, la cour d'appel a justifié sa décision sans encourir les griefs allégués* »

reçut pour mission d'achever les travaux. En appel, le jugement fut infirmé. Un pourvoi fut formé. La Cour de cassation rejeta la demande au motif « *qu'après avoir relevé que le fonctionnement de la SOFRIM était normal et que cette société ne rencontrait pas de difficultés financières, la cour d'appel a énoncé exactement qu'il n'appartenait pas dès lors à un de ses créanciers de demander la nomination d'un administrateur provisoire aux motifs que la carence des dirigeants au regard d'un chantier menaçait ses intérêts et qu'il n'appartenait pas non plus à ce créancier de se faire juge des intérêts de la société et de ses associés et d'agir en leur nom pour les préserver* »[1705]. De la lecture de cet attendu, on peut déduire qu'une telle nomination pourrait donc être justifiée si la société débitrice connaissait un fonctionnement anormal et de graves difficultés financières, autrement dit lorsque les conditions classiques de désignation d'un administrateur provisoire sont réunies[1706]. Un arrêt de 2004 semble confirmer cette possibilité. Un syndicat de copropriété se prétendant créancier d'une SCI avait obtenu la désignation d'un administrateur provisoire chargé « *de représenter la SCI en justice dans une instance en cours, appréhender les actifs disponibles de la société afin de régler prioritairement les dettes de celle-ci et notamment les dettes de charges et d'appels de travaux dues au syndicat, prendre toutes mesures conservatoires sur les parts sociales détenues par Mme X... afin d'assurer le recouvrement par la SCI des charges et appels de travaux qu'elle aura réglés au syndicat, faire tous les actes d'administration nécessaires à charge d'en rendre compte et convoquer les associés en assemblée générale pour provoquer la désignation d'un liquidateur conformément à la loi* ». Le jugement est confirmé en appel et l'un des associés de la SCI forme un pourvoi. Ce dernier est rejeté au motif notamment « *qu'ayant relevé que Mme X... n'avait pas déféré à la sommation que lui avait délivrée le syndicat des copropriétaires d'avoir à lui indiquer si un nouveau liquidateur avait été désigné et, en tout cas, s'il existait un administrateur quelconque de la SCI, la cour d'appel a pu retenir que la mission donnée à l'administrateur provisoire n'était pas contraire aux intérêts de la SCI, alors que cet intérêt pouvait être de se prêter au paiement dans les meilleurs délais des créances dont il aurait vérifié le bien-fondé et la juste imputation, de même que de prendre toute mesure conservatoire utile sur les parts sociales détenues par Mme X...* »[1707]. On notera que dans le cas présent, la société semblait bien dépourvue d'organe de direction. La désignation d'un administrateur provisoire à la demande d'un créancier

---

1705 Cass. com., 14 févr. 1989, n° 87-13719 : *Bull. civ.* 1989, n° 66 ; *Quot. jur.* 1989, n° 126 p. 9, note D. GIBIRILA ; *Rev. sociétés* 1989, p. 633, note D. RANDOUX ; *Bull. Joly Sociétés* 1989, p. 323, note Y. STREIFF

1706 V. *supra* n° 152 et s.

1707 Cass. 3e civ., 9 juin 2004, n° 02-19640 : inédit

semble donc bien possible en cas de paralysie ou d'absence des organes sociaux. En effet, en présence d'organes légaux à même d'apprécier l'intérêt social, la jurisprudence refuse toute immixtion des créanciers dans la vie sociale. En outre, la demande sera étudiée au regard de l'intérêt de la société débitrice et non de celui du créancier. L'administrateur sera chargé d'agir dans l'intérêt de la société et non de celui du créancier auteur de la demande, même si, parfois, les deux peuvent coïncider comme dans l'arrêt de 2004. Les créanciers ne peuvent donc obtenir au mieux que l'assurance que la société connaît un fonctionnement normal et qu'à défaut la justice remédiera à la défaillance des organes sociaux. Ils ne peuvent par contre en aucun cas obtenir que la nomination de l'administrateur provisoire ait pour objet le paiement de leur créance ou la conservation du patrimoine de leur débiteur.

239. La question du solidarisme. Quelle est la nature de l'intérêt servant de norme de référence au contrôle exercé par le cocontractant sur la société ? S'agit-il de l'intérêt social objectif ou de l'intérêt social subjectif du contrôleur ? La réponse n'est pas si évidente au regard du débat doctrinal relatif au solidarisme contractuel. Selon Démogue, « *les contrats forment une sorte de microcosme ; c'est une petite société où chacun doit travailler pour un but commun qui est la somme (ou davantage) des buts individuels poursuivis par chacun, absolument comme dans la société civile ou commerciale. Alors, à l'opposition entre le droit du créancier et l'intérêt du débiteur, tend à se substituer une certaine union* »[1708]. Les fondements de la thèse solidariste sont divers. Pour Monsieur Mazeaud, le solidarisme relèverait d'une certaine idée de la « *justice sociale* ». Les contractants sont tenus d'être loyaux, solidaires et fraternels[1709]. Il estime que « *l'immixtion légitime dans les affaires d'autrui peut aller parfois, lorsque le contrat ou un contractant est confronté à une situation de crise, jusqu'à conduire ou contraindre un contractant à faire fi, dans un esprit de solidarité et de fraternité contractuel, de ses propres intérêts* »[1710]. Monsieur Jamin, pour sa part, considère que le solidarisme contractuel a pour objectif « *de restaurer la primauté du social au sein même de l'économie de marché et non à sa marge* ». Le contrat serait alors « *tout autant l'expression d'un lien social qu'il sert à mettre en scène que le support technique des échanges économiques* »[1711].

1708 R. DEMOGUE, *Traité des obligations en général*, t. VI, Arthur Rousseau 1932, spéc. n° 3 p. 9

1709 D. MAZEAUD, « solidarisme contractuel et réalisation du contrat », *in Le solidarisme contractuel*, Economica 2004, p. 57, spéc. n° 2 p. 58

1710 D. MAZEAUD, « Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ? », *in L'Avenir du droit - Mélanges en hommage à François Terré*, Dalloz, PUF et Edition du JurisClasseur 1999, p. 603, spéc. n° 17 p. 620 – V. également du même auteur, « solidarisme contractuel et réalisation du contrat », préc., spéc. n° 3 p. 59

1711 CH. JAMIN, « Plaidoyer pour le solidarisme contractuel », *in Etudes offertes à Jacques Ghestin : Le contrat au début du XXIe siècle*, LGDJ 2001, p. 441, spéc. p.471

240. Critique du solidarisme. A l'appui de la doctrine solidariste, on peut citer le développement de l'obligation précontractuelle d'information et du devoir de conseil, la sanction des clauses abusives et des clauses éludant une obligation essentielle, l'exigence de proportionnalité entre les obligations et les ressources du débiteur, le contrôle de l'abus dans la faculté de rupture unilatérale du contrat ou encore la sanction de la rupture déloyale de contrat[1712]. On ne peut en effet ignorer l'importance croissante des obligations pesant sur les cocontractants et leur imposant de tenir compte de l'intérêt de leur partenaire dans toutes les phases du contrat. Les auteurs restent toutefois circonspects sur l'importance et la portée réelle des décisions favorables à leur thèse[1713].

Cette solidarité contractuelle connaît néanmoins d'importantes limites. La jurisprudence semble encore réticente à admettre le principe du solidarisme. Plusieurs décisions le démontrent. On peut citer par exemple le refus d'admettre la révision judiciaire pour imprévision[1714], l'absence d'obligation de l'acheteur d'informer le vendeur de la valeur réelle de la chose[1715], ou encore cet arrêt du 14 septembre 2005 dans lequel la Cour de cassation sanctionne une Cour d'appel ayant octroyé des dommages et intérêts au bénéficiaire d'une promesse de vente. Le promettant avait en effet vendu le bien à une tierce personne après que la vente initialement conclue avec le bénéficiaire se fut trouvée caduque pour non-réalisation d'une condition du fait d'un tiers. Les juges du fond avaient fondé leur décision sur l'obligation de loyauté qui imposait au promettant de proposer la vente au bénéficiaire. La Cour de cassation casse l'arrêt au motif que « *l'obligation de bonne foi suppose l'existence de liens contractuels et que ceux-ci cessent lorsque la condition suspensive à laquelle ils étaient soumis a défailli* »[1716].

241. De l'intérêt du créancier dans la prise en compte de l'intérêt du débiteur. Le solidarisme contractuel semble imposer la prise en compte de l'intérêt social objectif de la société par ses cocontractants. Doit-on aller aussi loin ? La lecture des travaux de Messieurs

---

1712 D. MAZEAUD, « Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ? », préc., spéc. n° 9 et s., p. 610 et s.

1713 C. JAMIN, « Le procès du solidarisme contractuel : brève réplique », *in Le solidarisme contractuel*, Economica 2004, p. 159, spéc. n° 11 p. 168 - D. MAZEAUD, « Solidarisme contractuel et réalisation du contrat », préc., spéc. n° 17 p. 66

1714 Cass. civ., 3 mars 1876, *Canal de Craponne : D.* 1876, 1, 193, note GIBOULOT ; *GAJ civ.* 2008, t. 2, n° 165 p. 183 : « *dans aucun cas, il n'appartient aux tribunaux, quelque équitable que puisse apparaître leur décision, de prendre en considération le temps et les circonstances pour modifier les conventions des parties et substituer des clauses nouvelles à celles qui ont été librement acceptées par les contractants* »

1715 Cass. 1re civ., 3 mai 2000, n° 98-11381 : *Bull. civ.* 2000, n° 131 ; *D.* 2002, somm. p. 928, note TOURNAFOND ; *Contrats, conc. consom.* 2000, comm. 140, note L. L. ; *Defrénois* 2000, 37237, note D. MAZEAUD et note Ph. DELEBECQUE ; *JCP G* 2001, II, 10510, note JAMIN ; *RTD civ.* 2000, p. 566, note J. MESTRE : la Cour de cassation casse l'arrêt de la Cour d'appel ayant retenu le dol contre un acheteur ayant accepter une offre à un prix bien inférieur à la réalité au motif qu'« *aucune obligation d'information ne pesait sur l'acheteur* »

1716 Cass. 3e civ., 14 septembre 2005, n° 04-10856 : *Bull. civ.* 2005, n° 166 *D.* 2006, p. 761, note D. MAZEAUD ; *Contrats, conc. consom.* 2006 comm. 1, note L. LEVENEUR

Mazeaud et Jamin conduit à nuancer la portée d'une telle conception du contrat. Monsieur Jamin écrit ainsi que « *ce devoir d'ingérence dans les affaires d'autrui contraint chaque contractant à se soucier des intérêts de son partenaire comme des siens propres, le plus souvent d'ailleurs dans l'intérêt du contrat* »[1717]. En effet, si chaque cocontractant se doit de tenir compte de l'intérêt de l'autre, c'est qu'il y va de son propre intérêt. Comme le rappellent fort justement Messieurs Terré, Simler et Lequette, « *contracter, ce n'est pas entrer en religion, ni même communier dans l'amour de l'humanité, c'est essayer de "faire ses affaires"* »[1718]. En réalité, comme le note Monsieur Savaux, l'essentiel de ces règles n'a pour objet que d'assurer un consentement le plus libre possible, « *le solidarisme consistant seulement à fournir les moyens de défendre des intérêts égoïstes* »[1719].

242. L'absence de contrôle-surveillance par le créancier de droit commun. L'ensemble des exemples précédents et la critique du solidarisme contractuel démontrent que si le créancier de droit commun peut être destinataire de certaines informations sociales relatives à son débiteur, on ne saurait qualifier son droit de véritable contrôle-surveillance. D'abord parce que le créancier n'est pas le destinataire privilégié d'une quelconque information : le débiteur, sauf disposition contractuelle particulière, n'a aucune obligation particulière d'information sur sa situation personnelle à l'égard du créancier. En outre, le créancier ne dispose de certaines prérogatives que dans un intérêt purement personnel. Son pouvoir n'est en aucun cas finalisé. Il n'a aucune obligation de transmettre les informations dont il dispose et encore moins un droit de remettre en cause ou de sanctionner les contrôlaires de la société. Il n'a aucune raison d'apprécier le risque social au regard de l'intérêt social. Autrement dit, le créancier de droit commun n'exerce aucun contrôle. Il est seulement destinataire d'une information.

2 : Le droit à l'information des obligataires

243. Notion d'obligation. Les sociétés par actions et les SARL peuvent émettre des obligations[1720]. L'article L. 213-5 du Code monétaire et financier les définit comme « *des titres négociables qui, dans une même émission, confèrent les mêmes droits de créance pour une même valeur nominale* ». L'obligataire n'est donc pas un associé de la société mais « *un*

1717 D. MAZEAUD, « Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ? », préc., spéc. n° 17 p. 620

1718 F. TERRE, PH. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*, Dalloz 10e éd. 2009, spéc. n° 41 p. 44

1719 E. SAVAUX, « Solidarisme contractuel et formation du contrat », *in Le solidarisme contractuel*, Economica 2004, p. 43, spéc. n° 8 p. 48

1720 articles L. 228-39 al. 1er et L. 223-11 al. 1er du Code de commerce

tiers étranger à la société ayant la condition d'un créancier »[1721]. S'il n'a pas la qualité d'associé, l'obligataire dispose néanmoins de certains droits dans la société[1722].

Le titulaire d'obligation a droit au remboursement de sa créance assorti d'un intérêt[1723]. Il dispose en outre d'un certain pouvoir de contrôle. Néanmoins, cette prérogative ne peut s'exercer à titre individuel. Ainsi, l'article L. 228-70 du Code de commerce dispose que « *les obligataires ne sont pas admis individuellement à exercer un contrôle sur les opérations de la société ou à demander communication des documents sociaux* ». Le pouvoir de contrôle des obligataires s'exerce donc collectivement au travers de la « masse » chargée « *de la défense de leurs intérêts communs* »[1724]. A titre individuel, les obligataires n'ont donc droit qu'aux informations requises pour le bon déroulement de l'assemblée générale de la masse, autrement dit aux textes des résolutions qui seront proposées au vote, aux rapports qui seront présentés, aux procès-verbaux de délibération et à la feuille de présence[1725]. Le caractère collectif de la représentation des obligataires a pour but d'affirmer « *la solidarité qui unit les porteurs et l'unité de la dette qui pèse sur la société* »[1726]. Elle a également pour objet d'assurer « *une certaine discipline* » au sein de ces créanciers particuliers[1727].

244. L'absence de contrôle-direction. La masse ne dispose pas d'un pouvoir de contrôle-direction au sein de la société mais uniquement d'un droit de veto sur certaines décisions sociales susceptibles de porter atteinte aux droits des obligataires[1728]. L'article L. 228-65 alinéa 1er dispose qu'elle délibère « *sur toutes mesures ayant pour objet d'assurer la défense des obligataires et l'exécution du contrat d'emprunt ainsi que sur toute proposition tendant à la modification du contrat* ». La même disposition précise ensuite que sont notamment visées toute proposition relative à la modification de l'objet ou de la forme de la société, toute proposition, soit de compromis, soit de transaction sur des droits litigieux ou ayant fait l'objet de décisions judiciaires, les propositions de fusion ou de scission de la société, toute proposition relative à l'émission d'obligations comportant un droit de préférence par rapport à

1721 F. DE SOLA-CANIZARES, « La distinction entre l'action et l'obligation en Droit comparé », *Mélanges offerts à Jacques Maury, t. II : Droit comparé, Théorie générale du droit et Droit privé*, Dalloz 1961, p. 243, spéc. p. 244

1722 G. RIPERT et R. ROBLOT, par M. GERMAIN et V. MAGNIER, *Traité de droit de affaires*, t. 2, *Les sociétés commerciales*, préc., spéc. n° 1779 p. 593

1723 Sur les différentes modalités de remboursement du capital et les formes d'intérêts, V. J.-P. BOUERE et *al.*, *Titres et emprunts obligataires*, Banque éditeur 1998, spéc. n° 129 et s., p. 271 et s.

1724 article L. 228-46 al. 1er du Code de commerce

1725 article L. 228-69 du Code de commerce

1726 G. RIPERT et R. ROBLOT, par M. GERMAIN et V. MAGNIER, *Traité de droit de affaires*, t. 2, *Les sociétés commerciales*, préc., spéc. n° 1817 p. 611

1727 P. LE CANNU et B. DONDERO, *Droit des sociétés*, préc., spéc. 1165 p. 746

1728 SOLUS, *La réforme du droit des sociétés par les décrets-lois de 1935 et 1937*, Librairie du Recueil Sirey 1938, spéc. n° 402 p. 356 - G. HUREAU, *Les pouvoirs des assemblées d'obligataires*, Rousseau & Cie 1948, spéc. p. 136

la créance des obligataires composant la masse, toute proposition relative à l'abandon total ou partiel des garanties conférées aux obligataires, au report de l'échéance du paiement des intérêts et à la modification des modalités d'amortissement ou du taux des intérêts et, enfin, tout projet de transfert du siège social d'une société européenne dans un autre Etat membre.

S'agissant de la modification de l'objet ou de la forme sociale, ainsi que de l'émission d'obligations présentant un droit de préférence, les dirigeants de la société peuvent passer outre l'opposition de la masse en offrant de rembourser les obligations[1729]. Ils peuvent également s'abstenir de suivre le vote de l'assemblée générale de la masse s'opposant à une fusion, une scission ou à un transfert de siège social mais les obligataires pourront former opposition par le biais de leurs représentants[1730] et ainsi obtenir le remboursement du capital ou la constitution de garanties[1731]. Autrement dit, les décisions de l'assemblée générale de la masse des créanciers ne sont réellement contraignantes pour les dirigeants de la société que lorsqu'elles portent sur une modification du contrat d'émission ou sur une atteinte aux droits des créanciers par un appauvrissement de la société ou l'abandon de certaines garanties. En effet, de telles décisions prises sans l'accord des obligataires leur seraient inopposables[1732]. Les décisions de l'assemblée générale de la masse ne peuvent pas être considérées comme des actes positifs de gestion et ne participent pas à la définition du risque social.

245. L'absence de contrôle-surveillance exercé par la masse. S'ils ne disposent pas d'un pouvoir de contrôle-direction de la société, la loi octroie néanmoins aux obligataires un droit à l'information par le biais de ses représentants[1733]. Ce droit, consacré par les décrets-lois de 1935, était déjà préconisé par la doctrine dès le début du XXe siècle[1734]. Il trouve son fondement dans « *la longue durée du prêt et l'importance des capitaux fournis* »[1735] et dans la volonté de protéger les petits épargnants détenteurs d'obligations.

Les représentants de la masse sont élus par l'assemblée générale ou désignés dans le contrat d'émission[1736]. L'article L. 228-49 du Code de commerce assure leur indépendance vis-à-vis de la société emprunteuse. Les représentants de la masse des obligataires disposent du « *pouvoir d'accomplir au nom de la masse tous les actes de gestion pour la défense des*

1729 article L. 228-72 al. 1er du Code de commerce

1730 article L. 228-73 du Code de commerce

1731 article L. 236-14 du Code de commerce

1732 CA Paris 15e ch., 12 oct. 1999 : *JurisData* n° 1999-108471 : « *une substitution de garantie non approuvée par l'assemblée générale des obligataires n'est pas opposable à ceux-ci* »

1733 G. HUREAU, *Les pouvoirs des assemblées d'obligataires*, préc., spéc. p. 177

1734 H. PASCAUD, « Les sociétés d'obligataires et la défenses des intérêts de ces derniers », *Rev. sociétés* 1901, p. 462

1735 G. HUREAU, *Les pouvoirs des assemblées d'obligataires*, préc., spéc. p. 178

1736 article L. 228-47 du Code de commerce

intérêts communs des obligataires »[1737]. Ils ont également le monopole de la représentation en justice des obligataires[1738]. Néanmoins, il leur est interdit de s'immiscer dans la gestion sociale[1739]. Ils ne disposent que d'un droit à l'information. En effet, ils ont accès aux assemblées générales des actionnaires, mais sans voix délibérative et ont le droit d'obtenir communication des documents mis à la disposition des actionnaires dans les mêmes conditions que ceux-ci[1740]. Ce pouvoir de surveillance privilégié attribué à la masse des créanciers ne confère aucun avantage particulier. Les obligataires ne disposent d'aucun pouvoir de sanction autre que celui de vendre leurs titres ou d'exercer les droits dont dispose tout créancier pour la préservation de sa créance. En outre, comme pour les créanciers de droit commun, ce pouvoir n'est pas finalisé et ne s'exerce qu'au profit des obligataires, dans leur seul intérêt. Il ne s'agit pas d'un contrôle surveillance.

3 : Le contrôle exercé par le banquier

246. La place particulière de l'activité bancaire dans la vie des affaires. Le banquier tient une place particulière dans la vie sociale. Dispensateur de crédit, il est un rouage indispensable de l'économie et un acteur incontournable du financement des sociétés. Pour cette raison, le droit interne et international est intervenu régulièrement pour encadrer l'activité bancaire entrainant de fait une multiplication des sources du droit bancaire[1741]. L'ensemble de ces règles de « police bancaire » a conduit à conférer au banquier une véritable mission de contrôle-surveillance, tant au profit de l'intérêt général que de l'intérêt propre de son client (c)[1742]. Ce contrôle-surveillance sera étudié en deux temps. Nous verrons qu'outre un certain nombre d'obligations légales de contrôle-surveillance pesant sur le banquier (a), ce dernier est également tenu d'un devoir général de vigilance (b).

1737 article L. 228-53 du Code de commerce

1738 article L. 228-54 du Code de commerce

1739 article L. 228-55 al. 1er du Code de commerce – G. RIPERT et R. ROBLOT, par M. GERMAIN et V. MAGNIER, *Traité de droit de affaires*, t. 2, *Les sociétés commerciales*, préc., spéc. n° 1823 p. 614

1740 article L. 228-55 du Code de commerce

1741 S. PIEDELIEVRE, « Remarques sur l'évolution actuelle des sources du droit bancaire », *in Libres propos sur les sources du droit, Mélanges en l'honneur de Philippe Jestaz*, Dalloz 2006, p. 441

1742 TH. BONNEAU, *Droit Bancaire*, Montchrestien 9e éd. 2011, spéc. n° 404, p. 335

a : Les obligations légales de contrôle-surveillance : le compte bancaire, la délivrance des moyens de paiement et la lutte contre le blanchiment

247. Contrôle-surveillance lors de l'ouverture d'un compte. La loi impose au banquier de vérifier certaines informations avant d'ouvrir un compte pour un client[1743]. En effet, l'ouverture du compte peut permettre à son titulaire d'effectuer certains actes délictueux pouvant entraîner un préjudice à l'égard des tiers et le banquier risque de se voir reprocher d'avoir fourni les moyens du dommage[1744]. S'agissant d'un client personne morale, il doit s'assurer de la réalité de sa constitution juridique par le biais du contrôle de son inscription au RCS[1745]. Si le client est une société en formation, il semble qu'il soit tenu de s'assurer de la réalité et de l'opportunité du projet de constitution[1746] ainsi que de l'identité des fondateurs[1747]. Par contre, il n'est pas tenu de vérifier la profession, l'honorabilité ou la solvabilité de son futur client[1748].

S'agissant de la délivrance d'un chéquier, la banque est tenue de consulter la Banque de France afin de s'assurer de l'absence d'interdiction bancaire[1749]. A défaut, il peut être tenu de payer le montant du chèque émis sans provision au tiers[1750]. Enfin, lorsque le client est une société en formation, la banque est tenue de s'assurer de sa solvabilité avant de lui délivrer un moyen de paiement[1751].

1743 TH. BONNEAU, *Droit Bancaire*, préc., spéc. n° 365, p. 282 - S. PIEDELIEVRE ET E. PUTMAN, *Droit bancaire*, Economica 2011, spéc. n° 173

1744 F. GRUA, « La responsabilité de celui qui fournit le moyen du dommage », *RTD civ.* 1994, p. 1, spéc. n° 1 p. 1

1745 C. GAVALDA et J. STOUFFLET, *Droit bancaire*, Litec 7e éd. 2008, spéc. n° 329 p. 186

1746 Cass. com., 8 oct. 1985, n° 84-16410 : *Bull. civ.* 1985, n° 229, p. 191 ; *JCP E* 1985, I, 14996 : « *attendu que la cour d'appel a constaté que la banque savait de toute évidence que c'était sans pratiquement disposer d'aucun actif, sans aucune trésorerie et sans avoir sollicité aucun prêt, que les dirigeants de la société s'étaient lancés dans le commerce international des bestiaux, que la banque n'aurait pas dû ignorer que les achats s'effectuant en général au comptant et la revente n'étant jamais immédiate, il en résulterait nécessairement un découvert, que rien n'était prévu pour financer cet inévitable découvert, et que la banque ne s'était pas suffisamment assurée de la solidité de l'assise de la société, qui n'avait en compte que la somme dérisoire de 200 francs ; qu'en l'état de ces énonciations et constatations, la cour d'appel a pu retenir, d'une part, la faute de la banque et, d'autre part, l'existence d'un lien de causalité entre cette faute et le dommage subi par les bénéficiaires des chèques sans provision* »

1747 Cass. com., 18 mai 1999, n° 95-16469 : *JCP N* 2000, p. 1041, note C. GAVALDA et J. STOUFFLET ; *Banque et Droit* janv.-févr. 2000, p. 69, note GUILLOT : « *après avoir relevé que la banque n'avait procédé à aucune vérification sur l'existence du "groupe L2M", qui lui avait été indiquée lors de l'ouverture du compte litigieux comme fondateur de la société Saint-Louis négoce, et qu'elle n'avait procédé qu'à des vérifications insuffisantes sur l'exactitude du domicile que l'autre fondateur lui avait indiqué être le sien depuis peu, la cour d'appel a pu en déduire que les diligences prévues à l'article 30 du décret du 30 octobre 1975, alors applicable, avaient été négligées et retenir la faute de la banque à cet égard* »

1748 C. GAVALDA et J. STOUFFLET, *Droit bancaire*, préc. spéc. n° 328 p. 186 - TH. BONNEAU, *Droit bancaire*, préc., spéc. n° 365 p. 282 - *JCl. Responsabilité civile et Assurances*, Fasc. 335-10, par F. GRUA, spéc. n° 100

1749 article 30 du Décret n° 92-456 du 22 mai 1992 relatif au refus de paiement des chèques et à l'interdiction d'émettre des chèques

1750 *JCl. Responsabilité civile et Assurances*, Fasc. 335-10, par F. GRUA, spéc. n° 142

1751 Cass. com., 18 juin 1985, n° 84-13052 : *Bull. civ.* 1985, n° 191, *Gaz. Pal.* 1986, 2, 438, note BOULOC ; *RTD com.* 1986, p. 270, note CABRILLAC et TEYSSIE : la Cour de cassation rejette le pourvoi formé contre un arrêt de Cour d'appel ayant retenu la responsabilité d'une banque qui avait « *délivré à M. Z...* (futur gérant de la société en formation) *des chèques alors qu'en raison des circonstances de l'espèce et notamment de sa connaissance du marché, elle ne pouvait ignorer*

248. Contrôle-surveillance et lutte contre le blanchiment. Les banques sont devenues des auxiliaires du ministère public en matière de lutte contre le blanchiment d'argent[1752]. Elles sont tenues de contrôler les opérations de leurs clients et peuvent voir leur responsabilité engagée[1753].

La lutte contre le blanchiment est une préoccupation internationale. Les banques y jouent un rôle central. Le droit international est particulièrement impliqué[1754]. En droit interne, la lutte contre le blanchiment a conduit à l'adoption de la loi n°90-614 du 12 juillet 1990[1755]. L'ensemble de ces dispositions a été revu en 2009 pour tenir compte de la directive européenne du 26 octobre 2005.

Monsieur Thony a décrit admirablement les trois étapes constituant une opération de blanchiment. « *Une première étape va consister à intégrer dans le système bancaire et financier les fonds dérivant des activités criminelles, étape devenue de plus en plus dangereuse en raison de l'attention extrême désormais portée par les services de répression à ces mouvements et de l'obligation généralisée pour les banques de dénoncer les opérations suspectes. Une deuxième étape va consister à soumettre les fonds, qui ont intégré le système financier, à une série d'opérations financières ayant pour but d'égarer (leur) trace (à) d'éventuels enquêteurs, et de donner à ces fonds l'apparence d'une origine légale. C'est l'étape du blanchiment qui fait le plus souvent appel aux mécanismes offshore. De nombreux allers et retours entre les paradis financiers et les banques des blanchisseurs, ponctués de fausses factures, de faux prêts, ou autres artifices, finiront par égarer les enquêteurs sur l'origine de l'argent. Enfin, la troisième étape du blanchiment consiste, une fois que ces fonds ont l'apparence d'une origine légitime, à les réinjecter dans l'économie légale, notamment en investissant dans des secteurs économiques qui vont devenir des machines à blanchir : casinos, hôtels, restaurants, cinémas, dans lesquels les paiements se font le plus souvent en liquide* »[1756]. Certains auteurs n'hésitent pas à parler de « *prélavage, lavage, essorage* »[1757].

---

que les chèques seraient sans provision » - Cass. com., 8 oct. 1985, n° 84-16410 : préc. note 1746 - Cass. com., 31 mai 1988, n° 86-10146 : *Bull. civ.* 1988, n° 174 ; *JCP G* 1988, IV, 274 ; *Gaz. Pal.* 1988, 2, pan. 212 ; *Rev. sociétés* 1989, p. 39, note J. STOUFFLET

1752 TH. BONNEAU, *Droit Bancaire*, préc., spéc. n° 249, p. 184

1753 *JCl. Banque - Crédit - Bourse*, Fasc. 142, par F. BORDAS, spéc. n° 1 et s.

1754 V. par ex. J. PARDON, « Le blanchiment de l'argent, aspects internationaux et européens », *Banque et droit* n° spéc. 1991, p. 5 - M.-C. BALDY, « Lutte contre le blanchiment : aspects internationaux et européens », *Banque et droit* 2000, n° 69, p. 27 – J.-L. FORT, « Le cadre international et européen », *RD bancaire et fin*. nov.-déc. 2007, p. 15

1755 M. VASSEUR, « La loi du 12 juillet 1990 relative à la participation des organismes financiers à la lutte contre le blanchiment des capitaux provenant du trafic des stupéfiants analysés du point de vue de ses répercussions sur le droit bancaire », *Banque et droit*, n° spéc. 1991, p. 23 - F.-J. CREDOT et p. BOUTEILLER, « Commentaire de la loi n° 90-614 du 12 juillet 1990 relative à la participation des organismes financiers à la lutte contre le blanchiment des capitaux provenant du trafic des stupéfiants », *ALD* 1990, 19e cah. p. 157

1756 J.-F. THONY, « De l'argent de la drogue au financement du terrorisme », *Annonces Seine* 31 janv. 2002, p. 6

Les banques, et plus généralement toutes les personnes qui, dans l'exercice de leur profession, réalisent, contrôlent ou conseillent des opérations entraînant des mouvements de capitaux, sont tenues d'un devoir de vigilance portant sur l'identité de leur client ainsi que l'objet et la nature de la relation d'affaires qu'elles nouent avec lui[1758]. Elles sont tenues de déclarer au service « Tracfin »[1759] les opérations dont elles ont connaissance et qui portent sur des sommes qu'elles savent provenir d'une infraction pénale ou d'une fraude fiscale, ou servant au financement du terrorisme, ou encore dont l'identité de l'auteur ou du bénéficiaire est douteuse[1760]. Il s'agit de déclarer les sommes et opérations suspectes et non les infractions elles-mêmes[1761]. De plus, le Conseil d'Etat, dans un arrêt du 12 janvier 2004 a énoncé que les établissements financiers « *ont aussi l'obligation de déclarer les sommes ou opérations qui, sans justifier directement ce soupçon, se présentent néanmoins dans des conditions inhabituelles de complexité et ne paraissent pas avoir de justification économique et que l'établissement, après s'être renseigné ou faute d'avoir recherché les renseignements nécessaires, n'a pas déterminé leur origine ou leur destination* »[1762]. Cette décision a été confirmée par le Conseil d'Etat dans un arrêt du 31 mars 2004 qui dispose : « *qu'en jugeant que si les vérifications imposées par l'article L. 563-3 ne permettent pas d'établir l'origine licite des sommes, l'organisme financier, qui ne peut alors exclure que ces sommes puissent provenir du trafic de stupéfiants ou de l'activité d'organisations criminelles, doit procéder à la déclaration exigée par l'article L. 562-2, la Commission bancaire a fait une application exacte des dispositions du Code monétaire et financier* »[1763]. Selon Monsieur Bonneau, « *c'est donc non plus le soupçon mais le doute qui justifie la déclaration* »[1764].

La dénonciation doit se faire dès les premiers soupçons[1765]. Elle intervient en principe *a priori* et par exception *a posteriori*[1766]. L'information se fait exclusivement au Tracfin : la banque ne doit pas avertir le propriétaire des sommes ou l'auteur de l'opération à peine de

---

1757 D. REBUT, « Manquement du banquier à ses obligations professionnelles et commission du délit de blanchiment », *Banque et droit* 2003, n° 88, p. 11, spéc. n° 7 p. 13

1758 articles L. 561-5 et s. du Code monétaire et financier

1759 Traitement du renseignement et action contre les circuits financiers clandestins : article L. 561-33 et s. du Code monétaire et financier – V. C. CUTAJAR, « La cellule Tracfin devient un service à compétence nationale », *JCP G* 2007, 50

1760 articles L. 561-1 et L. 561-15 et s. du Code monétaire et financier

1761 TH. BONNEAU, *Droit Bancaire*, préc., spéc. n° 252, p. 189

1762 CE, 12 janv. 2004, n° 245750, *Banque de gestion privée Indosuez : JurisData* n° 2004-066374

1763 CE, 31 mars 2004, n° 256355, *Etna Finance Sécurités : RD bancaire et fin.* 2004, p. 319, note F.-J. CREDOT et Y. GERARD ; *Bull. Joly Bourse* 2004, p. 627, note C. CUTAJAR

1764 TH. BONNEAU, *Droit Bancaire*, préc., spéc. n° 252-1, p. 192

1765 Comm. bancaire, déc. 16 mai 2006, *Caixa Geral de Depositos : Bull. Banque Fr.*, juill. 2006, p. 145 ; *Banque et droit* 2007, n° 111 p. 24 note TH. BONNEAU : « *l'établissement doit procéder à la déclaration dès qu'un soupçon que les sommes pourraient provenir d'une des activités visées à l'article L. 562-2 du Code monétaire et financier existe* »

1766 TH. BONNEAU, note sous Comm. bancaire, déc. 16 mai 2006, *Caixa Geral de Depositos*, préc. note 1765 , spéc. n° 23

sanctions pénales[1767]. Pour protéger l'auteur de la déclaration, l'article L. 561-22 du Code monétaire et financier écarte toute responsabilité pénale, civile ou professionnelle du fait de l'exercice de cette obligation. Il précise qu'« *en cas de préjudice résultant directement d'une telle déclaration, l'Etat répond du dommage subi* ».

Ces différentes obligations contreviennent au principe de non-immixtion du banquier dans la gestion de son client[1768]. Elles sont néanmoins justifiées par des motifs d'intérêt général[1769] ce qui explique pourquoi les tiers victimes d'agissements frauduleux non liés au blanchiment d'argent ne peuvent se prévaloir de l'inobservation des dispositions relatives à la lutte contre le blanchiment par l'établissement bancaire pour obtenir réparation[1770]. En effet, cette réglementation a été instaurée dans un but de protection de l'intérêt général et non dans le but de protéger des intérêts particuliers[1771].

b : Le devoir général de vigilance

249. Le principe de non-ingérence. Outre l'obligation de contrôle pesant sur le banquier au moment de l'ouverture d'un compte ou de l'octroi de moyens de paiement, ce dernier est également tenu d'un devoir général dit « *de vigilance* » ou « *de surveillance et de prudence* »[1772]. Néanmoins, une telle obligation ne doit jamais le conduire à s'immiscer dans la gestion de son client[1773] au risque de se voir requalifier en dirigeant de fait[1774].

Le principe de non-ingérence du banquier dans les actes de son client est d'origine jurisprudentielle[1775]. Il était implicitement consacré par le législateur à l'article L. 563-3 du

---

1767 article L. 561-19 du Code monétaire et financier – TH. BONNEAU, *Droit Bancaire*, préc., spéc. n° 251, p. 190

1768 C. GALVADA et J. STOUFFLET, *Droit bancaire*, préc., n° 266 p. 144

1769 TH. BONNEAU, *Droit Bancaire*, préc., spéc. n° 252, p. 189

1770 Cass. com. 28 avr. 2004, n° 02-15054 : *Bull. civ*. 2004, n° 72, p. 74 ; *Banque et droit* 2004, n° 96, p. 56, note TH. BONNEAU ; *D*. 2004, act. jurispr. p. 1380, note V. AVENA-ROBARDET ; *D*. 2006, pan. 156, note SYNVET ; *JCP E* 2004, 830, note J. STOUFFLET ; *JCP G*, II, 10105, note C. CUTAJAR ; *LPA* 28 mai 2004, p. 5, rapport M. COHEN-BRANCHE ; *RD bancaire et fin.* 2004, p. 243, note F.-J. CREDOT et Y. GERARD ; *RTD com*. 2004, p. 577 note M. CABRILLAC : en l'espèce, un chèque de 1 599 909 F avait été volé. La législation sur la lutte contre le blanchiment impose un contrôle du banquier pour les opération d'un montant supérieur à 150 000 € qui se présentent dans des conditions inhabituelles de complexité et ne paraissent pas avoir de justification économique ou d'objet licite. La victime du vol se prévalait de l'inexécution de cette obligation pour engager la responsabilité de la banque. Le pourvoi est rejeté car le texte visé concerne la lutte contre le blanchiment.

1771 TH. BONNEAU, note sous Cass. com. 28 avr. 2004, *Banque et droit* /2004, n° 96 p. 56 – V. également J. STOUFFLET, note sous Cass. com. 28 avril 2004, *JCP E* 2004, 830

1772 S. PIEDELIEVRE ET E. PUTMAN, *Droit bancaire*, préc., spéc. n° 116 - TH. BONNEAU, *Droit Bancaire*, préc., spéc. n° 408 et s., p. 338 et s.

1773 C. GAVALDA et J. STOUFFLET, *Droit bancaire*, préc. spéc. n° 266 p. 144

1774 V. *supra* n° 198

1775 Cass. civ., 28 janv. 1930 : *Gaz. Pal.* 1930, I, 550, ; *RTD civ.* 1930, p. 369, note R. DEMOGUE : un faussaire fait procéder à un virement vers une banque où il a ouvert un compte et retire l'argent aussitôt. Pour rejeter la responsabilité de cette dernière, la Cour de cassation énonce « *qu'il s'agissait d'un dépôt de fonds aux main d'un banquier ; qu'aucune règle de droit ne met à la charge d'un dépositaire l'obligation de procéder spontanément à la vérification de l'identité du déposant ou des droits de celui-ci sur l'objet déposé, pas plus lors du dépôt que lors de la restitution.* […] *Attendu,*

Code monétaire et financier avant que n'intervienne l'ordonnance du 30 janvier 2009 relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins de blanchiment de capitaux et de financement du terrorisme[1776]. Cet article disposait que « *toute opération importante portant sur des sommes dont le montant unitaire ou total est supérieur à une somme fixée par décret en Conseil d'Etat et qui, sans entrer dans le champ d'application de l'article L. 562-2, se présente dans des conditions inhabituelles de complexité et ne paraît pas avoir de justification économique ou d'objet licite, doit faire l'objet de la part de l'organisme financier ou de la personne mentionnés à l'article L. 562-1 d'un examen particulier. En ce cas, l'organisme financier ou la personne mentionnés à l'article L. 562-1 se renseigne auprès du client sur l'origine et la destination de ces sommes ainsi que sur l'objet de la transaction et l'identité de la personne qui en bénéficie* ». Autrement dit, l'immixtion de la banque dans les opérations de son client ne se justifiait que si celles-ci se révélaient anormales ou inhabituelles. La Cour de cassation évoque depuis régulièrement ce principe de non-ingérence[1777].

Le fondement de l'obligation de non-ingérence est discuté. Certains estiment qu'il repose sur le secret des affaires[1778], ou le secret bancaire[1779] d'autres préfèrent y voir l'application du respect de la vie privée[1780], l'application du devoir de loyauté[1781]. Monsieur Lasserre Capdeville, a critiqué ces différents fondements et en a montré les insuffisances. Il propose plutôt de voir le principe de non-ingérence comme « *une simple norme de comportement* » du

---

d'autre part, que la Société Générale recevait l'ordre de créditer le compte du prétendu Jules Meunier d'une banque dont elle n'avait qu'à exécuter les instructions ; qu'elle n'avait avec Ducrocq, client du Crédit du Nord, aucune relation contractuelle ; que n'ayant point vu l'ordre de virement suspect, circonstance propre à révéler l'escroquerie, elle n'avait pas à recourir, pour la protection des tiers, à d'autres mesures que celles qu'elle a prise conformément à l'usage, au moment de la délivrance du carnet de chèque ».

1776 V. *infra* n° 248 et s.

1777 V. par ex. Cass. com., 14 oct. 2008, n° 07-16522 : inédit « *Attendu qu'en statuant ainsi, alors que le devoir de non-ingérence fait interdiction à un établissement de crédit d'intervenir pour empêcher son client d'accomplir un acte illicite, la cour d'appel a violé le texte susvisé* » - Cass. com., 16 mars 2010, n° 08-21091 : inédit - Cass.com., 25 mars 2003, n° 00-11066 : inédit - Cass. com., 16 janv. 2001, n° 97-17100 : inédit - Cass. com., 31 janv. 1989, n° 87-11491 : inédit

1778 J. VEZIAN, *La responsabilité du banquier, en droit privé français*, Litec 3e éd. 1983, spéc. n° 82 p. 54 – C. GAVALDA et J. STOUFFLET, note sous Cass. com., 7 janv. 1976, *JCP G* 1976, II, 18327 – M. CABRILLAC et B. TEYSSIE, note sous Cass. com., 11 févr. 1983, *RTD com*. 1983, p. 592 – F. BOUCARD, *Les obligations d'information et de conseil du banquier*, PUAM 2002, spéc. n° 137

1779 O. JEREZ, *Le secret bancaire*, Banque éditeur 2000, spéc. p. 29 – C. GAVALDA, note sous Cass. com., 25 avr. 1967, *JCP G* 1967, II, 15306

1780 TH. BONNEAU, *Droit Bancaire*, préc., spéc. n° 407 p. 338- F. J. CREDOT, « Le principe de non-ingérence et le devoir de vigilance, état de la jurisprudence avant la loi nouvelle », *in* Colloque « blanchiment des capitaux », *Banque et droit* 1991, n° spéc., p. 17, spéc. p. 19 - J. LACOTTE, « Quelles limites au devoir de non ingérence de la banque ? », *Banque et droit* 1999, n°65, p. 10, spéc. p. 10

1781 Y. PICOD, *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, LGDJ 1989, spéc. n° 115

banquier normalement diligent, liée à la complexité des opérations qu'il finance et qui limite son devoir de contrôle à la simple « *apparence des choses* »[1782]

En vertu du principe de non-ingérence, le banquier est tenu de ne pas s'immiscer dans les affaires de son client. Ce dernier dispose d'une pleine et entière liberté d'agir. Comme l'énoncent Messieurs Gavalda et Stoufflet, « *le banquier n'est pas obligé d'intervenir pour empêcher son client d'accomplir un acte irrégulier, inopportun ou dangereux et il n'est pas en droit de refuser l'exécution d'instructions du client au motif qu'elles ne lui paraitraient pas judicieuses* »[1783]. Ce principe exonère donc la banque de sa responsabilité à l'égard de son client et des tiers pour les conséquences préjudiciables que pourraient avoir les opérations bancaires. La jurisprudence est abondante. Le principe de non-ingérence s'applique tant dans le service de caisse que dans l'octroi de crédit et même dans les opérations portant sur les titres financiers[1784]. Ainsi, la banque n'est pas responsable des dépôts d'origine illicite réalisés par son client. Dans un arrêt du 16 mars 2010, la Cour de cassation approuve le rejet de l'action en responsabilité formée contre la banque d'un comptable coupable de détournement de fonds au motif que la « *Banque Palatine ne connaissait pas le nom de l'employeur de M. Y... ni le montant de son salaire, que la fiche d'ouverture mentionnait une profession de chef comptable sans autre précision, que les mouvements du compte n'ont pas connu de variation importante tant en débit qu'en crédit, susceptible d'appeler l'attention de la banque, mais des flux soutenus au cours de l'année examinée ; qu'en l'état de ces constatations et appréciations, desquelles elle a déduit que ces faits ne constituaient pas des anomalies de fonctionnement que la banque aurait dû relever, la cour d'appel a pu décider que la banque, tenue d'une obligation générale de non-ingérence, n'avait pas commis de faute* »[1785]. La banque n'a donc pas à s'immiscer dans la gestion et la comptabilité de son client. Seuls les actes manifestement anormaux de son client devront attirer son attention.

Il en va de même s'agissant de l'octroi d'un crédit. Le banquier n'a pas à se faire juge de l'opportunité du prêt et de sa destination. Dans un arrêt du 5 avril 1996, la Cour d'appel de Versailles avait retenu la responsabilité d'une banque dans l'octroi d'un prêt au motif que ce dernier avait été consenti sans établissement d'un plan de financement sérieux qui aurait démontré à l'établissement de crédit l'inopportunité de celui-ci. La Cour de cassation casse cette décision en énonçant « *qu'en se déterminant par de tels motifs alors qu'elle relevait que*

1782 J. LASSERRE, « que reste-t-il au XXIe siècle du devoir de non-ingérence du banquier », *Banque et droit* 2005, n° 100, p. 11, spéc. n° 4 et 5 p. 12

1783 C. GAVALDA et J. STOUFFLET, *Droit bancaire*, préc. spéc. n° 266 p. 144

1784 TH. BONNEAU, *Droit Bancaire*, préc., spéc. n° 406, p. 336

1785 Cass. com., 16 mars 2010, n° 08-21091 : préc. note 1777

le prêt avait été demandé par M. X... et que le banquier n'a pas à s'immiscer dans la gestion des affaires de son client », la cour d'appel avait violé l'article 1147 du Code civil[1786].

Enfin, le principe de non-ingérence s'applique également en matière d'opération de bourse. Dans un arrêt de 1983, une banque a été reconnue responsable d'avoir vendu sur les marchés espagnols des actions au porteur objet d'un détournement. La Cour de cassation rejette le pourvoi au motif « *que le principe de la non-ingérence du banquier dans les affaires du client ne doit pas l'empêcher de remplir ses obligations et que, vis-à-vis des tiers, il reste soumis aux règles générales de la responsabilité délictuelle ; qu'à cet égard, si les titres au porteur sont légalement présumés appartenir à celui qui les a en sa possession, il appartient au banquier de s'assurer du droit du porteur lorsque les circonstances dans lesquelles il reçoit les titres sont de nature à faire naitre des soupçons* [or] *en l'espèce, l'arrêt a relevé un certain nombre d'anomalies qui étaient apparentes : le nombre anormalement important des titres présentés par M. X... dont la banque connaissait la situation obérée comme aussi celle de la société qu'il gérait, la création récente des titres qui résultait d'un simple examen formel et suffisait à révéler le caractère mensonger des propos de M. X... quant a leur origine* »[1787]. Ce dernier arrêt révèle néanmoins une limite au devoir de non-ingérence. En effet, il s'arrête là où commence l'obligation de vigilance.

250. L'obligation de vigilance et de conseil. Même si le banquier ne doit pas s'immiscer dans la gestion de son client, on peut néanmoins lui reprocher d'avoir manqué à son obligation de vigilance, laquelle prend parfois la forme d'une obligation de conseil[1788].

Le banquier doit ainsi réagir en cas d'anomalie dans l'opération qui lui est demandée. Il ne peut se retrancher derrière le principe de non-ingérence pour écarter sa responsabilité dès lors que l'anomalie était facilement décelable par une personne normalement diligente[1789]. La doctrine distingue les anomalies matérielles des anomalies intellectuelles[1790]. Les anomalies matérielles sont constituées par l'altération des titres ou documents transmis au banquier. Il en est ainsi de la signature sur un chèque[1791]. Les anomalies intellectuelles concernent non plus

---

1786 Cass. com., 11 mai 1999, n° 96-16088 : *Bull. civ.* 1999, n° 95 ; *JCP E* 1999, p. 1218, note BOUTEILLER, et p. 1730, note D. LEGEAIS ; *RD bancaire et bourse* 1999, p. 184, note CREDOT et GERARD ; *RTD com.* 1999, p. 733, note M. CABRILLAC ; *RJDA* 1999, n°710, note PINIOT ; *LPA* 15 juin 1999, p. 12 ; *D. affaires* 1999, p. 990, note J. F.

1787 Cass. 1re civ., 8 févr. 1983, n° 81-14573 : *Bull. civ.* 1983, n° 51

1788 TH. BONNEAU, *Droit Bancaire*, préc., spéc. n° 408 et s., p. 338 et s.

1789 J. VEZIAN, *La responsabilité du banquier en droit privé français*, Litec 3e éd. 1983, spéc. n° 156 - F. GRUA, *Les contrats de base de la pratique bancaire*, Litec 2000, spéc. n° 57 p. 42

1790 C. GAVALDA et J. STOUFFLET, *Droit bancaire*, préc. spéc. n° 268 p. 145 - TH. BONNEAU, *Droit Bancaire*, préc., spéc. 409, p. 339

1791 Cass. com., 27 févr. 1996, n° 94-17020 : inédit : « *attendu que la cour d'appel, qui n'a pas dénié qu'il incombât au banquier de vérifier la signature apposée sur les chèques litigieux, n'avait pas à rechercher si le devoir de vigilance du Crédit lyonnais avait été pris en défaut, dès lors qu'il n'était pas soutenu que les chèques litigieux fussent revêtus*

la forme de l'acte mais son objet. Il s'agit pour le banquier d'empêcher la réalisation d'une opération licite en apparence mais illégale en réalité. La jurisprudence a ainsi admis la responsabilité d'une banque en raison d'« *une carence non moins fautive dans ses obligations relatives au fonctionnement du compte social, grâce à laquelle* [un client] *avait opéré ses détournements par des mouvements bancaires anormaux qui auraient dû éveiller les soupçons d'un banquier normalement vigilant* »[1792].

En outre, s'il a connaissance de la destination des fonds déposés ou prêtés, le banquier peut être tenu de vérifier son respect. Une banque a ainsi vu reconnaître sa responsabilité pour avoir payé une lettre de change alors que les sommes déposées sur le compte étaient conventionnellement destinées à constituer le capital social d'une société et acheter un fonds de commerce[1793]. Dans une autre affaire, une banque s'est vue refuser l'octroi de dommages et intérêts suite à l'annulation d'un prêt consenti en vue d'une opération illicite[1794].

Ce devoir de vigilance peut également constituer une véritable obligation de conseil à l'égard du client sur l'opportunité de son choix ou les risques qu'il encourt[1795]. Il ne s'agit pas juste de l'application d'une obligation d'information. En effet, le banquier a le devoir de s'intéresser à la situation personnelle de son client et de lui proposer le service le mieux adapté. La Cour de cassation a ainsi énoncé que « *la présentation d'une offre préalable conforme aux exigences de l'article 5 de la loi du 13 juillet 1979 ne dispense pas l'établissement de crédit de son devoir de conseil à l'égard de l'emprunteur, en particulier lorsqu'il apparaît à ce professionnel que les charges du prêt sont excessives par rapport à la modicité des ressources du consommateur* »[1796]. La jurisprudence a ensuite précisé cette

---

d'une signature apparemment différente de celles des personnes habilitées » - Cass. com., 30 oct. 1984, n° 83-12997 : *Bull. civ.* 1984, n° 285 ; *Banque* 1985, p. 644, note RIVES-LANGE

1792 Cass. com., 11 janv. 1983, n° 81-14155 : *Bull. civ.* 1983, n° 11 ; *D.* 1984, inf. rap. p. 79 ; obs. VASSEUR ; *RTD com.* 1983, p. 592, note CABRILLAC et TEYSSIE - Cass. 2e civ., 5 mai 1975, n° 73-12166 : *Bull. civ.* 1975, n° 130

1793 Cass. com., 19 mai 1998, n° 95-19098 : *Bull. civ.* 1998, n° 156 ; *Dr. sociétés* 1998, comm. n° 114, note TH. BONNEAU ; *JCP E* 1998, p. 1696, note TH. BONNEAU ; *Bull. Joly Sociétés* 1998, p. 952, note p. SERLOOTEN ; *Banque et droit* 1998, n° 62, p. 30, note STORCK ; *Rev. sociétés* 1998, 763, note J. STOUFFLET : « *Attendu, en second lieu, que retenant que l'autre somme versée par M. X... était conventionnellement indisponible pour toute autre affectation que celle prévue lors de son versement, la cour d'appel a pu retenir que la banque avait engagé sa responsabilité en la laissant utiliser à d'autres fins* »

1794 Cass. 1re civ., 1er oct. 1996, n° 94-18876 : *Bull. civ.* 1996, n° 335, p. 235 ; *D. affaires* 1996, p. 1255 ; *Contrat, conc. consom.* janv. 1997, n° 3, p. 10, note L. LEVENEUR ; *D.* 1997, somm. p. 171, note R. LIBCHABER ; *RTD com.* 1997, p. 298, note CABRILLAC : « *Mais attendu que, le prêt ayant pour objet le financement partiel du rachat de la clientèle de M. Y..., sa cause, qui n'était pas seulement la remise des fonds, mais cette remise en vue d'une opération illicite, était elle-même illicite ; Et attendu que, la nullité du prêt ayant pour effet de remettre les parties dans l'état antérieur, la cour d'appel, abstraction faite du motif critiqué par le pourvoi, a exactement jugé que la Banque était seulement fondée à obtenir le remboursement de la somme correspondant au principal* »

1795 C. GAVALDA et J. STOUFFLET, *Droit bancaire*, préc. spéc. n° 270 p. 146 - F. BOUCARD, « Le devoir de mise en garde du banquier à l'égard de l'emprunteur et sa caution: présentation didactique », *RD bancaire et fin.* 2007, étude 17 - E. BAZIN, « Retour sur le devoir de mise en garde du banquier », *Banque et droit* 2010, n° 130, p. 23

1796 Cass. 1re civ., 27 juin 1995, n° 92-19212 : *Bull. civ.* 1995, n° 287 ; *D.* 1995, jurispr. p. 621, note S. PIEDELIEVRE ; *RD bancaire et bourse* 1995, p. 185, note CREDOT et GERARD ; *Quot. jur.* 14 nov. 1995, p. 6 ; *RJDA* 1995, n° 1400 ;

obligation. L'obligation de conseil se traduit par une obligation de mise en garde afin de concilier devoir de conseil et devoir de non-ingérence[1797].Cette solution a été consacrée par un arrêt du 12 juillet 2005 rejetant le pourvoi formé contre la cour d'appel qui « *après avoir analysé les facultés contributives des époux emprunteurs en tenant compte des revenus produits par la location de la maison achetée au moyen du prêt litigieux, constatant que les emprunteurs ne pouvaient faire face aux échéances de ce prêt avec leurs revenus locatifs, non plus qu'avec leurs très modestes ressources, a retenu à juste titre que la banque avait méconnu ses obligations à l'égard de ces emprunteurs profanes en ne vérifiant pas leurs capacités financières et en leur accordant un prêt excessif au regard de leurs facultés contributives, manquant ainsi à leur devoir de mise en garde* »[1798]. La jurisprudence a ensuite précisé l'étendue de l'obligation de mise en garde au regard des compétences du client[1799]. Elle fait la distinction entre les clients « avertis » et « non avertis ». Dans le premier cas, le banquier n'est tenu d'une obligation de mise en garde que dans la mesure où il détient des informations dont le client ne dispose pas[1800]. Dans le cas d'un client « non averti », le banquier est systématiquement tenu de le mettre en garde contre les risques que l'opération lui fait courir et que ses compétences ne lui permettent pas d'apprécier correctement[1801]. La jurisprudence récente tend néanmoins à limiter le devoir de mise en garde au risque de

---

Defrénois 1995, 36210 note MAZEAUD ; *Contrats. conc. cons*. déc. 1995, p. 16, note RAYMOND – V. également Cass. 1re civ., 15 mai 2002, n° 99-19958 : inédit : qui évoque une « *obligation d'information et de conseil renforcée* » à l'égard de deux emprunteur en « *l'état de faiblesse intellectuelle patente* »

1797 TH. BONNEAU, *Droit Bancaire*, préc., spéc. n° 419, p. 349 - C. GAVALDA et J. STOUFFLET, *Droit bancaire*, préc. spéc. n° 272 p. 147 - MAZEAUD, note sous Cass. 1re civ., 27 juin 1995, n° 92-19212, préc. note 1796, spéc. p. 1418

1798 Cass. 1re civ., 12 juill. 2005, n° 03-10921 : *Bull. civ.* 2005, n° 327, *D.* 2005, act. jurispr. p. 2276, note X. DELPECH ; *D.* 2005, juripr. p. 3094, note B. PRANCE ; *D.* 2006, pan. p. 167, note D.-R. MARTIN et H. SYNVET ; *JCP E* 2005, 1359, note D. LEGEAIS ; *JCP G* 2005, II, 10140, note A. GOURIO ; *Banque mag.* 2005, n° 673, p. 94, note J.-L. GUILLOT et M. BOCCARA ; *RD bancaire et fin.* 2005, act. 203, note F. CREDOT et Y. GERARD ; *Banque et droit* 2005, n° 104, p. 80, note T. BONNEAU ; *Rev. Lamy dr. civ.* nov. 2005, p. 15, note S. PIEDELIEVRE ; *Dr. et patrimoine* déc. 2005, p. 99, note J.-M. MATTOUT et A. PRÜM ; *Dr. et patrimoine* févr. 2006, p. 123, note L. AYNES et p. DUPICHOT ; *RTD com.* 2005, p. 829, note D. LEGEAIS

1799 Cass. ch. mixte, 29 juin 2007, n° 05-21104 et 06-11673 : *Bull. civ.* 2007, ch. mixte, n°7 ; *JCP G* 2007, II, 10146, note A GOURIO ; *JCP E* 2007, 2015, note D. LEGEAIS et 2377, note CAUSSE ; *D.* 2007, act. jurisp., p. 1950, note V. AVENA-ROBARDET ; *D.* 2007, act. jurispr. p. 2081, note S. PIEDELIEVRE ; *D.* 2008, pan. p. 878, note D. MARTIN ; *Rev. Lamy dr. civ.*, sept. 2007, p. 27, note G. MARRAUD DES GROTTES ; *RD bancaire et fin.* juill.-août 2007, p. 18, note D.L. ; *Banque et droit* 2007, n° 115, p. 31, note T. BONNEAU ; *Rev. Lamy dr. aff.* oct. 2007, p. 32, note J. DEVEZE ; *RTD civ.* 2007, p. 779, note P. JOURDAIN ; *Banque mag.* 2007, n° 695, p. 77, note GUILLOT et FAYNER ; *Dr. et patrimoine* nov. 2007, p. 77, note J.-P. MATTOUT et A. PRÜM ; *RD bancaire et fin.* sept.-oct. 2007, p. 42, note F.-J. CREDOT et TH. SAMIN ; *RTD com.* 2007, p. 579, obs. D. LEGEAIS ; S. HOCQUET-BERG, « Les fournisseurs de crédit à nouveau mis en garde ! », *Resp. civ. et assur.* 2007, comm. 248 : « *en se déterminant ainsi, sans préciser si Mme Y... était non avertie et, dans l'affirmative, si, conformément au devoir de mise en garde auquel elle était tenue à son égard lors de la conclusion du contrat, la banque justifiait avoir satisfait à cette obligation à raison des capacités financières de Mme Y... et des risques de l'endettement né de l'octroi des prêts, la cour d'appel a privé sa décision de base légale* »

1800 D. LEGEAIS, « Responsabilité du banquier en matière de crédit », *RD bancaire et fin.* 2010, étude 4, spéc. n° 16

1801 C. GAVALDA et J. STOUFFLET, *Droit bancaire*, préc. spéc. n° 272 p. 148 - Th. FAVARIO, « Les contours jurisprudentiels du devoir de mise en garde du banquier à l'égard de l'emprunteur non averti ». *RD bancaire et fin.* 2010, études 12 - J. DJOUDI et F. BOUCARD, « La protection de l'emprunteur profane », *D.* 2008, p. 500

surendettement[1802]. Ce devoir de conseil porte également sur les éventuelles assurances que le banquier peut proposer à son client. Dans un arrêt d'Assemblée plénière, du 2 mars 2007, la Cour de cassation a énoncé que « *le banquier, qui propose à son client auquel il consent un prêt, d'adhérer au contrat d'assurance de groupe qu'il a souscrit à l'effet de garantir, en cas de survenance de divers risques, l'exécution de tout ou partie de ses engagements, est tenu de l'éclairer sur l'adéquation des risques couverts à sa situation personnelle d'emprunteur, la remise de la notice ne suffisant pas à satisfaire à cette obligation* »[1803].

Quoi qu'il en soit, l'obligation de vigilance pesant sur le banquier ne doit jamais le conduire à s'immiscer dans la gestion de son client. Madame Fabre-Magnan définit ainsi l'obligation de mise en garde comme « *un conseil négatif : un conseil de ne pas faire, accompagné de l'explication des dangers ou simplement des inconvénients encourus si ce conseil n'est pas suivi* »[1804]. Le banquier n'est pas un dirigeant social, il n'a donc pas à participer à la définition du risque social. Il est nécessaire de distinguer ingérence et surveillance : rien n'interdit au banquier de procéder à un certain contrôle des actes de son client, éventuellement, la loi peut imposer ce contrôle. Il n'y a immixtion que lorsque la banque prend une part active à l'activité de son client. Or, dans le cadre de l'obligation de vigilance, la banque n'est tenue que de dissuader son client[1805]. Elle ne peut pas lui imposer la réalisation d'une opération au motif que celle-ci lui apparaitrait opportune.

L'octroi d'un crédit peut néanmoins entraîner la responsabilité de la banque envers les tiers du fait de son incidence sur la situation financière de son client. Pour autant, sa responsabilité

1802 Cass. com, 7 juill. 2009, n° 08-13536 : *Bull. civ.* 2009, n° 92 ; *D.* 2009, p. 2318, note J. LASSERRE-CAPDEVILLE ; *JCP E* 2009, 1948, note D. LEGEAIS : « *attendu qu'après avoir constaté que les mensualités du prêt s'élevaient à 1 510,41 euros, l'arrêt, qui relève que M. et Mme X... étaient propriétaires d'un bien immobilier, retient que l'octroi du crédit était adapté aux revenus de M. X..., portés au 1er septembre 2001 à 3 811 euros, conjugués avec les revenus de Mme X... s'élevant à 1 226 euros mensuels, que le licenciement économique de M. X..., survenu en octobre 2002, et le divorce de M. et Mme X... sont à l'origine de leurs difficultés financières ; qu'en l'état de ces seules constatations et appréciations faisant apparaître qu'à la date de la conclusion du contrat, le crédit était adapté au regard des capacités financières des emprunteurs et du risque de l'endettement né de l'octroi de ce prêt, ce dont il résulte que la banque, en l'absence d'un tel risque, n'était pas tenue à l'égard de ceux-ci d'un devoir de mise en garde, la cour d'appel, qui n'avait pas à effectuer des recherches inopérantes, a légalement justifié sa décision* »

1803 Cass. ass. plén., 2 mars 2007, n° 06-15267 : *Bull. ass. plén.* 2007, n° 4 ; *JCP G* 2007, II, 10098, note GOURIO ; *Banque et droit* 2007, n° 114, p. 20, obs. TH. BONNEAU ; *JCP E* 2007, 1375, note D. LEGEAIS ; *RTD com.* 2007, p. 433, note D. LEGEAIS ; *D.* 2007, p. 985, note S. PIEDELIEVRE ; *RD bancaire et fin.* mai-juin 2007, p. 11, note CREDOT et FAYNER - G. COURTIEU, « Assurance des emprunteurs : la Cour suprême met les banques en demeure », *Resp. civ. et assur.* 2007, étude 8 - J.-M. MOULIN, « Les obligations d'information et de conseil du banquier souscripteur d'une assurance groupe (à propos de Cass. civ. 1re, 12 janvier 1999 et 23 novembre 1999) », *RD bancaire et fin.* janv.-févr. 2000, p. 50 - I. RIVIERE, « L'obligation d'information et de conseil du banquier souscripteur en assurance de groupe », *LPA* 22 juin 2001, p. 4 - D. LEGEAIS, « Les obligations et la responsabilité d'un banquier souscripteur d'une assurance de groupe », *RD bancaire et fin* sept.-oct. 2001, p. 316 - S. GOSSOU, *La distribution de l'assurance par les banques*, thèse Poitiers 2005, spéc. n° 364 - F. SAUVAGE, « Le devoir d'information et de conseil du banquier intermédiaire en assurance emprunteurs (à propos de Cass. ass. plén., 2 mars 2007) », *RD bancaire et fin.* mai-juin 2007, p. 57 - N. DUPONT, « Retour sur le devoir de conseil du banquier en matière d'assurance de groupe », *JCP G* 2009, 511

1804 M. FABRE-MAGNAN, *De l'obligation d'information dans les contrats. Essai d'une théorie*, préc., spéc. n° 477 p. 390

1805 MAZEAUD, note sous Cass. 1re civ., 27 juin 1995, n° 92-19212, préc. note 1796, spéc. p. 1418

du fait de l'usage des fonds est plus discutable[1806]. En effet, le contrat de prêt est en principe indépendant de l'activité faisant l'objet du financement et le banquier n'a pas à s'immiscer dans la gestion de son client[1807].

c : La qualification de contrôleur du banquier

251. L'intérêt social objectif, fondement du contrôle-surveillance par le banquier. Le banquier doit être qualifié de contrôleur de la société. Il est tenu d'apprécier le risque social pris par le dirigeant au regard de l'intérêt social objectif. En effet, soit son contrôle s'excerce dans l'intérêt général, par exemple dans le cadre de la lutte contre le blanchiment, et dans ce cas, l'intérêt social est nécessairement inclus dans la norme de référence de la surveillance bancaire. Soit le banquier se doit d'agir dans l'intérêt de son client, en étant vigilant et en lui apportant informations et conseil, et dans ce cas, le client étant la société, c'est nécessairement au regard de l'intérêt social que le banquier doit apprécier les informations qu'il détient.

Le contrôle-surveillance du banquier est également finalisé car il met à sa charge un certain nombre d'obligations, tant à l'égard de son client que des parties prenantes. Il doit informer et conseiller au mieux la société mais doit aussi déclarer les opérations suspectes aux autorités.

B : LE POUVOIR DE CONTROLE DES SALARIES DE LA SOCIETE

252. La situation particulière des salariés. Les salariés de la société se trouvent dans une position privilégiée par rapport aux autres cocontractants de la société. En effet, l'alinéa 8 du Préambule de la Constitution de 1946 énonce que « *tout travailleur participe, par l'intermédiaire de ses délégués, à la détermination collective des conditions de travail ainsi qu'à la gestion des entreprises* ». Le Conseil constitutionnel a consacré ce principe comme étant « *particulièrement nécessaire à notre temps* »[1808], lui conférant valeur constitutionnelle[1809]. Ils disposent de structure de représentation dans l'entreprise mais ne perdent pas pour autant leur droit d'expression individuel reconnu par la loi[1810]. Ainsi, les

---

1806 TH. BONNEAU et F.-G. TREBULLE, « Banquier et crédits « polluants » », *in Droit bancaire et financier : Mélanges AEDBF-France* IV, La Revue Banque, 2004, p. 47, n° 13

1807 Cass. com. 11 mai 1999, n° 96-16088 : préc. note 1786 : *« le banquier n'a pas à s'immiscer dans la gestion des affaires de son client* » - Cass. com., 19 nov. 2002, n° 99-20828 : *Bull. civ*. 2002, n° 167 ; *Banque et droit*, 2003, n° 88 p. 61, note TH. BONNEAU ; *RTD com*. 2003, p. 150, note D. LEGEAIS : « *un établissement de crédit, qui n'a pas, en sa qualité de prêteur ou de garant, à s'immiscer dans les affaires de son client, ne commet pas de faute du seul fait de l'octroi d'un concours à une entreprise concurrente* »

1808 D. G. LAVROFF, *Le droit constitutionnel de la Ve République*, Dalloz 3e éd. 1999, spéc. p. 202

1809 Cons. const., déc. 05 juillet 1977, n° 77-79 DC : *Rec. Cons. const.* 1977 p. 35

1810 article L. 2281-1 du Code du travail : « *Les salariés bénéficient d'un droit à l'expression directe et collective sur le contenu, les conditions d'exercice et l'organisation de leur travail* »

opinions que les salariés, quelle que soit leur place dans la hiérarchie professionnelle, émettent dans l'exercice du droit d'expression ne peuvent motiver une sanction ou un licenciement[1811]. Il ne doit pas néanmoins outrepasser certaines limites et nuire à l'autorité du supérieur hiérarchique[1812].

La loi a mis en place un grand nombre de mécanismes permettant aux salariés de s'informer de la situation économique et sociale de l'entreprise. S'il est indéniable que le droit social consacre un droit à l'information. Ce droit ne saurait pourtant faire naitre un contrôle-surveillance par les salariés sur la société (3). Nous le constaterons en étudiant successivement le rôle des institutions représentatives du personnel (1) et la participation des salariés à la gestion de l'entreprise (2).

1 : Les droits des représentants du personnel

Les trois institutions légales représentatives des salariés qui feront successivement l'objet de cette étude sont les délégués du personnel (a), le comité d'entreprise (b) et le comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail (c).

a : Les délégués du personnel

Afin de qualifier les droits des délégués du personnel, nous nous intéresserons d'abord à leurs missions (α) puis aux moyens dont ils disposent pour l'exercer (β).

α : Missions

253. Pouvoirs propres. En vertu de l'article L. 2313-1 du Code du travail, les délégués du personnel ont deux missions. Ils sont d'abord chargés « *de présenter aux employeurs toutes les réclamations individuelles ou collectives relatives aux salaires, à l'application du Code du travail et des autres dispositions légales concernant la protection sociale, la santé et la sécurité, ainsi que des conventions et accords applicables dans l'entreprise* »[1813]. Ces revendications doivent être relatives à la mise en œuvre des dispositions applicables dans l'entreprise et non leur réformation[1814]. Leur mission « *ne peut concerner que les problèmes intéressants directement les salariés qui les ont élus* », ce qui exclut par exemple qu'ils

---

1811 article L. 2281-3 du Code du travail

1812 R. VATINET, « L'expression des salariés », *in Les Transformations du droit du travail, Études offertes à Gérard Lyon-Caen*, Dalloz 1989, p. 395, spéc. n° 10 p. 404

1813 article L. 2313-1 1° du Code du travail – P. Menetrier, « La mission des délégués du personnel », *RPDS* 2011, p. 387

1814 J. SAVATIER, note sous Cass. civ., 18 avril 1963, *Dr. social* 1963, p. 421, spéc. p. 422 : « *tout ce qui touche à l'élaboration de nouvelles normes juridiques, et non à la simple application des normes existantes, apparaît donc comme étant de la compétence exclusive des organisations syndicales* »

puissent « *s'informer sur l'environnement économique et social de son entreprise pendant les heures de délégation* »[1815]. Ils ne doivent pas venir se substituer aux représentants syndicaux au risque d'excéder le cadre de leur mission[1816]. Néanmoins, dans les entreprises de moins de cinquante salariés, l'article L. 2143-6 du Code du travail permet de confier au délégué du personnel la mission du délégué syndical.

L'ensemble de ces réclamations est présenté lors de réunions avec l'employeur devant se tenir au minimum mensuellement[1817]. La jurisprudence a eu l'occasion de préciser que « *la réception des délégués du personnel est impérative, que son inobservation, hormis le cas de force majeure, ne saurait être justifiée que par le refus ou la défection des délégués* »[1818]. Les délégués doivent présenter par écrit leur demande, deux jours avant la réunion, sauf circonstances exceptionnelles[1819]. L'employeur est tenu de répondre lui-même par écrit dans les six jours qui suivent la réunion. L'échange doit être consigné dans un registre mis à la disposition des salariés. La réponse de l'employeur doit être motivée mais rien ne l'oblige à faire droit aux réclamations de ses salariés. La seule façon pour ces derniers de se faire entendre est de harceler les dirigeants en inscrivant systématiquement la question à l'ordre du jour de la réunion mensuelle jusqu'à réponse favorable de l'employeur[1820].

L'article L. 2313-1 du Code du travail confère également aux délégués du personnel la mission de « *saisir l'inspection du travail de toutes les plaintes et observations relatives à l'application des dispositions légales dont elle est chargée d'assurer le contrôle* ». Si un inspecteur du travail décide de se rendre sur place suite à cette saisine, il doit se faire accompagner par le délégué du personnel si ce dernier le souhaite[1821]. Cette obligation ne s'applique pas lorsque la visite de l'inspecteur relève de sa seule initiative[1822]. Le délégué peut en outre communiquer au comité d'entreprise ou au comité d'hygiène, de sécurité et des

---

1815 Cass. soc., 24 mars 1993, n° 88-42887 : *Bull. civ.* 1993, V n° 98 ; J. SAVATIER, « Les attributions des délégués du personnel », *Dr. social* 1993, p. 746

1816 Cass. soc., 6 oct. 1977, n° 76-40738 : *Bull. civ.* 1977, n° 518 : « *en participant à une réunion syndicale ayant pour objet de préparer l'ordre du jour d'une réunion syndicat-direction, les délégués du personnel en cause ont rempli une mission syndicale excédant le cadre de leurs fonctions dans l'entreprise* » - Cass. soc., 8 juin 1979, n°78-40288 : *Bull. civ.* 1979, n° 511 - Cass. soc., 8 mars 1984 : *Bull. civ.* 1984, n° 92 – J. SAVATIER, « Les attributions des délégués du personnel », préc., spéc. p. 747 et s.

1817 article L. 2315-8 du Code du travail

1818 Cass. crim., 30 juin 1987, n° 86-92558 : inédit

1819 article L. 2315-12 du Code du travail

1820 J.-P. BONAFE-SCHMITT, « L'action du délégué du personnel en matière de réclamations individuelles », *Dr. social* 1981, p. 637, spéc. p. 646

1821 article L. 2313-11 du Code du travail

1822 *JOAN* CR 29 mai 1982, p. 2763

conditions de travail, les suggestions et observations du personnel sur toutes les questions entrant dans leurs compétences[1823].

254. Rôle consultatif. Les délégués du personnel ont un rôle consultatif pour certaines questions particulières. L'employeur est notamment tenu de recueillir leur avis sur la proposition de reclassement faite à un salarié inapte suite à un accident de travail ou à une maladie professionnelle, sur la date et le fractionnement des congés annuels, ou encore sur l'arrêt de travail pour intempéries dans les entreprises de bâtiment et travaux publics[1824].

255. Le droit d'alerte. Enfin, l'article L. 2313-2 du Code du travail organise un droit d'alerte des délégués du personnel, faisant de lui un défenseur des droits individuels des salariés[1825]. Cet article dispose que « *si un délégué du personnel constate, notamment par l'intermédiaire d'un salarié, qu'il existe une atteinte aux droits des personnes, à leur santé physique et mentale ou aux libertés individuelles dans l'entreprise qui ne serait pas justifiée par la nature de la tâche à accomplir, ni proportionnée au but recherché, il en saisit immédiatement l'employeur. Cette atteinte peut notamment résulter de toute mesure discriminatoire en matière d'embauche, de rémunération, de formation, de reclassement, d'affectation, de classification, de qualification, de promotion professionnelle, de mutation, de renouvellement de contrat, de sanction ou de licenciement* ». Si l'employeur ne réagit pas, les délégués du personnel pourront saisir le conseil de prud'hommes. Le juge pourra alors ordonner toutes mesures propres à faire cesser cette atteinte et assortir sa décision d'une astreinte[1826]. Un arrêt du 10 décembre 1997 illustre l'étendue des pouvoirs ainsi conférés aux délégués du personnel. Un employeur avait rapporté la preuve du comportant fautif de ses salariés grâce à une vidéo prise à leur insu. La déléguée du personnel avait alors saisi le conseil des prud'hommes pour demander la nullité des licenciements. La Cour d'appel avait considéré cette demande irrecevable au motif que « *les dispositions de l'article L. 422-1-1 du Code du travail ne donnent pas au délégué du personnel le droit d'agir au titre de la relation individuelle de travail mais le seul droit d'engager une procédure d'alerte pour assurer dans l'entreprise la protection des droits des personnes et des libertés individuelles et collectives* ». La Cour de cassation casse cette décision car « *si le délégué du personnel ne tient pas des dispositions de l'article L. 422-1-1 du Code du travail le pouvoir d'agir en nullité des licenciements prononcés par l'employeur à la suite d'une atteinte aux droits des personnes ou*

1823 article L. 2323-9 du Code du travail

1824 J. PELISSIER, G. AUZERO et E. DOCKES, *Droit du travail*, préc., spéc. n° 1006, p. 1131

1825 A. MAZEAUD, *Droit du travail*, Montchrestien 7e éd. 2010, spéc. n° 233 p. 123

1826 article L. 2313-2 du Code du travail

aux libertés individuelles, ce texte lui confère le pouvoir d'agir à l'effet de réclamer le retrait d'éléments de preuve obtenus par l'employeur par des moyens frauduleux qui constituent une atteinte aux droits des personnes et aux libertés individuelles »[1827].

256. Pouvoirs normalement attribués à d'autres institutions représentatives. Dans les petites entreprises, les délégués exercent souvent les fonctions attribuées normalement à d'autres institutions représentatives. Il s'agit de pallier la difficulté de mise en œuvre de la pluralité de représentation. Ainsi, lorsqu'une entreprise comprend moins de cinquante salariés, les délégués du personnel exercent un certain nombre de missions normalement dévolues au comité d'entreprise. Ils doivent être consultés en cas de licenciement économique, en matière de redressement ou de liquidation judiciaire, de durée de travail, de congés, de conditions générales d'emploi et de formation, de recours à des contrats précaires, d'hygiène et sécurité, de formation professionnelle et de réglementation du travail[1828]. Enfin, les délégués du personnel suppléent également à l'absence de comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail[1829] en exerçant toutes ses missions[1830].

Lorsque dans une entreprise de plus de cinquante salariés un comité d'entreprise n'a pu être élu, les délégués du personnel exercent collectivement toutes ses attributions économiques[1831], y compris son droit d'alerte[1832]. De même, ils suppléent à l'éventuelle carence du CHSCT[1833].

257. Une mission d'intermédiaire en déclin. Dès l'origine, l'institution des délégués du personnel n'avait pas pour objet de permettre la participation de ce dernier à la gestion de l'entreprise[1834]. Il s'agissait plus d'un instrument au service de la paix sociale. Les représentants des salariés devaient faire le lien entre l'employeur et les employés et désamorcer les éventuelles crises en favorisant le dialogue[1835]. Aujourd'hui, cette institution est en crise dans les petites entreprises où les délégués du personnel sont bien souvent absents[1836]. Cela s'explique en partie par l'évolution des méthodes de management qui

---

1827 Cass. soc., 10 déc. 1997, n° 95-42661 : *Bull. civ.* 1997, n° 434 ; B. BOSSU, « L'action du délégué du personnel pour la défense des droits fondamentaux des salariés », *Dr. social* 1998, p. 127

1828 B. TEYSSIE, *Droit du travail, Relations collectives*, Litec 7e éd. 2011, spéc. n° 296 p. 179

1829 article L. 4611-3 du Code du travail

1830 V. *infra* n° 281 et s.

1831 article L. 2313-13 du Code du travail – V. *infra* n° 260 et s.

1832 article L. 2313-14 du Code du travail

1833 article L 2313-16 du Code du travail

1834 J. LE GOFF, *Du silence à la parole, Une histoire du droit du travail des années 1830 à nos jours*, PU Rennes 2004, spéc. p. 360

1835 P. ANDRE, *Les délégués du personnel*, thèse Paris 1938, spéc. p. 3 – H. DUBREUIL, *Employeurs et salariés en France*, Alcan 1934, spéc. p. 418

1836 M. COFFINEAU, *Les lois Auroux, dix ans après*, La documentation française 1993, spéc. p. 61 et s.

privilégient les rapports directs entre l'employeur et son salarié et rendent inutile toute intermédiation[1837]. Il arrive souvent qu'une fois mis en place, les délégués n'exercent plus aucun rôle effectif dans l'entreprise au bout de quelques années[1838].

β : Moyens

258. Moyens matériels. Pour l'accomplissement de leur mission, les délégués du personnel disposent d'un certain nombre d'avantages matériels[1839]. Ils ont la libre disposition d'un local, de panneaux d'affichage à destination des salariés, d'heures de délégation et un droit de circuler librement dans l'entreprise. Ils peuvent également se faire assister, lors des réunions avec l'employeur, par un représentant syndical[1840].

259. Droit à l'information. Les délégués disposent, en outre, du droit d'obtenir un certain nombre de documents expressément visés par la loi. Il n'existe pas en effet de droit général à l'information à leur profit. L'employeur doit donc mettre à leur disposition la convention collective ou l'accord collectif de travail applicables à l'entreprise[1841], la liste des modifications qui ont pu y être apportées[1842] et les informer de sa démission d'une organisation signataire de cette convention ou de cet accord[1843]. Les délégués du personnel doivent également avoir accès aux contrats de mise à disposition conclus avec les entreprises de travail temporaire ainsi qu'aux contrats d'accompagnement dans l'emploi et aux contrats initiative emploi[1844]. Ils peuvent prendre connaissance du registre unique du personnel[1845], du document unique d'évaluation des risques professionnels[1846], des attestations, consignes, résultats et rapports relatifs aux vérifications et contrôles mis à la charge de l'employeur au titre de la santé et de la sécurité au travail ainsi que des observations et mises en demeure notifiées par l'inspection du travail en matière de santé et de sécurité, de médecine du travail et de prévention des risques[1847]. En cas de fusion transfrontalière, les délégués du personnel doivent se voir remettre le rapport établi par l'organe de gestion, d'administration ou de

---

1837 J. LE GOFF, *Du silence à la parole, Une histoire du droit du travail des années 1830 à nos jours*, préc., spéc. p. 534

1838 J.-P. LE CROM, « La loi du 28 octobre 1982 sur le développement des institutions représentatives du personnel. Les travailleurs, acteurs du changement dans l'entreprise ? », *in Les loi Auroux, 25 ans après*, PU Rennes 2008, p. 103, spéc. p. 111

1839 J. PELISSIER, G. AUZERO et E. DOCKES, *Droit du travail*, préc., spéc. n° 1008, p. 1132

1840 article L. 2315-10 du Code du travail

1841 article R. 2262-2 du Code du travail

1842 article L. 2262-6 du Code du travail

1843 article L. 2262-7 du Code du travail

1844 article L. 2313-5 du Code du travail

1845 article L. 1221-15 du Code du travail

1846 article R. 4121-4 du Code du travail

1847 article L. 4711-4 du Code du travail

direction de chacune des sociétés participant à l'opération[1848]. Enfin, le comité 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[1849].

b : Le comité d'entreprise

Le pouvoir du comité d'entreprise s'exerce au travers de ses attributions économiques[1850] (α) et de son pouvoir d'intervention dans les organes de la société (β). Il peut éventuellement se faire assister par des experts pour le bon exercice de son droit (χ). Enfin, il dispose d'attributions particulières dans le cadre du droit des entreprises en difficulté (δ).

α : Attributions économiques

260. Information initiale. Les attributions économiques du comité d'entreprise lui confèrent un véritable droit à l'information[1851]. Ce droit se double parfois d'une obligation de consultation. Un mois après l'élection du comité d'entreprise, l'employeur est tenu de lui communiquer une documentation économique et financière précisant : la forme juridique de l'entreprise et son organisation, les perspectives économiques de l'entreprise telles qu'elles peuvent être envisagées, le cas échéant, la position de l'entreprise au sein du groupe et, si l'entreprise est une société par actions, la répartition du capital entre les actionnaires détenant plus de 10 % du capital et la position de l'entreprise dans la branche d'activité à laquelle elle appartient[1852]. Dès leur entrée en fonction, les membres du comité d'entreprise doivent donc être mis en mesure d'accomplir au mieux leur mission. A cette fin, ils doivent avoir accès à l'organigramme de l'entreprise notamment pour connaître la répartition des responsabilités[1853]. L'article R. 2262-2 du Code du travail impose également à l'employeur lié par une convention ou un accord collectifs de travail de fournir un exemplaire de ce texte au comité d'entreprise.

261. Information périodique. Dans toutes les entreprises, quel que soit leur effectif, l'employeur est tenu de transmettre annuellement un rapport sur la réserve de participation[1854], la déclaration annuelle relative aux emplois occupés par les bénéficiaires de

---

1848 article L. 226-37 du Code de commerce

1849 article L. 2323-8 du Code du travail

1850 R. VATINET, *Les attributions économiques du comité d'entreprise*, Sirey 1984

1851 S. Limou, N. Marignier et T. Ruckebusch, « L'information économique et financière des salariés », Liaisons soc. 2012, Bref 16028

1852 article L. 2323-7 du Code du travail

1853 *Rapp. AN* n°832, 1981-1982, « Rapport de la commission des affaires sociales de l'Assemblée nationale », p. 95

1854 article D. 3323-13 du Code du travail

l'obligation d'emploi des travailleurs handicapés, mutilés de guerre et assimilés[1855], le rapport annuel écrit faisant le bilan de la situation générale de la santé, de la sécurité et des conditions de travail et le programme annuel de prévention des risques professionnels et d'amélioration des conditions de travail[1856]. Le comité peut en outre, à sa demande, obtenir le rapport annuel de l'assureur en cas d'assurance prévoyance collective souscrite par l'employeur[1857] et le rapport annuel du médecin du travail[1858].

Chaque trimestre, l'employeur doit communiquer au comité d'entreprise des informations sur l'évolution générale des commandes et de la situation financière, sur l'exécution des programmes de production et sur les retards éventuels dans le paiement, par l'entreprise, des cotisations de sécurité sociale, des cotisations dues aux institutions de retraite complémentaire ou des cotisations ou primes dues aux organismes assureurs renforçant les garanties offertes aux personnes assurées contre certains risques au titre des garanties collectives complémentaires[1859].

Dans les entreprises de plus de trois cents salariés, les articles L. 2323-51 et suivant du Code du travail énoncent une longue liste d'informations que l'employeur est tenu de transmettre trimestriellement au comité d'entreprise. Il en est ainsi des mesures envisagées en matière d'amélioration, de renouvellement ou de transformation de l'équipement ou des méthodes de production et d'exploitation et de leurs incidences sur les conditions de travail et d'emploi, de la situation de l'emploi, des éléments qui l'ont conduit à faire appel, au titre de la période écoulée, et qui pourraient le conduire à faire appel pour la période à venir, à des contrats de travail à durée déterminée, à des contrats de mission conclus avec une entreprise de travail temporaire ou à des contrats conclus avec une entreprise de portage salarial et de tous les contrats passés avec les entreprises de travail temporaire, pour la mise à disposition des salariés titulaires d'un contrat de mission, et avec les établissements de travail protégé, lorsque les contrats conclus avec ces établissements prévoient la formation et l'embauche par l'entreprise de travailleurs handicapés. L'employeur doit également informer le comité de la conclusion des conventions ouvrant droit à des contrats initiative-emploi, à des contrats d'accompagnement dans l'emploi, à des contrats insertion-revenu minimum d'activité et à des contrats d'avenir. Le comité d'entreprise doit recevoir chaque trimestre un bilan de l'ensemble des embauches et des créations nettes d'emplois effectuées dans ce cadre.

1855 articles L. 5212-5 et R. 5212-4 du Code du travail
1856 article L. 4612-17 du Code du travail
1857 article L. 2323-49 du Code du travail
1858 article D. 4624-45 du Code du travail
1859 articles L. 2323-46 et L. 2323-50 du Code du travail

Ces informations fournies au comité d'entreprise lui permettent d'exercer un contrôle sur l'application des règles du droit du travail. Le comité pourra saisir l'inspecteur du travail lorsqu'il aura connaissance « *de faits susceptibles de caractériser un recours abusif aux contrats de travail à durée déterminée et au travail temporaire, ou lorsqu'il constate un accroissement important du nombre de salariés titulaires de contrats de travail à durée déterminée et de contrats de mission* »[1860].

Enfin, une fois par an, l'employeur doit dresser un rapport sur la situation économique de l'entreprise qui sera transmis au comité d'entreprise. Le contenu de ce rapport varie selon la taille de l'entreprise. Dans les entreprises de moins de trois cents salariés, il porte sur l'activité et la situation financière de l'entreprise, le bilan du travail à temps partiel dans l'entreprise, l'évolution de l'emploi, des qualifications, de la formation et des salaires, la situation comparée des conditions générales d'emploi et de formation des femmes et des hommes et les actions en faveur de l'emploi des travailleurs handicapés dans l'entreprise. A cette occasion, l'employeur informe le comité d'entreprise des éléments qui l'ont conduit à faire appel, au titre de l'année écoulée, et qui pourraient le conduire à faire appel pour l'année à venir, à des contrats de travail à durée déterminée, à des contrats de mission conclus avec une entreprise de travail temporaire ou à des contrats conclus avec une entreprise de portage salarial[1861]. L'article R. 2323-9 du Code du travail détaille plus précisément chacune de ces informations.

Dans les entreprises de plus de trois cents salariés, l'employeur doit remettre annuellement au comité d'entreprise « *un rapport d'ensemble sur la situation économique et les perspectives de l'entreprise pour l'année à venir* »[1862]. L'article R. 2323-1 du Code du travail précise le contenu de ce rapport. Il doit mentionner l'activité de l'entreprise, son chiffre d'affaires, les bénéfices ou pertes constatés, les résultats globaux de la production en valeur et en volume, les transferts de capitaux importants entre la société mère et les filiales, la situation de la sous-traitance, l'affectation des bénéfices réalisés, les aides ou avantages financiers consentis à l'entreprise par l'Union européenne, l'Etat, une collectivité territoriale, un de leurs établissements publics ou un organisme privé chargé d'une mission de service public, et leur utilisation, les investissements réalisés, l'évolution de la structure et du montant des salaires, ainsi que l'évolution de la productivité et le taux d'utilisation des capacités de production, lorsque ces éléments sont mesurables dans l'entreprise.

1860 article L 2323-17 du Code du travail
1861 article L. 2323-47 du Code du travail
1862 article L.2323-55 al. 1er du Code du travail

L'employeur doit également soumettre au comité d'entreprise un état faisant ressortir l'évolution de la rémunération moyenne horaire et mensuelle par sexe, par catégories telles qu'elles sont prévues à la convention de travail applicable et par établissement, ainsi que les rémunérations minimales et maximales horaires et mensuelles, au cours de l'exercice et par rapport à l'exercice précédent[1863]. Il doit l'informer de l'évolution de l'emploi et des qualifications dans l'entreprise au cours de l'année passée, des prévisions annuelles ou pluriannuelles et des actions, notamment de prévention et de formation, qu'il envisage de mettre en œuvre compte tenu de ces prévisions, particulièrement au bénéfice des salariés âgés ou présentant des caractéristiques sociales ou de qualification les exposant, plus que d'autres, aux conséquences de l'évolution économique ou technologique. L'employeur apporte également toutes explications sur les écarts éventuellement constatés entre les prévisions et l'évolution effective de l'emploi, ainsi que sur les conditions d'exécution des actions prévues au titre de l'année écoulée[1864]. Il doit enfin transmettre un rapport écrit sur la situation comparée des conditions générales d'emploi et de formation des femmes et des hommes dans l'entreprise[1865].

262. Informations comptables. Dans les sociétés commerciales, l'article L. 2323-8 du Code du travail oblige l'employeur à transmettre au comité d'entreprise l'ensemble des documents transmis annuellement à l'assemblée générale ainsi que le rapport des commissaires aux comptes. Les membres du comité d'entreprise ont droit aux mêmes communications et copies que les actionnaires, aux mêmes époques, dans les conditions prévues par les articles L. 225-100 et suivant du Code de commerce. Le comité d'entreprise doit donc recevoir l'inventaire, le compte de résultat et le bilan ainsi que l'ensemble des documents transmis aux actionnaires[1866].

263. Le bilan social. Dans les entreprises de plus de 300 salariés, l'employeur est tenu annuellement de fournir au comité d'entreprise un bilan social[1867]. Celui-ci récapitule en un document unique les principales données chiffrées permettant d'apprécier la situation de l'entreprise dans le domaine social, d'enregistrer les réalisations effectuées et de mesurer les changements intervenus au cours de l'année écoulée et des deux années précédentes. Il comporte des informations sur l'emploi, les rémunérations et charges accessoires, les conditions de santé et de sécurité, les autres conditions de travail, la formation, les relations

---

1863 article L.2323-55 al. 2 du Code du travail
1864 article L. 2323-56 du Code du travail
1865 article L. 2323-57 du Code du travail
1866 V. *supra* n° 31 et s.
1867 article L. 2323-68 du Code du travail

professionnelles ainsi que sur les conditions de vie des salariés et de leurs familles dans la mesure où ces conditions dépendent de l'entreprise[1868]. Ce bilan social est transmis aux délégués syndicaux, à l'inspection du travail et aux actionnaires.

264. Une obligation de consultation générale. L'article L. 2323-6 du Code du travail dispose que « *Le comité d'entreprise est informé et consulté 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* ». Cette obligation de consultation est générale. Dans un arrêt du 2 mars 1978, la Cour de cassation a, par exemple, censuré une cour d'appel ayant relaxé l'employeur du chef du délit d'entrave au fonctionnement du comité d'entreprise, pour avoir omis d'informer et de consulter le comité d'entreprise, au motif notamment qu'« *une consultation du comité d'entreprise ne saurait être obligatoire que préalablement à des mesures envisagées de façon certaine et précise ayant des incidences sur la situation des salariés* »[1869]. Le comité doit donc être consulté dès lors que la mesure peut avoir une incidence, même indirecte, à l'encontre des salariés. La jurisprudence a néanmoins précisé que « *la consultation préalable du comité d'entreprise ne s'impose à l'employeur que lorsque les mesures envisagées sont importantes et ne revêtent pas un caractère ponctuel ou individuel* »[1870].

265. L'objet de la consultation. Le comité d'entreprise doit être consulté pour toute décision portant sur l'organisation de l'entreprise[1871]. L'organisation interne de l'entreprise concerne la répartition des fonctions et des tâches entre les différents services, les méthodes d'organisation du travail, la transformation des postes de travail suite à une innovation technologique[1872]. Le comité d'entreprise doit également être consulté sur les modifications de l'organisation externe de l'entreprise. Il doit être informé et consulté sur les modifications de l'organisation économique ou juridique de l'entreprise, notamment en cas de fusion, de cession, de restructuration ainsi que lors de l'acquisition ou de la cession de filiales, ainsi qu'en cas de concentration ou de délocalisation[1873]. L'employeur doit encore consulter le

---

1868 article L. 2323-70 du Code du travail – Le détail du bilan social figure dans un tableau à l'article R. 2323-17 du Code du travail

1869 Cass. crim., 2 mars 1978, n° 76-92008 : *Bull. crim*., 1978, n° 83 ; *Dr. social* 1978, p. 369, note J. SAVATIER ; *JCP G* 1979, II, 19052, note PH. SALVAGE

1870 Cass. crim., 15 avr. 1982, n° 81-92936 : *Bull. crim*. 1982, n° 90

1871 article L. 2323-6 du Code du travail

1872 article L. 2323-13 du Code du travail

1873 articles L. 2323-19 et L. 2323-20 du Code du travail – F. FAVENNEC-HERY, « La consultation des représentants du personnel sur le transfert de l'entreprise », *Dr. social* 2005, p. 729 – M. COHEN, « Les délocalisations et les comités

comité d'entreprise lorsqu'il prend une participation dans une société ou lorsque sa propre entreprise fait l'objet d'une prise de participation[1874]. Il en va de même lorsque l'entreprise lance une offre publique d'achat ou au contraire en fait l'objet[1875].

La constitution de liens contractuels étroits entre également dans le champ de l'application de l'article L. 2323-6 du Code du travail. Il en est ainsi, en cas de constitution d'un GIE[1876], ou en cas de contrat d'approvisionnement exclusif ou de sous-traitance[1877]. Il en va de même de la modification des statuts, des prises de participation, de l'entrée en bourse de la société, ou d'apport partiel d'actif[1878].

Le comité d'entreprise doit également être consulté sur les décisions intéressant la gestion de l'entreprise[1879]. On peut citer, par exemple, l'acquisition de filiale, l'abandon de créance, les opérations patrimoniales importantes, le cautionnement d'un tiers, ou la mise en location-gérance du fonds de l'entreprise[1880]. Le comité est, en outre, consulté sur la politique de recherche et de développement technologique de l'entreprise[1881]. Plus généralement, il doit donner son avis sur toutes 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* »[1882] ainsi que sur les « *projets de restructuration et de compression des effectifs* »[1883]. Il est consulté « *sur les méthodes ou techniques d'aide au recrutement des candidats à un emploi ainsi que sur toute modification de celles-ci* […], *sur les traitements automatisés de gestion du personnel et sur toute modification de ceux-ci* » et « *préalablement à la décision de mise en œuvre dans l'entreprise, sur les moyens ou les techniques permettant*

---

d'entreprise », *Semaine sociale Lamy*, 2004, n° 1194 p. 5 – B. TEYSSIE, « Délocalisation d'entreprise et relations collectives de travail », *Dr. social* 2005, p. 759

1874 F. FROMENT-MEURICE et R. CHISS, « Les attributions du comité d'entreprise à l'occasion d'opérations de cessions de parts ou d'actions », *JCP S* 2009, 1051

1875 articles L. 2323-19 al. 3 et L. 2323-21 du Code du travail

1876 Cass. soc., 26 sept. 1990, n° 89-10258 : *Bull. civ*. 1990, n° 400 : « *Attendu cependant que le GIE-GRL constitue une personne morale distincte de la SNEAP, de sorte que cette dernière, si elle doit informer et consulter son comité central d'entreprise, conformément aux dispositions des articles L. 432-1, L. 432-2 et L. 432-3 du Code du travail, de sa participation au fonctionnement au GIE, elle ne peut être contrainte d'informer et de consulter le comité d'établissement de Lacq des activités du centre de recherches qui relève du seul GIE* »

1877 Cass. crim., 25 mars 1997, n° 96-82253 : *Dr. ouvr*. 1997, p. 382, note M. COHEN : La Cour de cassation rejette le pourvoi formé contre une Cour d'appel ayant jugé que « *la volonté de la direction de recourir à des entreprises extérieures pour certaines tâches et, par voie de conséquence, de supprimer les services de l'entreprise antérieurement chargés de l'exécution de tels travaux* » est une décision qui intéresse « *l'organisation, la gestion et la marche de l'entreprise* », est « *de nature à affecter, immédiatement ou à terme, le volume ou la structure des effectifs* », et doit donc être soumise « *pour information et consultation au comité d'entreprise* »

1878 M. COHEN, *Le droit des comités d'entreprise et des comités de groupe*, LGDJ 9e éd. 2009, spéc. p. 570 et s.

1879 article L. 2323-6 du Code du travail

1880 M. COHEN, *Le droit des comités d'entreprise et des comités de groupe*, préc., spéc. p. 570 et s.

1881 article L. 2323-12 du Code du travail

1882 article L. 2323-6 du Code du travail

1883 article L. 2323-15 du Code du travail – A. LYON-CAEN, « Le comité d'entreprise et les restructurations », *Dr. social* 2004, p. 285 – G. AUZERO, « Les restructurations vues sous l'angle des prérogatives du comité d'entreprise : du légal au conventionnel », *Bull. Joly Sociétés* 2006, p. 867

un contrôle de l'activité des salariés »[1884]. Il doit également être sollicité « *sur les orientations de la formation professionnelle dans l'entreprise en fonction des perspectives économiques et de l'évolution de l'emploi, des investissements et des technologies dans l'entreprise* »[1885].

L'employeur doit soumettre pour avis tout projet d'accord d'intéressement[1886]. Dans les entreprises disposant déjà d'un tel accord ou *« d'un accord de participation ou d'un plan d'épargne salariale, lorsque le comité d'entreprise n'en est pas signataire, l'employeur le consulte, avant leur prorogation ou renouvellement, sur les évolutions envisageables à leur apporter, ainsi que sur la situation de l'actionnariat salarié et sur la participation des salariés à la gestion de l'entreprise* »[1887].

Enfin, « *le comité d'entreprise est informé et consulté sur les problèmes généraux intéressants les conditions de travail résultant de l'organisation du travail, de la technologie, des conditions d'emploi, de l'organisation du temps de travail, des qualifications et des modes de rémunération* »[1888]. Il est également « *consulté sur la durée et l'aménagement du temps de travail ainsi que sur la période de prise des congés* »[1889]. De même, le règlement intérieur ne peut être introduit qu'après avoir été soumis à l'avis du comité d'entreprise ou, à défaut, des délégués du personnel[1890], à défaut, le règlement intérieur est inopposable aux salariés[1891].

266. Information relative à la consultation. Le comité d'entreprise doit disposer d'une information suffisante pour pouvoir rendre un avis en connaissance de cause. Ce droit est consacré par l'article L. 2323-4 du Code du travail qui dispose : « *pour lui permettre de formuler un avis motivé, le comité d'entreprise dispose d'informations précises et écrites transmises par l'employeur, d'un délai d'examen suffisant et de la réponse motivée de*

1884 article L. 2323-32 du Code du travail

1885 article L. 2323-33 du Code du travail

1886 article L. 3312-7 et R. 3312-1 du Code du travail

1887 article L. 2323-18 du Code du travail

1888 article L. 2323-27 du Code du travail

1889 article L. 2323-29 du Code du travail

1890 article L. 1321-4 du Code du travail

1891 Cass. soc., 4 juin 1969 : *Bull. civ*. 1969, n° 367 ; *Dr social* 1969, p. 516, note J. SAVATIER : « *un règlement intérieur ne peut être introduit dans un établissement industriel ou commercial qu'après avoir été soumis à l'avis du comité d'entreprise, s'il existe, ou à défaut à l'avis des délégués du personnel ; d'où il suit qu'il s'agit d'une formalité substantielle protectrice de l'intérêt des salariés et qu'en en déduisant que les modifications apportées unilatéralement et sans consultation des délégués par la société le 27 décembre 1966 au précédent règlement intérieur, régulièrement établi et accepté par toutes les parties, resteraient sans effet, la cour d'appel a donné une base légale à sa décision* »

l'employeur à ses propres observations ». Il peut également obtenir toutes informations utiles des administrations publiques et des organismes travaillant pour leur compte[1892].

267. La sanction du défaut de consultation. Dans l'exercice de sa mission, « *le comité d'entreprise émet des avis et vœux* »[1893]. Cet avis ne lie pas l'employeur[1894] qui est néanmoins tenu d'y répondre et de motiver sa décision[1895]. Monsieur Cohen évoque l'idée d'un contrôle d'opportunité des décisions de l'employeur mais ce contrôle s'opère au regard de l'intérêt de l'entreprise et non de l'avis du comité (quand bien même ce dernier influencerait le magistrat)[1896]. Il faut néanmoins relever certains cas ou l'avis du comité d'entreprise doit être un avis conforme. Il dispose alors d'un véritable droit de veto[1897]. Il en est ainsi lorsque l'employeur souhaite déroger à la règle de l'horaire collectif de travail et pratiquer des horaires individualisés[1898]. C'est également le cas lorsqu'il refuse à un salarié un congé individuel pour représenter ses pairs au sein d'un organisme traitant des problèmes d'emploi ou de formation ou pour participer à un jury d'examen ou de validation des acquis de l'expérience, pour participer à une formation économique, sociale et syndicale, ou pour participer à une formation propre à son mandat lorsque le salarié est membre du comité d'entreprise ou du comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail[1899]. Ce droit de veto n'existe donc que dans des cas très marginaux. Le comité d'entreprise est donc très loin de participer activement à la gestion de l'entreprise comme l'y invite pourtant le Préambule de la Constitution de 1946. Tout au plus, la portée de l'avis du comité d'entreprise est accrue lorsque la loi impose sa transmission à l'administration compétente pour donner une autorisation à l'entreprise (compression d'effectif, introduction d'horaires réduits, repos hebdomadaire…)[1900] ou à l'assemblée générale des actionnaires[1901]. Mais il n'est jamais réellement contraignant pour le chef d'entreprise.

1892 article L. 2323-5 du Code du travail - J. PELISSIER, G. AUZERO et E. DOCKES, *Droit du travail*, préc., spéc. n° 1067, p. 1184

1893 article L. 2323-3 al. 1er du Code du travail

1894 L. MARQUET DE VASSELOT, « De l'expression par le comité d'entreprise de son avis », *RJS* oct. 2000, p. 607, spéc. p. 609 - M. COHEN, *Le droit des comités d'entreprise et des comités de groupe*, préc., spéc. p. 590 - J. PELISSIER, G. AUZERO et E. DOCKES, *Droit du travail*, préc., spéc. n° 1070, p. 1187

1895 article L. 2323-3 al. 2 du Code du travail

1896 M. COHEN, *Le droit des comités d'entreprise et des comités de groupe*, préc., spéc. p. 590

1897 J. PELISSIER, G. AUZERO et E. DOCKES, *Droit du travail*, préc., spéc. n° 1052, p. 1170

1898 article L. 3122-23 du Code du travail

1899 articles L. 3142-4, L. 3142-13, L. 2325-4 et L. 4614-15 du Code du travail

1900 J. PELISSIER, G. AUZERO et E. DOCKES, *Droit du travail*, préc., spéc. n° 1070, p. 1187

1901 article L. 225-105 du Code de commerce

En cas de défaut de consultation, le comité d'entreprise peut saisir le juge du référé pour obtenir la suspension de la décision du chef d'entreprise[1902]. Il en va de même lorsque la décision du chef d'entreprise est mise en œuvre avant la fin de la procédure de consultation[1903]. Parfois, la mesure sera inopposable aux salariés. C'est le cas, par exemple, pour le règlement intérieur[1904]. La question de la nullité des décisions prises par l'employeur en l'absence de consultation du comité d'entreprise ou votées par le conseil d'administration, ou le conseil de surveillance malgré la non-convocation des représentants du personnel, est plus nuancée. Un arrêt de 1998 énonce en effet que « *l'absence des salariés ayant voix consultative, hors toute fraude, n'entache pas de nullité une délibération dont le seul objet était l'exercice d'une action en justice* »[1905]. Une interprétation a contrario permet d'en déduire que la nullité ne peut être prononcée que si la décision à une incidence sur les salariés qui justifie la présence des représentants du personnel ou si l'absence de convocation de ces derniers résulte d'une fraude[1906]. Enfin, le chef d'entreprise peut se voir condamné pour délit d'entrave s'il ne soumet pas la décision au comité d'entreprise[1907] ou s'il ne permet pas à ce dernier de rendre un avis en connaissance de cause[1908].

β : L'intervention des représentants du personnel dans les organes de la société

268. Intervention à l'assemblée générale. En vertu de l'article L. 2323-8 du Code du travail, dans les sociétés commerciales, le comité peut formuler toutes observations sur la

---

1902 Cass. soc., 28 nov. 2000, n° 98-19594 : *Bull. civ.* 2000, V., n° 398 ; *Dr. social* 2001, p. 212, note CH. RADE : « *la cour d'appel, qui était saisie de demandes tendant à faire défense aux sociétés d'assurances de mettre en œuvre le mode de rémunération résultant du nouveau contrat collectif, a pu décider, sans encourir les griefs du moyen, qu'il y avait lieu, pour permettre le respect de l'obligation de consultation du comité d'entreprise et de l'obligation de négocier de suspendre la mise à exécution de la décision de l'employeur* » - Cass. soc., 5 mars 2008, n° 07-40273 : *Bull. civ.* 2008, V. n° 49 ; *Dr. ouvrier* 2008, p. 409, note D. BOULMIER ; *JCP S* 2008, 1310, note D. CORRIGNAN-CARSIN : « *attendu qu'il résulte des articles L. 431-5 et L. 432-1 du Code du travail que le comité d'entreprise doit être consulté sur la dénonciation par le chef d'entreprise d'un accord d'entreprise qui intéresse l'organisation, la gestion ou la marche de l'entreprise; qu'à défaut, la dénonciation demeure sans effet jusqu'à l'accomplissement de cette formalité* »

1903 S. BEAL et A. FERREIRA, « Consultation préalable du comité d'entreprise : une exigence », *JCP S* 2005, 1255

1904 article L. 1321-4 du Code du travail

1905 Cass. soc., 26 mai 1998, n° 95-15883 : *RJS* 1998, n° 1243

1906 M. COHEN, *Le droit des comités d'entreprise et des comités de groupe*, préc., spéc. p. 592

1907 Cass. crim., 6 déc. 1994, n° 93-42473 : inédit : rejet du pourvoi, formé contre une Cour d'appel ayant condamné l'employeur pour délit d'entrave, au motif que « *la cour d'appel n'a violé aucun des textes visés par la troisième branche du moyen en relevant que le comité d'entreprise n'avait pas été consulté, mais seulement informé du projet* »

1908 Cass. crim., 14 juin 1983, n° 87-93334 : inédit : *« attendu qu'aux termes de l'article L. 432-4 du Code du travail, le comité d'entreprise est obligatoirement informé et consulté sur les questions intéressant l'organisation, la gestion et la marche générale de l'entreprise ; que la consultation ainsi exigée se distingue, en droit, de la simple information et implique, pour le comité, la possibilité d'étudier les problèmes qui lui sont soumis avant de faire connaitre son avis » … « attendu cependant qu'en l'état de ces motifs, et en omettant, par ailleurs, de répondre aux conclusions de la partie civile faisant valoir qu'ainsi que l'avaient estimé les premiers juges, il résultait des éléments de la cause que la consultation du comité d'entreprise avait été de pure forme, la décision, publiée trois jours plus tard, ayant été arrêtée antérieurement, et qu'en réalité, faute d'avoir reçu les informations préalables promises par E. au cours de la précédente réunion, le comité n'avait pas été mis en mesure de donner utilement son avis, la cour d'appel a méconnu le principe ci-dessus rappelé et privé sa décision de base légale* »

situation économique et sociale de l'entreprise. Ces observations sont transmises à l'assemblée des actionnaires, ou des associés, en même temps que le rapport du conseil d'administration, du directoire ou des gérants. Le comité d'entreprise peut demander en justice la désignation d'un mandataire chargé de convoquer l'assemblée générale[1909] et peut également imposer l'inscription d'un projet de résolution à l'ordre du jour[1910]. Néanmoins, ces deux dernières facultés semblent réservées aux seules sociétés par actions. En effet, la loi vise expressément l'*« assemblée générale des actionnaires »*[1911]. Enfin, la loi lui permet de déléguer deux de ces membres pour assister à l'assemblée mais ils ne peuvent intervenir de plein droit que lorsque la décision requiert l'unanimité des associés[1912]. Ils n'ont aucun droit de prendre la parole s'agissant des autres décisions[1913].

269. Interventions dans les autres organes sociaux. Dans les sociétés anonymes, le comité d'entreprise peut prendre des résolutions spécifiquement destinées au conseil d'administration ou au conseil de surveillance de la société. Ces derniers doivent alors rendre un avis motivé sur ces vœux[1914]. Deux ou quatre membres du comité d'entreprise, en fonction du nombre de collèges électoraux, doivent également pouvoir assister, avec voix consultative, à toutes les séances du conseil d'administration ou du conseil de surveillance[1915]. Dans les sociétés par actions simplifiées, les statuts doivent préciser l'organe social auprès duquel les délégués du comité d'entreprise exercent ce droit[1916].

L'absence de convocation des représentants du comité d'entreprise est sanctionnée par la nullité si elle résulte d'une fraude ou si la délibération litigieuse portait sur un point intéressant les salariés[1917].

χ : L'assistance d'experts[1918]

270. L'expert-comptable du comité. L'analyse des informations économiques et sociales transmises au comité d'entreprise dépasse bien souvent ses compétences[1919]. Il peut donc se

---

1909 article L. 2323-67 al. 1er du Code du travail

1910 article L. 2323-67 al. 2 du Code du travail

1911 R. VATINET, « De la loi sur les nouvelles régulations économiques à la loi de modernisation : une montée en puissance du comité d'entreprise ? », *Dr. social* 2002, p. 286, spéc. n° 37 p. 294

1912 article L. 2323-67 al. 3 du Code du travail

1913 J. PELISSIER, G. AUZERO et E. DOCKES, *Droit du travail*, préc., spéc. n° 1082, p. 1199

1914 articles L. 2323-1 et L. 2323-63 al. 2 du Code du travail

1915 article L. 2323-62 du Code du travail

1916 article L. 2323-66 du Code du travail

1917 Cass. soc., 26 mai 1998, n° 95-15883 : préc. note 1905 : « *l'absence des salariés ayant voix consultative, hors toute fraude, n'entache pas de nullité une délibération dont le seul objet était l'exercice d'une action en justice* »

1918 A. SUPIOT, « Le progrès des lumières dans l'entreprise (à propos d'une floraison d'experts) », *in Les Transformations du droit du travail, Études offertes à Gérard Lyon-Caen*, Dalloz 1989, p. 463

1919 B. TEYSSIE, *Droit du travail, Relations collectives*, préc., spéc. n° 360 p. 221

faire assister par l'expert-comptable de son choix[1920]. La mission de l'expert-comptable porte sur tous les éléments d'ordre économique, financier ou social nécessaires à la compréhension des comptes et à l'appréciation de la situation de l'entreprise[1921]. La jurisprudence a purement et simplement aligné cette mission sur celle du commissaire aux comptes dans un arrêt du 29 octobre 1987[1922]. Il a donc accès aux mêmes documents et informations[1923] y compris à la comptabilité prévisionnelle[1924] et analytique[1925].

271. L'expert technique. Dans les entreprises de plus de 300 salariés, l'article L. 2325-38 du Code du travail autorise également le comité d'entreprise à recourir au service d'un expert technique en cas de projet important d'introduction de nouvelles technologies[1926]. Mais le choix de cet expert doit se faire en accord avec le chef d'entreprise. La mission de cet expert porte sur l'étude du projet et ses conséquences sur l'emploi, la qualification, la rémunération, la formation et les conditions de travail du personnel[1927]. Il n'a cependant accès qu'aux mêmes documents et informations que le comité d'entreprise[1928].

272. Autres experts. Le comité d'entreprise peut faire appel à tout expert pour la préparation de ses travaux[1929]. A la différence des deux autres, il ne sera pas rémunéré par l'entreprise mais par le comité d'entreprise et il n'a accès qu'aux documents détenus par le comité[1930]. Enfin, en vertu de l'article L. 225-231 du Code de commerce, le comité d'entreprise peut obtenir en référé la désignation d'un expert de gestion[1931].

1920 article L. 2325-35 al. 1er du Code du travail – B. TEYSSIE, « L'expert-comptable du comité d'entreprise », *JCP E* 2003, 1745 et 1789

1921 article L. 2325-36 du Code du travail – A. SAURET et C. WINDAL, « L'expert-comptable du comité et les comptes annuels : ne pas oublier les impératifs du Code de commerce », *JCP S* 2012, 1107

1922 Cass. soc., 29 oct. 1987, n° 85-15244 : *Bull. civ.* 1987, n° 605 ; *GAD trav.* 2008, n° 144 ; *JCP G* 1988, 20990, note M. GIRAULT ; *Dr. ouvr.* 1989, p. 15 : « *le commissaire aux comptes, aux pouvoirs d'investigation duquel sont assimilés ceux de l'expert-comptable du comité d'entreprise, peut, comme le prescrit l'article 229 de la loi du 24 juillet 1966, se faire communiquer toutes les pièces qu'il estime utiles à l'exercice de sa mission* »

1923 article L. 2325-37 al. 1er du Code du travail – M. COHEN, « La liberté d'investigation de l'expert-comptable du comité d'entreprise », *Dr. social* 1991, p. 47

1924 Cass. soc., 29 oct. 1987, n° 85-15244 : préc. note 1922 : la Cour de cassation casse un arrêt d'une Cour d'appel ayant énoncé que « *la mission de l'expert-comptable du comité d'entreprise étant d'expliquer les comptes présents excluait notamment " toute projection hypothétique dans le futur "* »

1925 Cass. soc., 22 oct. 1987, n° 86-11385 : *Bull. civ.* 1987, n° 591 : la Cour de cassation rejette le pourvoi reprochant à la cour d'appel d'avoir « *autoriser de manière générale et abstraite l'expert-comptable à recueillir tous documents économiques, financiers ou sociaux et, notamment, à avoir accès à la comptabilité analytique* »

1926 B. TEYSSIE, « L'expert en technologie du comité d'entreprise », *JCP E* 1987, II, 14993 – P.-Y. VERKINDT, « NTIC et nouvelles pratiques d'expertise », *Dr. social* 2002, p. 54

1927 J. PELISSIER, G. AUZERO et E. DOCKES, *Droit du travail*, préc., spéc. n° 1088 p. 1205

1928 articles L. 2325-38 al. 1er, L. 2323-13 et L. 2323-14 du Code du travail

1929 article L. 2325-41 du Code du travail

1930 article L. 2325-41 al. 3 du Code du travail

1931 B. TEYSSIE, « L'expert de gestion du comité d'entreprise », *Dr. social* 1994, p. 877 – M.-F. BIED-CHARRETON, « A propos de l'expertise de gestion du comité d'entreprise », *Dr. social* 1995, p. 39

δ : Le comité d'entreprise et l'entreprise en difficulté

273. La place des salariés. L'évolution législative depuis 1966 tend à renforcer l'implication des représentants des salariés dans la procédure collective. En effet, ces derniers en sont, avec les créanciers, les principaux intéressés[1932]. Les difficultés de leur entreprise risquent d'entraîner des diminutions de droits et avantages voire des suppressions d'emplois. Tant que la procédure collective n'avait que pour objet essentiellement le paiement des créanciers, l'avis des représentants des salariés n'avait que peu d'importance. Aujourd'hui où l'accent est mis sur la sauvegarde de l'entreprise et de l'emploi, il semble normal de voir renforcer l'intervention des salariés[1933].

274. Le droit d'alerte. L'importance du droit à l'information des salariés les place dans une position privilégiée pour dénoncer les difficultés de leur entreprise. Le comité d'entreprise dispose d'un droit d'alerte[1934]. A défaut, ce droit appartient également aux délégués du personnel lorsque ceux-ci sont légalement prévus[1935]. Le comité d'entreprise ou le délégué du personnel peuvent, lorsqu'ils ont connaissance de « *faits de nature à affecter de manière préoccupante la situation économique de l'entreprise* », demander à l'employeur de leur fournir des explications[1936]. La notion de « *faits de nature à affecter de manière préoccupante la situation économique de l'entreprise* » n'est pas une notion comptable[1937]. Autrement dit, les causes d'alerte par le comité d'entreprise semblent beaucoup plus larges que celles obligeant le commissaire aux comptes à intervenir[1938]. Trois interprétations sont possibles. Selon certains auteurs, cette notion ne diffère pas en pratique de celle de « *faits de nature à compromettre la continuité d'exploitation* »[1939]. En effet, dans les deux cas, ce qui est visé c'est le risque de cessation d'activité à court terme. La jurisprudence ne semble pourtant pas se limiter à cette seule éventualité. Dans un arrêt du 19 février 2002, la Cour de cassation a admis le droit d'alerte du comité d'entreprise, alors même que le pourvoi faisait valoir l'absence d'atteinte à la continuité de l'entreprise, au motif que « *le comité d'entreprise invoquait des faits qu'il estimait être de nature à affecter de manière préoccupante la*

1932 J. SAVATIER, « Le comité d'entreprise et la prévention des difficultés des entreprises », *in* « La prévention des difficultés des entreprises après deux années d'application ; Journée d'étude de l'Institut de Droit de l'Entreprise de l'Université de Poitiers (15 mai 1987) », *JCP E* 1987, 15066, spéc. n° 1 p. 616

1933 J. PELISSIER, G. AUZERO et E. DOCKES, *Droit du travail*, préc., spéc. n° 1090 p. 1206

1934 article L. 2323-78 du Code du travail – M. MORAND, « Les représentant du personnel et le déroulement de la procédure d'alerte interne », *JCP E* 1988, II, 15357 – B. TEYSSIE, « L'alerte par le comité d'entreprise », *RJ com*. 1986, p. 69

1935 article L. 2313-14 du Code du travail

1936 article L. 2323-78 du Code du travail

1937 R. BADINTER, *JO déb. Sénat*, 15 nov. 1983, p. 2886

1938 M. COHEN, *Le droit des comités d'entreprise et des comités de groupe*, préc., spéc. p. 634

1939 J. PAILLUSSEAU et G. PETITEAU, *Les difficultés des entreprises*, A. Colin, 1985, spéc. n° 171 et s.

situation économique de l'organisme »[1940]. Pour d'autres auteurs, il faut donc considérer le risque au regard de la communauté de travail que constitue l'entreprise. Le comité d'entreprise se devrait de dénoncer toute atteinte potentielle à l'organisation salariale de l'entreprise[1941]. Mais, une fois encore, cette interprétation ne semble pas consacrée par la jurisprudence, celle-ci a en effet refusé de voir dans un plan de restructuration la justification de l'alerte du comité d'entreprise en l'absence de difficulté économique[1942]. Enfin, une troisième interprétation, ambitieuse, consiste à voir dans le droit d'alerte du comité d'entreprise une possibilité de prévenir les difficultés à long terme de l'entreprise[1943]. Il est certain que l'étendue du pouvoir d'appréciation du comité d'entreprise dépasse le risque d'atteinte à la continuité de l'entreprise. La jurisprudence confère une certaine liberté au comité en lui laissant une marge d'appréciation subjective de la situation[1944]. Comme le relève Monsieur Cohen[1945], les magistrats, depuis un arrêt de 1995, font référence « *aux faits* [que le comité] ***estimait*** *être de nature à affecter de manière préoccupante la situation de l'entreprise* ».

La procédure d'alerte commence par une phase de questions à l'employeur. La résolution peut-être prise lors de n'importe quelle séance du comité et doit être adoptée à la majorité hors vote de l'employeur, puis la demande doit être inscrite à l'ordre du jour de la prochaine réunion du comité d'entreprise. L'employeur est tenu de répondre sous peine de délit d'entrave. Le comité d'entreprise, en l'absence de réponse ou si celle-ci confirme le risque encouru par l'entreprise, dresse un rapport qui sera transmis à l'employeur et au commissaire aux comptes[1946]. Il peut se faire assister, une fois par exercice, d'un expert-comptable[1947] dont la mission « *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* »[1948], et de deux salariés choisis en vertu de leur compétence[1949]. Il peut également

---

1940 Cass. soc., 19 févr. 2002, n° 00-14766 : *Bull. civ.* 2002, n° 70

1941 *Rapp. AN* n° 1526, 1985, par E. PROVOST, spéc. p. 167

1942 Cass. soc., 30 juin 1993, n° 90-20158 : *Bull. civ.* 1993, n° 190 ; *JCP E* 1993, pan. 1118

1943 A. BRUNET et M. GERMAIN, « L'information des actionnaires et du comité d'entreprise dans les sociétés anonymes », *Rev. sociétés* 1985, p. 1, spéc. n° 59 p. 39

1944 A. DONNETTE, « L'alerte du comité d'entreprise : une liberté surveillée », *Bull. Joly Entr. en diff.* 2012, p. 259

1945 M. COHEN, *Le droit des comités d'entreprise et des comités de groupe*, préc., spéc. p. 635 – Cass. soc., 8 mars 1995, n° 91-16002 : *Bull. civ.* 1995, n° 81 ; *Dr. social* 1995, p. 393, notre M. COHEN - Cass. soc., 19 févr. 2002, n° 00-14766, préc. note 1940

1946 article L. 2323-78 du Code du travail

1947 J. BARTHELEMY, « L'expert-comptable du comité d'entreprise et la loi du 1er mars 1984 », *Eco. et compt.* Juin 1985, p. 11

1948 Cass. soc., 29 sept. 2009, n° 08-15035 : *Bull. civ.* 2009, n° 209 ; *Bull. Joly Sociétés* 2010, p. 16, note P.-Y. VERKINDT

1949 article L. 2323-79 al. 1er du Code du travail

convoquer le commissaire aux comptes[1950]. Le comité d'entreprise doit conclure son rapport en formulant 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* »[1951].

Le comité décide enfin de saisir ou d'informer l'organe compétent selon la forme de la société[1952]. C'est la troisième phase. Dans la SA, celui-ci doit se réunir rapidement et rendre une réponse motivée[1953]. Dans les autres sociétés, il ne s'agit que d'obliger à transmettre le rapport du comité d'entreprise aux associés. La procédure d'alerte n'a donc qu'un caractère informatif. Elle est un moyen pour le comité d'entreprise de mettre l'accent sur les difficultés potentielles de la société mais elle ne lui permet pas d'agir activement pour y remédier.

275. Rôle dans la procédure de conciliation. Les négociations peuvent conduire à remettre en cause l'organisation, la gestion et la marche générale de l'entreprise, et peuvent conduire à des mesures susceptibles d'affecter l'emploi ou les conditions de travail. Le comité d'entreprise devra donc être consulté[1954]. Dans tous les cas, le juge ne peut homologuer l'accord qu'après avoir entendu ou dûment appeler les représentants du comité d'entreprise ou à défaut les délégués du personnel[1955].

276. Rôle dans la procédure de sauvegarde. Le tribunal doit entendre ou dûment appeler les représentants du comité d'entreprise ou à défaut les délégués du personnel avant de statuer sur l'ouverture de la procédure[1956]. Le comité d'entreprise ou les délégués du personnel jouent alors un rôle en cas d'adoption d'un plan de sauvegarde[1957]. Ils doivent être consultés sur le remplacement des dirigeants, la déclaration d'incessibilité ou au contraire la cession forcée des parts de ces dirigeants[1958]. Ils doivent être informés des propositions pour le règlement des dettes[1959] et consultés sur le bilan économique et social et le projet de plan[1960]. Ils doivent être

---

1950 article L. 2323-79 al. 1er du Code du travail

1951 article L. 2323-80 al. 1er du Code du travail

1952 article L. 2323-81 du Code du travail

1953 article L. 2323-81 du Code du travail

1954 J. PELISSIER, G. AUZERO et E. DOCKES, *Droit du travail*, préc., spéc. n° 1093 p. 1209 – R. VATINET, « Sur la place faite aux salariés par la loi de sauvegarde des entreprises du 26 juillet 2005 », *JCP S* 2005, 1230, spéc. n° 3

1955 article L. 611-9 du Code de commerce

1956 article L. 621-1 al. 1er du Code de commerce

1957 R. VATINET, « Sur la place faite aux salariés par la loi de sauvegarde des entreprises du 26 juillet 2005 », préc., spéc. n° 6

1958 article L. 626-4 du Code de commerce

1959 article L. 626-5 du Code de commerce

1960 article L. 626-8 du Code de commerce

entendus par le tribunal avant le jugement arrêtant le plan de sauvegarde[1961] et avant tout jugement modifiant substantiellement le plan[1962]. Ils doivent ensuite être informés par le commissaire à l'exécution du plan de la bonne exécution du plan et doivent être consultés en cas de cession de l'entreprise[1963]. Enfin, le comité d'entreprise ou les délégués du personnel peuvent exercer un recours contre toute décision arrêtant, rejetant ou modifiant le plan[1964].

277. Rôle dans le redressement ou la liquidation judiciaire. Le comité d'entreprise doit être informé et consulté avant toute déclaration de cessation des paiements par l'employeur[1965]. Il peut même éventuellement informer lui-même le juge de l'état de cessation des paiements de l'entreprise[1966]. Il doit ensuite être informé et consulté à chaque étape de la procédure collective[1967]. Le jugement d'ouverture de la procédure ne peut être prononcé qu'après avoir entendu ou dûment appelé le comité d'entreprise ou à défaut les délégués du personnel[1968]. Si, pendant la période d'observation, le tribunal souhaite prononcer la cessation partielle d'activité ou la liquidation judiciaire, il doit auparavant entendre le comité d'entreprise ou les délégués du personnel.

Les représentants du personnel sont associés à l'élaboration et au suivi du plan de redressement comme dans le cadre d'un plan de sauvegarde[1969]. A cette occasion, il leur est donc fortement conseillé de faire leur propre proposition dans le but de préserver l'emploi[1970]. Ils doivent également être consultés en cas de cession partielle d'activité[1971] et en cas de licenciements économiques[1972]. Enfin, les représentants du personnel peuvent exercer un recours contre le jugement arrêtant, rejetant ou modifiant le plan de redressement ou les décisions statuant sur la liquidation judiciaire.

278. Rôle dans la procédure de licenciement économique. Le licenciement pour motif économique est défini par le Code du travail. Il s'agit du « *licenciement effectué par un employeur pour un ou plusieurs motifs non inhérents à la personne du salarié résultant d'une suppression ou transformation d'emploi ou d'une modification, refusée par le salarié, d'un*

1961 article L. 626-9 du Code de commerce

1962 article L. 626-26 du Code de commerce

1963 article L. 626-25 et L. 642-5 du Code de commerce

1964 article L. 661-1 I du Code de commerce

1965 Cass. crim., 15 oct. 1991, n° 89-83950 : *Jurisp. soc. UIMM* 1992, p. 155 : « *le défaut d'information et de consultation du comité d'entreprise avant toute déclaration de cessation des paiements est constitutif du délit d'entrave* »

1966 article L. 631-6 du Code de commerce

1967 article L. 2323-44 du Code du travail

1968 article L. 621-1 du Code de commerce, sur renvoi des articles L. 631-7 et L. 641-1 I

1969 article L. 631-19 du Code de commerce

1970 M. COHEN, *Le droit des comités d'entreprise et des comités de groupe*, préc., spéc. p. 704

1971 article L. 622-10 du Code de commerce

1972 articles L. 1233-58 du Code du travail

élément essentiel du contrat de travail, consécutives notamment à des difficultés économiques ou à des mutations technologiques »[1973]. En principe, la procédure de licenciement économique concerne les licenciements collectifs. Elle ne s'applique donc pas au licenciement économique d'un seul salarié sauf exception[1974].

Lorsque le licenciement envisagé concerne moins de 10 salariés, le comité d'entreprise ou à défaut les délégués du personnel doivent être consultés[1975]. L'employeur adresse aux représentants du personnel, avec la convocation à la réunion tous renseignements utiles sur le projet de licenciement collectif. Il est notamment tenu d'indiquer les raisons économiques, financières ou techniques du projet de licenciement, le nombre de licenciements envisagé, les catégories professionnelles concernées et les critères proposés pour l'ordre des licenciements, le nombre de salariés, permanents ou non, employés dans l'établissement, le calendrier prévisionnel des licenciements et les mesures de nature économique envisagées[1976]. Les représentants du personnel doivent être consultés sur l'ordre des licenciements[1977].

Lorsque le licenciement concerne au moins 10 salariés, la procédure est plus complexe. Elle dépend de la taille de l'entreprise. Les délégués du personnel ou le comité d'entreprise, selon que l'entreprise a plus ou moins de 50 salariés, doivent être consultés[1978]. Ils doivent se réunir par deux fois. Les mêmes informations que pour le licenciement de moins de 10 salariés doivent leur être fournies[1979]. Lorsque l'entreprise comprend plus de 50 salariés, l'employeur est tenu de communiquer au comité d'entreprise un projet de plan de sauvegarde de l'emploi[1980]. Le suivi de ce plan fait l'objet d'une consultation régulière des représentants du personnel[1981].

Dans le cadre d'une procédure de redressement judiciaire, l'administrateur judiciaire peut prononcer des licenciements pour motif économique lorsque ceux-ci présentent un caractère urgent, inévitable et indispensable[1982]. Il doit auparavant consulter les représentants du

---

1973 article L. 1233-3 du Code du travail

1974 articles L. 1233-26 et L. 1233-27 du Code du travail

1975 articles L. 2325-15 et L. 2313-7 du Code du travail

1976 article L. 1233-10 du Code du travail

1977 article L. 1233-5 du Code du travail – J. SAVATIER, « L'ordre des licenciements dans les licenciements pour motif économique », *Dr. social* 1990, p. 515 - P.-Y. VERKINDT, « L'ordre des licenciements », *RJS* 1997, p. 811

1978 article L. 1233-28 du Code du travail

1979 article L. 1233-31 du Code du travail

1980 article L. 1233-32 du Code du travail

1981 article L. 1233-63 du Code du travail

1982 article L. 631-17 du Code de commerce

personnel. Il en va de même lorsque le plan de redressement prévoit de tels licenciements ou en cas de liquidation judiciaire[1983].

En cas de défaut de consultation des représentants du personnel, les salariés licenciés pourront prétendre à l'indemnisation du préjudice subi[1984]. La nullité des licenciements ne sera prononcée que si le plan de reclassement des salariés prévu à l'article L. 1233-61 et s'intégrant au plan de sauvegarde de l'emploi n'a pas été présenté par l'employeur aux représentants du personnel[1985].

ε : L'absence de participation à la gestion de l'entreprise

279. Une institution non dotée de pouvoir décisionnel. Dès sa création en 1945, le comité d'entreprise n'a pas été conçu comme un organe décisionnel de l'entreprise. L'exposé des motifs de l'ordonnance du 22 février 1945 est clair : les comités d'entreprise « *ne sont pas, dans le domaine économique, des organismes de décision ; il a semblé indispensable de laisser au chef d'entreprise, qui a, devant la nation, la responsabilité de l'affaire qu'il dirige, une autorité correspondant à cette responsabilité. Les comités d'entreprise seront donc consultatifs* »[1986]. L'absence d'intervention du comité d'entreprise dans la gestion social a toujours fait l'objet d'un consensus entre le patronat et les organisations syndicales[1987]. Elle n'a jamais été remise en cause[1988]. Les institutions représentatives du personnel restent donc des outils d'information et de consultation des salariés[1989]. Leurs avis n'ont aucun caractère contraignant[1990]. Leurs droits n'auront qu'une influence minime sur la politique économique de l'entreprise. Ils obligent néanmoins le dirigeant à un effort de maturation et de présentation de ses décisions puisque celles-ci vont être soumises à l'avis de ses salariés[1991]. En pratique, le rôle du comité s'avère mitigé, surtout dans les PME. En matière d'information, bien souvent, les dirigeants court-circuitent les représentants du personnel en s'adressant

---

1983 article L. 1233-58 du Code de commerce

1984 article L. 1235-12 du Code du travail

1985 article L. 1235-10 du Code du travail

1986 Exposé des motifs de l'ordonnance du 22 février 1945, reproduite in *Deux siècles de droit du travail, l'histoire par les lois*, J.-P. LE CROM (dir.), Ed. de l'Atelier 1998, spéc. p. 175

1987 *Rapport du Comité d'Etude pour la Réforme de l'entreprise*, Documentation française 1975, spéc. p. 68 – CH. FREYRIA, « Bilan juridique des fonctions économiques des comités d'entreprise », *in Tendances du droit du travail français contemporain, Études offertes à Guillaume-Henri Camerlynck*, Dalloz 1978, p. 273, spéc. p. 296

1988 M. COFFINEAU, *Les lois Auroux, dix ans après*, préc., spéc. p. 69

1989 V. FRANCONI, *L'actualité des attributions du comité d'entreprise en matière économique*, thèse Lyon II, 2010, spéc. n° 7 p. 14

1990 V. FRANCONI, *L'actualité des attributions du comité d'entreprise en matière économique*, thèse Lyon II, 2010, spéc. n° 96 et s., p. 83 et s.

1991 J.-M. BERAUD, « Autour de l'idée de constitution sociale de l'entreprise », *in Etudes offertes à Jean Pélissier - Analyse juridique et valeurs en droit social*, Dalloz 2004, p. 55, spéc. p. 59

directement aux salariés qui n'ont pas les moyens et les compétences pour la comprendre[1992]. Quant au pouvoir consultatif, dans les deux tiers des entreprises il n'est que purement formel et n'a aucune influence sur la décision patronale[1993].

c : Le Comité d'Hygiène, de Sécurité et des Conditions de Travail

280. Statut[1994]. La constitution d'un comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail (CHSCT) est obligatoire dans les entreprises de plus de 50 salariés. Dans les entreprises plus petites, ce sont les délégués du personnel qui exercent ce rôle mais l'institution d'un CHSCT peut être imposée par l'inspecteur du travail *« lorsque cette mesure est nécessaire, notamment en raison de la nature des travaux, de l'agencement ou de l'équipement des locaux* »[1995]. Il comprend l'employeur et une délégation du personnel dont les membres sont désignés par un collège constitué par les membres élus du comité d'entreprise et les délégués du personnel[1996].

281. Missions. Le CHSCT a pour missions de contribuer à la protection de la santé physique et mentale et de la sécurité des travailleurs de l'établissement et de ceux mis à sa disposition par une entreprise extérieure, de contribuer à l'amélioration des conditions de travail, notamment en vue de faciliter l'accès des femmes à tous les emplois et de répondre aux problèmes liés à la maternité et de veiller à l'observation des prescriptions légales prises en ces matières[1997]. Il a donc une activité de contrôle[1998] qui le conduit à procéder à l'analyse des risques professionnels auxquels peuvent être exposés les travailleurs de l'établissement ainsi qu'à l'analyse des conditions de travail[1999]. La compétence du CHSCT a également été étendue aux risques environnementaux lorsque l'entreprise est une installation classée[2000].

1992 LE CROM J.-P., « La loi du 28 octobre 1982 sur le développement des institutions représentatives du personnel. Les travailleurs, acteurs du changement dans l'entreprise ? », préc., spéc. p. 109

1993 DARES et IRES, *Les comités d'entreprise : enquête sur les élus, les activités et les moyens*, Ed. de l'Atelier, 1998, spéc. p. 140 - J. LE GOFF, *Du silence à la parole, Une histoire du droit du travail des années 1830 à nos jours*, préc., spéc. p. 575

1994 J. PELISSIER, G. AUZERO et E. DOCKES, *Droit du travail*, préc., spéc. n° 711 p. 768 – B. TEYSSIE, « L'organisation du comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail », *JCP S* 2007, 1439

1995 article L. 4611-4 du Code du travail

1996 P. MENETRIER, « Le comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail - Le mandat et le statut des membres du CHSCT », *RPDS* 2009, p. 101

1997 article L. 4612-1 du Code du travail

1998 J. PELISSIER, G. AUZERO et E. DOCKES, *Droit du travail*, préc., spéc. n° 713 p. 770

1999 article L. 4612-2 du Code du travail – P.-Y. VERKINDT, « Le rôle des instances de représentation du personnel en matière de sécurité », *Dr. social* 2007, p. 697

2000 *Droit du travail et droit de l'environnement*, M. DESPAX (dir.), Litec 1994

Le CHSCT dispose d'un droit à l'information[2001]. Au moins une fois par an, l'employeur est tenu de lui présenter un rapport faisant le bilan de la situation générale de la santé, de la sécurité et des conditions de travail dans son établissement ainsi qu'un programme annuel de prévention des risques professionnels et d'amélioration des conditions de travail[2002]. Il dispose en outre d'un droit général à l'information consacré par l'article L. 4614-9 du Code du travail qui énonce que « *le comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail reçoit de l'employeur les informations qui lui sont nécessaires pour l'exercice de ses missions* ». Le comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail peut également procéder par enquête. Il réalise au moins quatre fois par an des inspections et effectue des enquêtes en matière d'accidents du travail ou de maladies professionnelles ou à caractère professionnel[2003].

Le CHSCT peut faire appel à un expert agréé lorsqu'un risque grave, révélé ou non par un accident du travail, une maladie professionnelle ou à caractère professionnel est constaté dans l'établissement ou en cas de projet important modifiant les conditions de santé et de sécurité ou les conditions de travail[2004]. Enfin, il doit être informé des visites de l'inspecteur du travail auquel il peut présenter ses observations[2005].

Le CHSCT a également une activité de conseil[2006]. Il doit être consulté « *avant toute décision d'aménagement important modifiant les conditions de santé et de sécurité ou les conditions de travail et, notamment, avant toute transformation importante des postes de travail découlant de la modification de l'outillage, d'un changement de produit ou de l'organisation du travail, avant toute modification des cadences et des normes de productivité liées ou non à la rémunération du travail* »[2007]. Son avis doit également être recueilli sur les conséquences de l'introduction de nouvelles technologies sur la santé et la sécurité des travailleurs et « *sur les mesures prises en vue de faciliter la mise, la remise ou le maintien au travail des accidentés du travail, des invalides de guerre, des invalides civils et des travailleurs handicapés, notamment sur l'aménagement des postes de travail* »[2008]. Enfin, le

---

2001 B. TEYSSIE, « Les moyens du comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail », *JCP* S 2007, 1440, spéc. n° 7 et s.

2002 article L. 4612-16 du Code du travail

2003 articles L. 4612-4 et L. 4612-5 du Code du travail

2004 article L. 4614-12 du Code du travail - B. TEYSSIE, « Les moyens du comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail », préc., spéc. n° 11 – S. BEAL et A.-L. DAUDET, « Les conditions du recours à un expert par le CHSCT », *JCP E* 2009, 2070 – S. PONCET, « Les conditions de désignation d'un expert par le CHSCT », *JSL* 2011, n° 300, p. 4 et n° 301, p. 4

2005 article L. 4612-7 du Code du travail

2006 J. PELISSIER, G. AUZERO et E. DOCKES, *Droit du travail*, préc., spéc. n° 712 p. 769

2007 article L. 4612-8 du Code du travail

2008 articles L. 4612-9 et L. 4612-11 du Code du travail

CHSCT contribue à la promotion de la prévention des risques professionnels dans l'établissement et suscite toute initiative qu'il estime utile dans cette perspective[2009]. Il peut proposer notamment des actions de prévention du harcèlement moral et du harcèlement sexuel[2010]. Il dispose d'un droit d'alerte s'il constate une cause de danger grave et imminent[2011]. Ce droit lui permet de se réunir en urgence et de saisir l'inspection du travail en l'absence de réaction de l'employeur. Le refus de l'employeur de prendre en considération les propositions du CHSCT doit être motivé. Il doit, dans tous les cas, être informé des suites réservées à ses observations[2012].

Les missions du CHSCT sont de plus en plus importantes comme le démontre la multiplication des actes de l'employeur devant faire l'objet d'une consultation[2013]. Néanmoins, son rôle reste simplement consultatif[2014]. Ses demandes ne permettent pas de suspendre les décisions du chef d'entreprise. Ainsi, lorsque le comité demande la désignation d'un expert, le salarié ne peut refuser d'exécuter l'ordre de l'employeur pendant la durée de l'enquête[2015].

2 : La participation des salariés à la gestion de l'entreprise

282. La participation facultative. La participation des salariés à la gestion des entreprises privées est facultative[2016]. Elle doit être prévue dans les statuts. Elle peut s'exercer au sein du conseil d'administration ou du conseil de surveillance selon la forme de la société[2017]. Les administrateurs salariés sont élus par les salariés de la société[2018]. Ils disposent des mêmes droits et obligations que les autres administrateurs et ont voix délibérative et non pas

---

2009 PH. ROZEC, « Le comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail et la prévention des risques professionnels », *JCP S* 2006, 1981

2010 article L. 4612-3 du Code du travail

2011 articles L. 4131-2 et L. 4132-2 et s. du Code du travail - J. PELISSIER, G. AUZERO et E. DOCKES, *Droit du travail*, préc., spéc. n° 706 p. 765

2012 article L. 4612-6 du Code du travail

2013 S. GUEDES DA COSTA et E. LAFUMA, « Le CHSCT dans la décision d'organisation du travail », *Dr. travail* 2010, p. 419, spéc. p. 420 – M. AYADI et O. DU JONCHAY, « L'heure de gloire du CHSCT? », *JSL* 2010, n° 269, p. 4

2014 J. PELISSIER, G. AUZERO et E. DOCKES, *Droit du travail*, préc., spéc. n° 713 p. 771

2015 Cass. soc., 13 févr. 2008, n° 06-44000 : inédit : « *la désignation d'un expert par le comité d'hygiène et de sécurité en cas de projet important modifiant les conditions de travail prévu par le septième alinéa de l'article L. 236-2 du Code du travail ne suspend pas l'exécution de la décision prise par l'employeur jusqu'au dépôt du rapport d'expertise et n'autorise pas le salarié à refuser de l'exécuter* »

2016 J.-J. DAIGRE, « Les représentants salariés élus au conseil d'administration ou de surveillance des sociétés anonymes », *Dr. sociétés* 1987, 450 - J.-F. BULLE, « Intervention des salariés ou de leurs représentants dans le fonctionnement des organes sociaux », *JCP E* 2002, p. 994 - C. MALECKI, « La loi de modernisation sociale et la nouvelle donne de la participation des salariés à la gestion de l'entreprise », *JCP E* 2002, p. 915 - B. SAINTOURENS, « La loi de modernisation sociale et le droit des sociétés », *Bull. Joly Sociétés* 2002, p. 461

2017 articles L. 225-27 et s. et L. 225-79 et s. du Code de commerce

2018 J. SAVATIER, « L'élection des administrateurs salariés dans les sociétés anonymes », *Dr. social* 1989, p. 641

seulement consultative[2019]. Néanmoins, leur participation est minoritaire puisqu'ils ne peuvent représenter plus du tiers des membres du conseil. Leur mandat est exclusif de tout autre mandat électif ou syndical. Ils bénéficient du statut de salariés protégés[2020] et ne sont pas révocables *ad nutum*[2021].

283. La représentation obligatoire au sein des organes sociaux. En outre, lorsque les actionnaires salariés représentent plus de 3 % du capital social, un ou plusieurs représentants doivent être élus par ces derniers au conseil d'administration ou de surveillance[2022]. Mais il ne s'agit là que de reconnaître une catégorie particulière d'associés et de lui offrir une représentation spécifique.

3 : L'absence de contrôle-surveillance par les salariés ou leurs représentants

284. L'unique reconnaissance d'un droit à l'information et d'expression. En principe, les salariés et leurs représentants ne sont pas des contrôleurs de la société. Ils disposent, comme nous venons de le voir d'un très important droit à l'information. Mais ce droit ne confère aucun autre pouvoir ni même devoir particuliers. Leur rôle est purement consultatif et leur avis n'est même pas contraignant pour l'employeur. Au mieux disposent-ils d'un droit d'alerte mais là encore ils n'ont aucune obligation de le mettre en œuvre et dispose d'une grande liberté quant à l'opportunité de s'en servir. Leurs actions ne sont guidées que par leur propre intérêt et non l'intérêt social. La surveillance qu'ils peuvent exercer sur les affaires sociales n'existe qu'à leur profit et n'est pas sanctionnée par un quelconque droit ni la moindre obligation. Les salariés et leurs représentants n'exercent aucun contrôle-surveillance.

Toutefois, la loi permet dans certains cas aux salariés d'être représentés au sein des organes sociaux. Leurs représentants se trouvent alors dans une situation identique aux autres membres de ces organes. Ils seront alors qualifiés soit de contrôleurs, soit de contrôlaires selon le cas mais pas en raison de leur qualité de salariés. Cette qualité leur sera reconnue du seul fait de leur appartenance à un organe social.

2019 M. COZIAN, A. VIANDIER et F. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, préc., spéc. n° 830 p. 440
2020 article L. 225-33 du Code de commerce
2021 article L. 225-32 al. 2 du Code de commerce
2022 article L. 225-23 et L. 225-71 du Code de commerce

SOUS-SECTION 2 : LE CONTROLE-SURVEILLANCE PAR LES TIERS

Les cocontractants ne sont pas les seuls à intervenir pour contrôler les actes de gestion des dirigeants sociaux. La Société est en effet soumise à une somme impressionnante de contrôle de la part d'institutions et de personnes variées. Dans le cadre de la société *in bonis*, cette surveillance est principalement organisée par l'Etat dans un but d'intérêt général. Dans la société en difficulté, le nombre de personnes intéressées au sort de l'entreprise justifie leur intervention dans la procédure.

Paragraphe 1 : Le contrôle-surveillance de la société *in bonis*

Paragraphe 2 : Le contrôle-surveillance de la société en procédure collective

PARAGRAPHE 1 : LE CONTROLE-SURVEILLANCE DE LA SOCIETE *IN BONIS*

L'Etat dispose d'un pouvoir de contrôle important sur les sociétés. De nombreux services publics ont en charge la surveillance des actes sociaux. Il n'est pas possible d'être exhaustif et seuls certains d'entre eux, les plus importants en matière de droit des affaires, vont faire l'objet d'une étude complète. Certains de ces services visent des sociétés en raison de la particularité de leur activité. Il en est ainsi de l'Autorité des marchés financiers (A), de l'Autorité de contrôle prudentiel (B), du contrôle environnemental des installations classées (C). D'autres ne sont pas spécifiques de tel ou tel secteur d'activité et s'intéressent à toutes les sociétés. C'est par exemple le cas de l'Autorité de la concurrence (D) et de l'inspection du travail (E).

A : L'AUTORITE DES MARCHES FINANCIERS

285. Origine. L'AMF[2023] a été instaurée par la loi sécurité financière du 1er août 2003 mais n'est pas une création nouvelle. Elle résulte de la réunion de la Commission des opérations de bourse issue de l'ordonnance du 28 septembre 1967 et du Conseil des marchés financiers créé par la Loi de modernisation des activités financières du 2 juillet 1996. Cette fusion procède d'une volonté d'unification et de simplification[2024].

2023 sur l'organisation de l'AMF, V. TH. BONNEAU et F. DRUMMOND, *Droit des marchés financiers*, préc., spéc. n° 250 et s., p. 350 et s.

2024 J.-J. DAIGRE, « La création de l'autorité des marchés financiers », *Rev. sociétés* 2003, p. 823, spéc. p. 824 – V. pour une analyse critique de cette fusion, P.-H. CONAC, « La fusion de la COB et du CMF », *in Droit bancaire et financier : Mélanges AEDBF-France III*, Banque éditeur 2001, p. 59 - F. PELTIER, « Le risque hégémonique de la protection de l'épargne dans la fusion COB-CMF », *RD bancaire et fin.* 2003, p. 184 - M.-A. FRISON-ROCHE, « Les contours de l'autorité des marchés financiers », *in Droit bancaire et financier : Mélanges AEDBF-France* IV, Banque éditeur, p. 165

Le Conseil constitutionnel avait qualifié la COB d'autorité administrative et avait reconnu son indépendance dans une décision du 28 juillet 1989[2025]. La loi du 2 juillet 1996 avait expressément consacré la qualification d'« *autorité administrative indépendante* » en venant modifier l'article 1er de l'Ordonnance de 1967[2026]. Contrairement à la COB[2027], L'AMF se voit dotée de la personnalité morale. Ne pouvant plus, dès lors, conserver son statut d'autorité administrative indépendante, la loi de 2003 préfère la qualifier d'« *autorité publique* »[2028]. Elle reste néanmoins dotée de prérogatives de puissance publique et notamment du pouvoir réglementaire et du pouvoir de sanction[2029]. Le qualificatif « public » vient marquer l'indépendance de l'institution qui n'est plus rattachée à un quelconque service administratif. Il s'agit d'une personne morale de droit public *sui generis*[2030].

Il s'agira d'étudier les missions de l'AMF (1) pour constater qu'elle exerce un véritable contrôle-surveillance sur la société (2).

1 : Missions

286. La protection des marchés financiers. L'AMF s'est vue octroyer les missions autrefois dévolues à la Commission des opérations de bourse, au conseil des marchés financiers et au Conseil de discipline de la gestion financière[2031]. La loi lui confie un important pouvoir de surveillance. Elle dispose que l'autorité « *veille à la protection de l'épargne investie dans les instruments financiers donnant lieu à une offre au public ou à une admission aux négociations sur un marché réglementé et dans tous autres placements offerts au public. Elle veille également à l'information des investisseurs et au bon fonctionnement des marchés d'instruments financiers. Elle apporte son concours à la régulation de ces marchés aux échelons européen et international* »[2032]. Monsieur Bonneau et Madame

---

2025 Cons. const., déc. 28 juill. 1989, n° 89-260 DC : *Rec. Cons. const.* 1989, p. 71 ; *RFDA* 1989, 671, note B. GENEVOIS

2026 article 89 de la Loi 96-597 du 2 juill. 1996 dite « de modernisation des activités financières »

2027 ce qui explique que l'Etat lui-même devait supporter les conséquences dommageables de son activité : CE 22 juin 1984, *Société Pierre et Cristal : Rec. CE* 1984, p. 731 : « *si les requérants soutiennent que le rapide changement d'attitude de la commission a troublé le développement de leur activité, ce changement d'attitude provoqué par l'évolution rapide de la situation n'a pas constitué une faute lourde de nature à engager la responsabilité de l'Etat* »

2028 J. WALINE, *Droit administratif*, Dalloz 23e éd. 2010, spéc. n° 262 p. 229 – S. THOMASSET-PIERRE, « L'autorité des marchés financiers : une autorité publique ambivalente », *in Droit bancaire et financier : Mélanges AEDBF-France* IV, Banque éditeur, p. 417

2029 TH. BONNEAU et F. DRUMMOND, *Droit des marchés financiers*, préc., spéc. n° 260 p. 359

2030 Exposé des motifs de la Loi 2003-706 du 1er août 2003 dites loi « Sécurité financière » : « *L'AMF* […] *devient une personne morale de droit public* sui generis *comme la Banque de France* » – TH. BONNEAU et F. DRUMMOND, *Droit des marchés financiers*, préc., spéc. n° 249-1 p. 350

2031 F. ROUSSEL, « Organisation et missions de l'Autorité des marchés financiers », préc.

2032 article L. 621-1 du Code monétaire et financier

Drummond relèvent que l'usage du verbe « veiller » renvoie à l'idée de surveillance[2033]. Elle est une véritable autorité de contrôle. Nous nous intéresserons successivement à ce pouvoir de contrôle de l'AMF (a) qui se traduit par l'exercice d'un pouvoir réglementaire (b) et un pouvoir de sanction (c).

a : Pouvoir de contrôle

287. Contrôle de l'information. L'AMF a pour mission de surveiller le bon fonctionnement des marchés[2034]. Ce contrôle s'opère d'abord ponctuellement par le biais d'autorisation ou d'injonction lors de certaines opérations. S'agissant de la diffusion d'information par les émetteurs, l'AMF dispose d'un pouvoir de contrôle par le biais des visas. En effet, certaines opérations doivent faire l'objet d'une information spéciale du public (appel public à l'épargne, OPA…). Le document publié doit d'abord être visé par l'AMF[2035] qui peut refuser son visa ou exiger des modifications du document[2036]. Le visa atteste uniquement qu'ont été vérifiées « *la pertinence et la cohérence de l'information donnée dans la perspective de l'opération proposée aux investisseurs* »[2037]. L'AMF a également le pouvoir de se prononcer sur la recevabilité ou non d'une offre publique d'acquisition[2038].

288. Contrôle des intervenants. Pour assurer la sécurité des marchés, l'AMF intervient pour contrôler les prestataires de services. Elle intervient en matière d'agrément, de passeport européen, d'habilitation des prestataires intervenant sur les marchés sans devoir être agréés, d'enregistrement des démarcheurs, ou de délivrance de la carte professionnelle[2039]. Elle contrôle également « *la constitution, la transformation, la fusion, la scission ou la liquidation d'un organisme de placement collectif en valeurs mobilières sont soumises à l'agrément de l'Autorité des marchés financiers* »[2040]. Elle approuve les règles de fonctionnement des entreprises de marché, des chambres de compensation, des dépositaires centraux, et des sociétés gestionnaires de système de règlement et de livraison d'instruments financiers[2041].

Enfin, l'article 213-3 du Règlement général de l'AMF prévoit que l'entreprise de marché informe l'AMF préalablement à toute admission sur le marché réglementé qu'elle gère.

2033 TH. BONNEAU et F. DRUMMOND, *Droit des marchés financiers*, préc., spéc. n° 260 p. 359
2034 articles L. 621-1 al. 1er du Code monétaire et financier
2035 articles L. 621-8 du Code monétaire et financier et 231-14 du règlement général de l'AMF
2036 Communiqué de presse AMF, 23 févr. 2004 : *Banque et droit* 2004, n°94, p. 38, note H. DE VAUPLANE et J.-J. DAIGRE
2037 Communiqué COB, 10 nov. 2000 : *Bull. COB* oct. 2000, p.1
2038 article 231-23 du règlement général de l'AMF
2039 TH. BONNEAU et F. DRUMMOND, *Droit des marchés financiers*, préc., spéc. n° 278 p. 378
2040 l'article L. 214-3 du Code monétaire et financier
2041 TH. BONNEAU et F. DRUMMOND, *Droit des marchés financiers*, préc., spéc. n° 280 p. 380

L'autorité peut alors l'interdire s'il existe des motifs raisonnables de soupçonner qu'elle est contraire aux dispositions législatives et réglementaires qui lui sont applicables[2042].

289. Pouvoir d'injonction. L'AMF dispose d'un pouvoir d'injonction à l'égard des acteurs des marchés financiers. En cas de manquement à leur obligation d'information, l'AMF peut enjoindre aux émetteurs de procéder à une publication rectificative. Elle peut même procéder elle-même à cette publication en cas de carence de la société cotée[2043]. L'autorité peut également faire usage d'un pouvoir général d'injonction pour faire cesser toute pratique irrégulière. En vertu de l'article L. 621-14 I du Code monétaire et financier, « *Le collège peut, après avoir mis la personne concernée en mesure de présenter ses explications, ordonner qu'il soit mis fin, en France et à l'étranger, aux manquements aux obligations résultant 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* ». L'AMF peut également faire usage d'un pouvoir d'injonction indirecte. Son président peut demander en justice qu'il soit ordonné à la personne qui est responsable de la pratique relevée de se conformer aux dispositions législatives ou réglementaires, de mettre fin à l'irrégularité ou d'en supprimer les effets[2044].

Toutes ces décisions individuelles de l'AMF sont des actes administratifs unilatéraux[2045]. Elles peuvent faire l'objet d'un recours devant la Cour d'appel de Paris[2046].

290. Pouvoir de contrôle et d'enquête. L'AMF dispose également d'un pouvoir de contrôle régulier et d'enquête[2047]. Cette mission est placée sous la direction du secrétaire général. Le contrôle régulier porte sur le respect de l'obligation d'information des émetteurs et de sa régularité, sur la légalité des opérations effectuées sur des titres faisant l'objet d'appel public à l'épargne et sur le respect des obligations professionnelles des prestataires de services financiers[2048].

L'exercice du contrôle des transactions s'effectue grâce au *reporting*. Les prestataires de services d'investissement sont en effet tenu de déclarer « *toutes les transactions effectuées sur*

2042 article 213-2 du règlement général de l'AMF

2043 article L. 621-18 al. 3 du Code monétaire et financier

2044 article L. 621-14 II du Code monétaire et financier

2045 CA Paris, 19 mars 2002 : *Banque et droit* 2002, n°82, p. 33, note H. DE VAUPLANE ; *D*. 2002, 1678, note M. BOIZARD ; *JCP E* 2002, 998, note A. VIANDIER ; *Dr. sociétés* 2002, comm. 162, note TH. BONNEAU : le CMF est une « *autorité professionnelle habilitée à prendre des décisions individuelles ayant la nature d'acte administratifs* »

2046 article L. 621-30 du Code monétaire et financier – P. DEVOLVE, « La nature des recours devant la cour d'appel de Paris contre les actes des autorités boursières », *Bull. Joly Sociétés* 1990, p. 499 - A. VIANDIER, « Le modèle français de relation entre le juge et les autorités de marché », *Bull. Joly Bourse* 1994, p. 249

2047 article L. 621-9 I al. 1er du Code monétaire et financier

2048 TH. BONNEAU et F. DRUMMOND, *Droit des marchés financiers*, préc., spéc. n° 287 p. 393

un instrument financier admis aux négociations sur un marché réglementé d'un Etat parti à l'accord sur l'Espace économique européen ou sur un système multilatéral de négociation organisé au sens de l'article « 524-1 », quels que soient le lieu et les modalités d'exécution de la transaction »[2049]. Par transaction on entend uniquement l'achat et la vente d'un instrument financier, ce qui exclut notamment les cessions temporaires de titres, l'exercice d'options ou de warrants couverts et les transactions sur le marché primaire (telles que : émission, allocation ou souscription) en instruments financiers[2050]. Ces déclarations sont complétées par les obligations d'informations pesant sur les acteurs des marchés. L'article 524-4 du Règlement général de l'AMF impose ainsi aux entreprises de marché d'alerter sans délai l'Autorité sur les difficultés qu'elles rencontrent dans l'exécution de leurs obligations et des faits dont elles ont connaissance et qui sont susceptibles de porter atteinte au bon fonctionnement des systèmes multilatéraux de négociation organisés qu'elles ont la charge de gérer ou de caractériser des abus de marché. Les investisseurs sont tenus d'informer l'AMF des franchissements de seuil et des objectifs qu'ils ont l'intention de poursuivre au cours des six mois suivants ce franchissement[2051]. Enfin, les émetteurs également doivent déclarer à l'AMF « *les acquisitions, cessions, souscriptions ou échanges d'actions d'une société ainsi que les transactions opérées sur des instruments financiers qui leur sont liées* » lorsqu'elles sont réalisées par un membre d'un organe social, une personne pouvant prendre des décisions de gestion ou des personnes ayant un lien personnel étroit avec l'une d'elles[2052]. Ils doivent en outre lui transmettre une liste des personnes travaillant en leur sein et ayant accès aux informations privilégiées les concernant directement ou indirectement[2053].

L'AMF peut également effectuer des contrôles sur pièces et sur place dans les locaux à usage professionnel des prestataires de services financiers. Ils ont pour objet de s'assurer que les acteurs des marchés « *respectent bien leurs obligations professionnelles résultant, pour l'essentiel, du Code monétaire et financier, du Règlement général de l'AMF ou encore des règles professionnelles élaborées par les associations professionnelles et approuvées par l'AMF* »[2054]. L'Autorité peut se faire communiquer, aux fins de contrôle, tous renseignements, documents, justifications, quel qu'en soit le support et ordonner aux prestataires la

---

2049 article 315-46 I du règlement général de l'AMF
2050 article 5 du Règlement CE n° 1287/2006 du 10 août 2006
2051 article L. 233-7 I et VII du Code de commerce
2052 article L. 621-18-2 I du Code monétaire et financier
2053 article L. 621-18-4 du Code monétaire et financier
2054 Préambule de la « charte de conduite d'une mission de contrôle sur place », 11 févr. 2008, spéc. p. 2 : http://www.amf-france.org/documents/general/7998_1.pdf

conservation de toute information, quel qu'en soit le support[2055]. Elle peut entendre toute personne agissant pour le compte ou sous l'autorité de la personne contrôlée et susceptible de leur fournir des informations qu'elles estiment utiles à leur mission. Elle peut procéder à la vérification des informations transmises par confrontation avec des informations recueillies auprès de tiers. Les personnes contrôlées sont tenues d'apporter leur concours avec diligence et loyauté[2056]. Le contrôle peut également se faire à l'insu de la personne visitée. On parlera de visite mystère. Toutefois, dans ce cas, les observations réalisées ne pourront servir qu'à titre informatif et ne pourront donner lieu à des sanctions[2057].

A l'issu du contrôle, un rapport est dressé et transmis à la personne contrôlée sauf si les faits révélés sont susceptibles de qualification pénale[2058]. Celle-ci peut faire part de ses observations au secrétaire général de l'AMF[2059]. Le rapport est également transmis au collège de l'AMF qui décide s'il y a lieu d'engager une procédure de sanction[2060]. Enfin, au vu des conclusions du rapport de contrôle et des observations éventuellement reçues, il est indiqué à la société contrôlée les mesures qu'elle doit mettre en œuvre pour remédier aux irrégularités constatées[2061]. Il lui est également demandé de communiquer le rapport et les mesures proposées soit au conseil d'administration, soit au directoire et au conseil de surveillance, soit à l'organe délibérant en tenant lieu ainsi qu'aux commissaires aux comptes[2062].

En vertu de l'article L. 621-9-1 du Code monétaire et financier, le secrétaire général de l'Autorité des marchés financiers peut également décider de procéder à des enquêtes[2063]. Leur objet est beaucoup plus large que celui des contrôles. Elles portent sur « *des faits ou situations relevant de comportements ou de pratiques émanant de quelque personne que ce soit (y compris des prestataires de services d'investissement) susceptibles de porter préjudice à l'information des investisseurs, au bon fonctionnement des marchés d'instruments financiers ou à la protection de l'épargne investie dans les instruments financiers* »[2064].

Comme les personnes chargées d'un contrôle, « *les enquêteurs peuvent, pour les nécessités de l'enquête, se faire communiquer tous documents, quel qu'en soit le support, y compris les*

2055 article 143-2 du règlement général de l'AMF
2056 article 143-3 du règlement général de l'AMF
2057 S. YVON, « Les visites mystères de l'AMF : un nouvel outil de contrôle ? », *Bull. Joly bourse* 2011, p. 306
2058 article 143-5 du règlement général de l'AMF
2059 article 143-5 du règlement général de l'AMF
2060 article L. 621-15 I du Code monétaire et financier
2061 article 143-6 al. 1er du règlement général de l'AMF
2062 article 143-6 al. 1er du règlement général de l'AMF
2063 TH. BONNEAU et F. DRUMMOND, *Droit des marchés financiers*, préc., spéc. n° 290 p. 397
2064 Préambule de la « charte de conduite d'une mission de contrôle sur place », 11 févr. 2008, spéc. p. 2 : http://www.amf-france.org/documents/general/7998_1.pdf

données conservées et traitées par les opérateurs de télécommunications, et les personnes offrant un accès à des services de communication au public en ligne, et en obtenir la copie. Ils peuvent convoquer et entendre toute personne susceptible de leur fournir des informations et ils peuvent accéder aux locaux à usage professionnel »[2065]. Ils peuvent également ordonner la conservation de toute information, quel qu'en soit le support[2066]. Le rapport d'enquête est transmis au collège de l'AMF qui décide s'il y lieu d'engager une procédure de sanction[2067].

Lorsque l'enquête porte sur un délit d'initiés, de communication d'informations privilégiées, de diffusion d'informations fausses ou trompeuses, ou de manipulation de cours, les enquêteurs disposent d'un pouvoir de perquisition et de saisi[2068]. Ils peuvent également demander au président du TGI de prononcer une mesure conservatoire à l'encontre des personnes mises en cause[2069].

Enfin, en vertu de l'article L. 621-9-2 du Code monétaire et financier, l'Autorité des marchés financiers peut « *déléguer aux entreprises de marché et, le cas échéant, aux chambres de compensation le contrôle de l'activité et des opérations effectuées par les membres d'un marché réglementé ainsi que par les prestataires de services d'investissement ayant transmis des ordres sur ce marché* ». Elle peut également « *recourir, pour ses contrôles et enquêtes, à des corps de contrôle extérieurs, à des commissaires aux comptes, à des experts inscrits sur une liste d'experts judiciaires ou à des personnes ou autorités compétentes* ».

b : Pouvoir réglementaire

291. Fondement. La connaissance des marchés que confère à l'AMF son pouvoir de surveillance des activités financières fonde sa mission d'autorité de régulation. Dès 1968, la COB pouvait prendre des décisions de portée générale mais leur valeur juridique n'était pas précisée. Il a fallu attendre la Loi du 14 décembre 1985 pour qu'enfin leur nature réglementaire soit reconnue. Le Conseil constitutionnel ne s'est pas opposé à cette délégation du pouvoir réglementaire à une autorité administrative indépendante dès lors qu'il ne s'agissait que d'un pouvoir réglementaire d'application. Néanmoins, « *l'habilitation ne doit concerner que des mesures de portée limitée, tant par leur champ d'application que par leur*

2065 article L. 621-10 du Code monétaire et financier
2066 article 144-2 du règlement général de l'AMF
2067 article L. 621-15 du Code monétaire et financier
2068 article L. 621-12 al. 1er du Code monétaire et financier
2069 article L. 621-13 al. 1er et 2 du Code monétaire et financier

contenu »[2070]. En 2003, L'AMF s'est vue dotée du même pouvoir. L'article L. 621-6 alinéa 1er du Code monétaire et financier dispose que « *pour l'exécution de ses missions, l'Autorité des marchés financiers prend un règlement général qui est publié au Journal officiel de la République française, après homologation par arrêté du ministre chargé de l'économie* »[2071].

Le pouvoir réglementaire de l'AMF est toutefois limité. En cas de carence, le ministre chargé de l'économie peut reprendre ce pouvoir[2072]. De plus, l'exercice de cette prérogative est encadré. La norme doit résulter d'un consensus entre les différents acteurs du marché[2073].

292. Domaine de compétence. La liste des domaines relevant de la compétence réglementaire de l'AMF figure à l'article L. 621-7 du Code monétaire et financier.

Le Règlement général fixe en premier lieu les obligations pesant sur les émetteurs procédant à une offre publique ou dont les instruments financiers sont admis aux négociations sur un marché réglementé. Il encadre également les opérations portant sur ces instruments financiers et les offres publiques d'acquisition. Ainsi, le Règlement général de l'AMF fixe dans son livre II les obligations d'information pesant sur les sociétés émettrices lors de l'introduction d'un titre sur un marché et l'information périodique et permanente qui leur est imposée. L'AMF fixe également les modalités d'exécution de cette obligation d'information.

L'AMF intervient ensuite pour encadrer les professionnels intervenant sur le marché. Elle fixe les règles de bonne conduite et les obligations qui leur incombent. Ces dispositions constituent le livre III du Règlement général. Elle réglemente également les produits d'épargne collective et les organismes de placement collectif en valeurs mobilières.

Enfin, l'AMF a en charge la réglementation de l'organisation et du fonctionnement des marchés. Cela constitue le livre V du Règlement général de l'AMF, le livre VI encadrant les pratiques sur les marchés en interdisant les abus de marché telles les opérations d'initiés et les manipulations de marché.

293. Pouvoir d'interprétation. L'AMF, pour préciser l'interprétation de ses règlements, peut publier des instructions ou recommandations[2074]. En réalité, les instructions ont pour

---

2070 Cons. const., déc. 18 septembre 1986, n° 86-217 DC : préc. note 365 - Cons. const., déc. 17 janv. 1989, n° 88-248 DC : *Rec. Cons. const.* 1989 p. 18 ; *RDP* 1989, p. 399, note FAVOREU

2071 L. TERTRAIS et C. UZAN, « Le règlement général de l'Autorité des marchés financiers », *Gaz. Pal.* 22 déc. 2005 n° 356, p. 12

2072 article L. 621-7-2 du Code monétaire et financier

2073 Exposé des motifs de la Loi Sécurité financière du 1er août 2003 : « *bien que les acteurs du marché participe déjà fortement au collège de l'AMF […], l'Autorité devra procéder à de larges consultations avant de prendre les textes. En faire une obligation dans la loi serait excessivement rigide ; en revanche, l'Autorité pourra adopter un Code de conduite sur les modalités de consultation (utilisation d'Internet, délais, traitement des réponses…), sur l'exemple du Comité européen des régulateurs de valeurs mobilières* » – Pour une critique de la réalité de ce consensus, V. Th. Bonneau, « Consultations publiques : leurre ou réalité », *Dr. sociétés* 2004, repère 10

2074 article L. 621-6, al. 2 du Code monétaire et financier

objet de compléter les dispositions du Règlement général de l'AMF. Monsieur Bonneau et Madame Drummond les comparent aux décrets d'application venant régir la mise en œuvre d'une loi[2075]. En l'absence d'homologation par le ministre, elles ne peuvent avoir la valeur juridique d'un véritable règlement[2076]. Elles n'ont donc pas de véritable valeur juridique sinon que l'AMF est tenue par l'interprétation qu'elle fait de sa réglementation[2077]. Néanmoins, elles ont une importance pratique du fait de l'autorité qui les émet[2078]. Les recommandations ont plus un caractère interprétatif. Elles n'ont pas non plus valeur réglementaire mais l'AMF elle-même s'est reconnue liée par ses propres textes[2079]. Elles peuvent toutefois accéder au rang de véritables normes si elles deviennent un usage[2080]. En effet, les acteurs des marchés pensent généralement qu'elles ont un caractère obligatoire[2081].

L'AMF peut également rendre des « positions » et des « rescrits ». Les positions constituent en quelque sorte la doctrine de l'AMF et consistent en des documents explicatifs[2082]. Les rescrits sont des réponses fournies par l'AMF lorsqu'elle est interrogée par un professionnel sur la régularité d'une opération projetée[2083]. Ils ne peuvent porter que sur l'interprétation du Règlement général. Le rescrit est opposable à l'AMF mais uniquement par le demandeur[2084].

c : Pouvoir de sanction

294. Sanctions administratives et disciplinaires. L'AMF a enfin un pouvoir de sanction disciplinaire à l'égard des professionnels du marché et administrative à l'égard de toute personne[2085]. Le Conseil constitutionnel n'a pas jugé contraire au principe de séparation des pouvoirs de doter une autorité administrative d'un pouvoir de sanction[2086].

2075 TH. BONNEAU et F. DRUMMOND, *Droit des marchés financiers*, préc., spéc. n° 271-1 p. 370

2076 A. COURET, H. LE NABASQUE et *al.*, *Droit financier*, Dalloz 2e éd. 2012, spéc. n° 318 p. 203

2077 D. SCHMIDT, « Commentaire de la recommandation n° 2003-01 de la COB relative aux procédures dites de « Data Room » », *JCP E* 2004, p. 604

2078 A. COURET, H. LE NABASQUE et *al.*, *Droit financier*, préc., spéc. n° 318 p. 203

2079 « Recommandations pour l'élaboration des documents de référence relatifs à l'exercice 2003 », *Rev. AMF* mars 2004, p. 5, spéc. p. 6

2080 A. BALLOT-LENA, « Les actes non décisoires de l'AMF. Quand le droit mou s'endurcit », http://www.glose.org/CEDCACE1.pdf

2081 P. AÏDAN, *Droit des marchés financiers, Réflexions sur les sources*, Banque édition 2001, spéc. n° 140

2082 TH. BONNEAU et F. DRUMMOND, *Droit des marchés financiers*, préc., spéc. n° 272-1 p. 373

2083 article 121-1 du règlement général de l'AMF – TH. GRANIER, « Un rescrit de l'Autorité des marchés financiers relatif au champ d'application de l'appel public à l'épargne », *Bull. Joly Bourse* 2006, p. 499

2084 article 122-3 du règlement général de l'AMF

2085 article L. 621-15 II du Code monétaire et financier – D. BOMBOINT, « La réforme des pouvoirs de sanction administrative de l'Autorité des marchés financiers par la loi RBF du 22 oct. 2020 », *RD bancaire et fin.* 2011, dossier 12 – J.-P. JOUYET, « La place de la sanction dans la régulation des marchés financiers », *Bull. Joly Bourse* 2009, p. 419

2086 Cons. const., déc. 17 janv. 1989, n° 88-248 DC : préc. note 2070 – Cons. const., déc. 28 juill. 1989, n° 89-260 DC : préc. note 2025

La procédure de sanction est identique qu'elle soit administrative ou disciplinaire. Elle est ouverte par le collège de l'AMF. Il est saisi par un rapport de contrôle ou d'enquête ou à la demande du gouverneur de la Banque de France, du président de la Commission bancaire ou du président de la Commission de contrôle des assurances, des mutuelles et des institutions de prévoyance[2087]. S'il décide l'ouverture d'une procédure de sanction, il notifie les griefs aux personnes concernées puis transmet la notification des griefs à la commission des sanctions, qui désigne un rapporteur parmi ses membres[2088]. En cas d'urgence, le collège peut suspendre l'activité du professionnel mis en cause. L'instruction est menée par le rapporteur qui peut entendre toute personne dont l'audition lui paraît utile. Enfin, la commission des sanctions statue par décision motivée, hors la présence du rapporteur. Aucune sanction ne peut être prononcée sans que la personne concernée ou son représentant aient été entendus ou, à défaut, dûment appelés. La commission des sanctions peut rendre publique sa décision dans les publications, journaux ou supports qu'elle désigne à moins que cette publication ne risque de perturber gravement les marchés financiers ou de causer un préjudice disproportionné aux parties en cause[2089].

Les sanctions susceptibles d'être prononcées sont l'avertissement, le blâme, l'interdiction à titre temporaire ou définitif de l'exercice de tout ou partie des services fournis ou des activités exercées ou une sanction pécuniaire, en fonction de la qualité de la personne sanctionnée[2090]. Elles peuvent faire l'objet d'un recours devant le Conseil d'Etat lorsqu'elles sont prononcées à l'encontre d'un professionnel des marchés tandis que la Cour d'appel de Paris connaît des recours formés par les autres personnes[2091].

2 : L'exercice d'un contrôle-surveillance

295. L'intérêt social à travers le spectre de l'intérêt général. L'AMF dispose donc d'un large pouvoir de contrôle sur les émetteurs de titres financiers ainsi que sur les sociétés intervenant sur les marchés. Ce pouvoir de contrôle est finalisé car il est complété par un pouvoir de sanction et de règlementation afin d'assurer la sécurité des marchés et leur bon fonctionnement. Néanmoins, ce pouvoir de contrôle reste un pouvoir de surveillance. L'AMF

2087 article L. 621-15 I du Code monétaire et financier

2088 article L. 621-15 I al. 2 du Code monétaire et financier

2089 article L. 621-15 IV et V du Code monétaire et financier

2090 article L. 621-15 III du Code monétaire et financier – B. BOULOC, « Alternatives et articulations entre types de sanctions en matière financière », *Bull. Joly Bourse* 2009, p. 430

2091 TH. BONNEAU et F. DRUMMOND, *Droit des marchés financiers*, préc., spéc. n° 299 p. 429 - J.-J. DAIGRE, « Recours contre les décisions de la future autorité des marchés financiers : compétence administrative ou judiciaire ? », *RD bancaire et fin.* 2003 p. 197 – M.-L. COQUELET, « Recours contre les décisions de l'AMF : la nouvelle partition du dualisme juridictionnel », *in Droit bancaire et financier : Mélanges AEDBF-France* IV, Banque édition 2004, p. 119

ne peut pas s'immiscer dans la gestion sociale sauf à empêcher la réalisation d'une opération non conforme aux règles en vigueur.

L'AMF exerce son contrôle sur les marchés. Un marché est, selon le Code monétaire et financier, un système multilatéral de négociation qui assure la rencontre, en son sein et selon des règles non discrétionnaires, de multiples intérêts acheteurs et vendeurs exprimés par des tiers sur des instruments financiers, de manière à conclure des transactions sur ces instruments[2092]. L'intérêt des marchés n'est donc qu'un savant équilibre entre les intérêts des émetteurs et ceux des épargnants ou futurs investisseurs. Ainsi, l'AMF assure le contrôle des opérations sur les marchés tantôt au regard de l'intérêt des détenteurs de titre[2093], tantôt au contraire au regard des investisseurs[2094]. Le Conseil d'Etat évoque pour sa part l'intérêt de l'intégrité du marché[2095] et précise qu'il en va de l'intérêt général[2096]. En effet, l'AMF se voit confier une véritable mission de service public[2097]. Cela se traduit notamment par la rédaction d'un rapport annuel sur les pratiques de gouvernance et de contrôle interne des sociétés cotées[2098]. La croissance économique est dépendante du bon fonctionnement des marchés[2099], le contrôle de ces derniers est donc bien guidé par un intérêt supérieur : l'intérêt général. Il s'agit pour l'AMF d'exercer une surveillance de la société au regard d'un intérêt subjectif. L'Autorité contrôle le risque social au regard de l'intérêt social mais cet intérêt social est apprécié lui-même au regard d'une norme supérieure : l'intérêt du marché[2100]. L'AMF vérifie

---

2092 articles L. 421-1 et L. 424-1 du Code monétaire et financier – V. J.-J. DAIGRE, « Evolution de la notion de marché financier », *in Liber Amicorum Jacques Malherbe*, Bruylant 2006, p. 233

2093 V. par ex. en matière d'offre publique de retrait : article 236-6 du RG AMF : « *L'AMF apprécie les conséquences de l'opération prévue au regard des droits et des intérêts des détenteurs de titres de capital ou des détenteurs de droits de vote de la société et décide s'il y a lieu à mise en œuvre d'une offre publique de retrait* »

2094 V. par ex. en matière d'offre publique d'achat : article 231-3 du RG AMF : « *En vue d'un déroulement ordonné des opérations au mieux des intérêts des investisseurs et du marché, toutes les personnes concernées par une offre doivent respecter le libre jeu des offres et de leurs surenchères, d'égalité de traitement et d'information des détenteurs des titres des personnes concernées par l'offre, de transparence et d'intégrité du marché et de loyauté dans les transactions et la compétition* »

2095 CE, 6 juin 2008, n° 316001 : inédit : Le conseil d'Etat rejette la demande de suspension de la publication d'une sanction au motif que « *la publicité de la sanction répond à l'intérêt de l'intégrité du marché* »

2096 CE, 29 mars 2010, n° 323354 : inédit : le CE rejette une demande d'annulation de la publication d'une sanction au motif notamment que celle-ci se justifie au regard de « *l'intérêt général qui s'attache au bon fonctionnement du marché* » - CE, 17 déc. 2008, n° 31600 : inédit : « *si les exigences d'intérêt général relatives au bon fonctionnement du marché, à la transparence des opérations et à la protection des épargnants peuvent justifier que la sanction pécuniaire infligée à une société soit assortie d'une publication, afin de porter à la connaissance de toutes les personnes intéressées les irrégularités qui ont été commises, le principe de responsabilité personnelle fait obstacle, au regard de la portée punitive et du caractère de sanction complémentaire que revêt également la publication, à ce que l'autorité disciplinaire ordonne la publication de la sanction pécuniaire infligée à une société en raison des manquements commis par une autre société qu'elle a entre temps absorbée* » - CE, 6 juin 2008, n° 299203 : inédit

2097 J. MEADEL, *Les marchés financiers et l'ordre public*, LGDJ 2007, spéc. p. 340 et s.

2098 article L. 621-18-3 du Code monétaire et financier

2099 A. POSNER, *Economic analysis of law*, Little Brown 2e éd. 1977, spéc. p. 231

2100 J. MEADEL, *Les marchés financiers et l'ordre public*, préc., spéc. p. 14 et s.

le bon fonctionnement social mais dans le but de protéger l'économie nationale (voire mondiale) et non dans le souci d'assurer le développement optimal de l'entreprise.

B : L'AUTORITE DE CONTROLE PRUDENTIEL

296. Origine. L'Autorité de contrôle prudentiel[2101] a été instaurée par l'ordonnance du 21 janvier 2010 portant fusion des autorités d'agrément et de contrôle de la banque et de l'assurance[2102]. Elle vient se substituer au Comité des établissements de crédit et des entreprises d'investissement, à la Commission bancaire, à l'Autorité de contrôle des assurances et des mutuelles et au Comité des entreprises d'assurance[2103]. Il s'agit d'une autorité administrative indépendante[2104] donc non dotée de la personnalité morale[2105] mais disposant d'une autonomie financière[2106]. Elle a néanmoins pour particularité d'être liée structurellement et financièrement à la Banque de France[2107] et l'on peut relativiser son indépendance vis-à-vis de cette dernière[2108].

La dénomination même de l'autorité mais en avant la mission de « contrôle » de l'ACP. Monsieur Bonneau la qualifie expressément de « *mission de surveillance et de contrôle* »[2109]. Il s'agira d'étudier cette mission (2), les moyens dont dispose l'ACP (3) et enfin de s'intéresser à la finalité du contrôle-surveillance qu'elle exerce sur la société (4).

1 : Missions

297. Mission générale. Le contrôle exercé par l'ACP ne porte que sur les établissements du secteur de la banque, des services de paiement et des services d'investissement ainsi que du

---

2101 sur l'organisation de l'ACP, V. TH. BONNEAU, *Droit bancaire*, préc. spéc. n° 148 et s., p. 106 et s.

2102 V. RUOL, « L'ordonnance n° 2010-76 du 21 janvier 2010, Révolution ou évolution », *Banque et droit* 2010, n°131, p. 3 - E. CAUSSE et A. MAYMONT, « L'Autorité de contrôle prudentiel - Commentaire de l'ordonnance du 21 janvier 2010 portant fusion des autorités d'agrément et de contrôle de la banque et de l'assurance », *RD bancaire et fin.* 2010, étude 11 - T. BONNEAU, « Commentaire de l'ordonnance n° 2010-76 du 21 janvier 2010 portant fusion des autorités d'agrément et de contrôle de la banque et de l'assurance », *JCP E* 2010, 1140 - R. ROUTIER, « Présentation de l'Autorité de contrôle prudentiel », *Rev. Lamy dr. aff.* 2011, p. 89

2103 E. CAUSSE et A. MAYMONT, « L'Autorité de contrôle prudentiel - Commentaire de l'ordonnance du 21 janvier 2010 portant fusion des autorités d'agrément et de contrôle de la banque et de l'assurance », préc., spéc. n° 2

2104 article L. 612-1 al. 1er du Code monétaire et financier

2105 E. CAUSSE et A. MAYMONT, « L'Autorité de contrôle prudentiel - Commentaire de l'ordonnance du 21 janvier 2010 portant fusion des autorités d'agrément et de contrôle de la banque et de l'assurance », préc., spéc. n° 8

2106 article L. 612-18 du Code monétaire et financier – T. BONNEAU, « Commentaire de l'ordonnance n° 2010-76 du 21 janvier 2010 portant fusion des autorités d'agrément et de contrôle de la banque et de l'assurance », préc., spéc. n° 8

2107 V. RUOL, « L'ordonnance n° 2010-76 du 21 janvier 2010, Révolution ou évolution », préc., spéc. p. 9

2108 A. AZI, « Quelques questions juridiques soulevées par le statut et les procédures de l'Autorité de contrôle prudentiel », Gaz. Pal. 2010, p. 2752, spéc. p. 2753 - E. CAUSSE et A. MAYMONT, « L'Autorité de contrôle prudentiel - Commentaire de l'ordonnance du 21 janvier 2010 portant fusion des autorités d'agrément et de contrôle de la banque et de l'assurance », préc., spéc. n° 6

2109 TH. BONNEAU, *Droit bancaire*, préc. spéc. n° 146-4 p. 105

secteur de l'assurance[2110]. Elle s'assure du respect par ces personnes des dispositions du Code monétaire et financier ainsi que des dispositions réglementaires prévues pour son application, du Code des assurances, de celles du Code de la sécurité sociale relatives à la protection sociale complémentaire et supplémentaire des salariés et non-salariés et aux institutions à caractère paritaire, des dispositions du Code de la consommation relatives aux conditions générales des contrats, du Code de la mutualité, des Codes de conduite homologués ainsi que de toutes autres dispositions législatives et réglementaires dont la méconnaissance entraîne celle des dispositions précitées[2111]. Le pouvoir de contrôle attribué à l'ACP lui confère un droit d'intervention et de surveillance.

298. Pouvoir d'intervention. L'ACP exerce sa mission de contrôle par le biais d'autorisation et d'agrément[2112]. Elle doit ainsi examiner les demandes d'autorisations ou de dérogations individuelles qui lui sont adressées et prendre les décisions prévues par les dispositions législatives et règlementaires applicables aux personnes soumises à son contrôle[2113]. Sont ainsi soumis à l'agrément de l'ACP : les établissements de crédit, les caisses de crédit municipal, les sociétés de crédit foncier, les établissements de paiement, les entreprises d'investissement, les entreprises d'assurance et de réassurance, les mutuelles et unions pratiquant des opérations d'assurance, de réassurance et de capitalisation et les institutions de prévoyance. La loi fixe les informations devant être fournies par le futur agréé à l'ACP. L'Autorité statue ensuite au regard de la forme de la société, de ses moyens financiers et techniques, de la compétence de ses dirigeants et de la qualité des apporteurs de capitaux[2114].

299. Missions de surveillance. L'ACP exerce « *une surveillance permanente* » de la situation financière et des conditions d'exploitation des établissements du secteur de la banque, des services de paiement, des services d'investissement et de l'assurance[2115]. Elle contrôle notamment le respect de leurs exigences de solvabilité. Elle s'assure que les établissements de crédit, les entreprises d'investissement autres que les sociétés de gestion de portefeuille, les entreprises de marché, les adhérents aux chambres de compensation, les

---

2110 pour la liste exacte des établissements concernés, V. article L. 612-2 du Code monétaire et financier

2111 article L. 612-1 I al. 2 du Code monétaire et financier

2112 E. CAUSSE et A. MAYMONT, « L'Autorité de contrôle prudentiel - Commentaire de l'ordonnance du 21 janvier 2010 portant fusion des autorités d'agrément et de contrôle de la banque et de l'assurance », préc., spéc. n° 41 - TH. BONNEAU, *Droit bancaire*, préc. spéc. n° 156 p. 110

2113 article L. 612-1 II 1° du Code monétaire et financier – Sur la procédure d'agrément V. S. PIEDELIEVRE et E. PUTMAN, *Droit bancaire*, Economica 2011, spéc. n° 125 et s., p. 125 et s. – J. BIGOT et *al., Traité de droit des assurances,* t. 1*, Entreprises et organismes d'assurance*, LGDJ 3e éd. 2011, spéc. n° 1721 et s., p. 741 et s.

2114 article L. 321-10 du Code des assurances et L. 511-10 du Code monétaire et financier.

2115 article L. 612-1 II 2° du Code monétaire et financier - TH. BONNEAU, *Droit bancaire*, préc. spéc. n° 146-4 p. 105

personnes habilitées à exercer les activités de conservation ou d'administration d'instruments financiers, les établissements de paiement et les compagnies financières respectent les règles relatives à la préservation de leur liquidité. Elle vérifie également que les entreprises exerçant une activité d'assurance directe ou exerçant une activité de réassurance, les mutuelles et unions régies par le livre II du Code de la mutualité et les unions gérant les systèmes fédéraux de garantie ainsi que les unions mutualistes de groupe, les institutions de prévoyance, unions et groupements paritaires de prévoyance, le fonds de garantie universelle des risques locatifs et les véhicules de titrisation, sont en mesure de tenir à tout moment les engagements qu'ils ont pris envers leurs assurés, adhérents, bénéficiaires ou entreprises réassurées et les tiennent effectivement.

Enfin, l'Autorité est chargée de veiller au respect par les personnes soumises à son contrôle des règles destinées à assurer la protection de leur clientèle, résultant notamment de toute disposition législative et règlementaire ou des règles de bonne pratique de leur profession, constatées ou résultant de ses recommandations, ainsi qu'à l'adéquation des moyens et procédures qu'elles mettent en œuvre à cet effet. Elle veille également à l'adéquation des moyens et procédures que ces personnes mettent en œuvre pour respecter le Code de la consommation[2116].

2 : Les moyens du contrôle de l'ACP

300. Moyens. L'article L. 612-1 II 3° alinéa 2 du Code monétaire et financier confère à l'Autorité de contrôle prudentiel des moyens importants pour mettre en œuvre ses missions. Ainsi, elle dispose d'un pouvoir de contrôle, du pouvoir de prendre des mesures de police administrative et d'un pouvoir de sanction. Elle peut en outre porter à la connaissance du public toute information qu'elle estime nécessaire à l'accomplissement de ses missions, sans que lui soit opposable le secret professionnel[2117].

301. Le contrôle sur pièce ou sur place. L'Autorité peut exercer un contrôle sur place ou sur pièce par l'intermédiaire de son secrétaire général[2118]. Il peut éventuellement recourir à des corps de contrôle extérieurs, des commissaires aux comptes, des experts ou à des

---

2116 article L. 612-1 II 3° du Code monétaire et financier

2117 E. CAUSSE et A. MAYMONT, « L'Autorité de contrôle prudentiel - Commentaire de l'ordonnance du 21 janvier 2010 portant fusion des autorités d'agrément et de contrôle de la banque et de l'assurance », préc., spéc. n° 39 et s.

2118 article L. 612-23 al. 1er du Code monétaire et financier - B. DAILLE-DUCLOS, « L'Autorité de contrôle prudentiel : nouvelles règles de contrôle et de sanctions en matière d'assurance », *LPA* 07 mai 2010 p. 4 - TH. BONNEAU, *Droit bancaire*, préc. spéc. n° 156-1 p. 110

personnes ou autorités compétentes[2119]. Ce contrôle s'opère par la transmission périodique d'un certain nombre de documents dont la liste est fixée par l'ACP elle-même[2120]. Le secrétaire général de l'Autorité de contrôle prudentiel peut, en outre, demander aux personnes soumises à son contrôle tous renseignements, documents, quel qu'en soit le support, et en obtenir la copie, ainsi que tous éclaircissements ou justifications nécessaires à l'exercice de sa mission. Il peut demander à ces personnes la communication des rapports des commissaires aux comptes et, d'une manière générale, de tous documents comptables dont il peut, en tant que de besoins, demander la certification[2121]. A la différence du secrétaire général de l'AMF, il peut convoquer et entendre toute personne soumise à son contrôle ou dont l'audition est nécessaire à l'exercice de sa mission de contrôle[2122].

Le contrôle sur place est encadré par deux chartes édictées par l'ACP elle-même[2123]. Il est exercé par délégation du secrétaire général de l'ACP. Ce dernier fixe l'objet du contrôle dans « une lettre de mission ». Le contrôle sur place peut être diligenté librement par le secrétaire général, à tout moment, au regard de la situation de l'entité contrôlée mais également de son environnement économique et financier[2124]. Les deux chartes fixent ainsi l'objet de ce contrôle sur place. Pour les activités d'assurance, « *le contrôle porte sur l'ensemble des activités des organismes. Il repose essentiellement sur l'examen de leur situation financière, de leurs conditions d'exploitation, de leurs modes de fonctionnement et de gouvernance* »[2125]. Pour le secteur bancaire, les missions du contrôleur « *visent dans le cas le plus général à évaluer la nature et la qualité des risques portés par les établissements et à apprécier leur capacité à y faire face, notamment au plan financier. Elles s'attachent à examiner l'adéquation de l'organisation interne de l'établissement à la nature de ses activités et de ses risques et à évaluer les dispositifs de contrôle et de maitrise des risques. Elles examinent le respect des règles destinées à assurer de la protection de la clientèle. Bien entendu, est examinée l'information adressée aux autorités de contrôle pour en vérifier la sincérité et*

2119 article L. 612-23 al. 3 du Code monétaire et financier

2120 article L. 612-24 al. 1er du Code monétaire et financier - S. PIEDELIEVRE et E. PUTMAN, *Droit bancaire*, préc., spéc. n° 166 et s., p. 168 et s.

2121 article L. 612-24 al. 2 du Code monétaire et financier

2122 E. CAUSSE et A. MAYMONT, « L'Autorité de contrôle prudentiel - Commentaire de l'ordonnance du 21 janvier 2010 portant fusion des autorités d'agrément et de contrôle de la banque et de l'assurance », préc., spéc. n° 42

2123 *Charte du contrôle de l'ACP ; secteur assurance* et *Charte de conduite d'une mission de contrôle sur place dans le secteur de la banque, des services de paiement et des services d'investissement*
http://www.acp.banque-france.fr/fileadmin/user_upload/acp/publications/registre-officiel/2010-Charte-du-controle-sur-place-secteur-assurance.pdf
http://www.acp.banque-france.fr/fileadmin/user_upload/acp/publications/registre-officiel/2010-Charte-du-controle-sur-place-secteur-banque.pdf

2124 S. PIEDELIEVRE et E. PUTMAN, *Droit bancaire*, préc., spéc. n° 168 p. 170 - J. BIGOT et *al., Traité de droit des assurances,* t. 1, *Entreprises et organismes d'assurance*, préc., spéc. n° 1830 p. 779

2125 *Charte du contrôle de l'ACP ; secteur assurance,* spéc. p. 2

l'exhaustivité »[2126]. Ces deux chartes définissent purement et simplement le contrôle-surveillance de l'ACP. Il porte sur l'état financier et organisationnel de la société de banque ou d'assurance. Il met également l'accent sur l'idée de risque et sa confrontation à l'organisation sociale. Il s'agit sans aucun doute d'apprécier le risque social au regard de la continuité de l'entreprise, autrement dit de l'intérêt social.

Le secrétaire général de l'Autorité de contrôle prudentiel peut décider d'étendre le contrôle sur place d'une personne soumise à son contrôle à tous les membres du groupe auquel appartient le contrôlé, aux personnes et organismes de toute nature ayant passé, directement ou indirectement, avec lui, une convention de gestion, de réassurance ou de tout autre type susceptible d'altérer son autonomie de fonctionnement ou de décision concernant l'un quelconque de ses domaines d'activité, à toute entreprise affiliée, participante ou affiliée des entreprises participantes de l'entreprise d'assurance, et aux mutuelles, unions et institutions de gestion de retraite supplémentaire qui lui sont liées[2127]. Les contrôles sur place peuvent également, dans le cadre de conventions internationales, être étendus aux succursales ou filiales, installées à l'étranger, d'entreprises assujetties au contrôle de l'Autorité[2128].

Le contrôle sur place fait l'objet d'un projet de rapport porté à la connaissance des dirigeants de la personne contrôlée, qui peuvent faire part de leurs observations, dont il est fait état dans le rapport définitif[2129]. A la suite de ce contrôle, l'ACP peut informer le ministère public ou l'Autorité de la concurrence d'éventuelles infractions à la réglementation en vigueur[2130]. Elle peut également mettre en œuvre le pouvoir d'injonction et de police administrative dont elle dispose.

302. Pouvoir d'injonction et de police administrative. L'autorité de contrôle prudentiel peut enjoindre la société contrôlée, sous astreinte, de respecter ses obligations de déclaration ou de transmission d'états, de documents ou de données demandés par le secrétaire général ou une des formations de l'Autorité[2131].

Lorsque certaines pratiques de la société contrôlée sont susceptibles de mettre en danger les intérêts de ses clients, assurés, adhérents ou bénéficiaires, l'Autorité de contrôle prudentiel peut, après avoir mis ses dirigeants en mesure de présenter leurs explications, la mettre en

---

2126 *Charte de conduite d'une mission de contrôle sur place dans le secteur de la banque, des services de paiement et des services d'investissement*, spéc. n° 1.3 al. 2 p. 2

2127 article L. 612-26 du Code monétaire et financier

2128 article L. 612-26 du Code monétaire et financier

2129 S. PIEDELIEVRE et E. PUTMAN, *Droit bancaire*, préc., spéc. n° 169 p. 171 - J. BIGOT et *al., Traité de droit des assurances,* t. 1*, Entreprises et organismes d'assurance*, préc., spéc. n° 1839 p. 783

2130 article L. 612-28 et L. 612-29 du Code monétaire et financier

2131 article L. 612-25 al. 1er du Code monétaire et financier

garde contre les atteintes aux règles de bonne pratique de la profession concernée[2132]. Elle peut également la mettre en demeure de prendre, dans un délai déterminé, toutes mesures destinées à sa mise en conformité avec les obligations au respect desquelles l'Autorité de contrôle prudentiel a pour mission de veiller. L'Autorité de contrôle prudentiel peut, en outre, obliger toute personne soumise à son contrôle à soumettre à son approbation un programme de rétablissement comprenant toutes les mesures appropriées pour restaurer ou renforcer sa situation financière, améliorer ses méthodes de gestion ou assurer l'adéquation de son organisation à ses activités ou à ses objectifs de développement[2133].

Enfin, lorsque la solvabilité ou la liquidité d'une personne soumise au contrôle ou lorsque les intérêts de ses clients, assurés, adhérents ou bénéficiaires, sont compromis ou susceptibles de l'être, l'Autorité de contrôle prudentiel peut prendre toutes mesures conservatoires nécessaires[2134]. Elle peut ainsi placer la société contrôlée sous surveillance spéciale, lui limiter ou interdire temporairement l'exercice de certaines opérations, y compris l'acceptation de primes ou dépôts, et suspendre, restreindre ou interdire temporairement la libre disposition de tout ou partie de ses actifs. Si la société contrôlée est une entreprise d'assurance, une mutuelle ou union, ou une institution de prévoyance, union ou groupement paritaires de prévoyance, l'Autorité peut lui ordonner de suspendre ou limiter le paiement des valeurs de rachat, la faculté d'arbitrages, le versement d'avances sur contrat ou la faculté de renonciation. Elle peut également prononcer le transfert d'office de tout ou partie de son portefeuille des contrats d'assurance ou de règlements mutualistes. Enfin, l'Autorité peut décider d'interdire ou de limiter la distribution d'un dividende aux actionnaires ou d'une rémunération des parts sociales aux sociétaires de ces personnes, ainsi que la suspension d'un ou plusieurs dirigeants de la personne contrôlée[2135].

303. Pouvoir de sanction. Le pouvoir de sanction est mis en œuvre par le collège de l'ACP[2136]. Lorsque l'un des deux sous-collèges décide l'ouverture d'une procédure de sanction, son président notifie les griefs aux personnes concernées. Il transmet la notification des griefs à la commission des sanctions qui est seule compétente pour statuer.

2132 article L. 612-30 du Code monétaire et financier

2133 B. DAILLE-DUCLOS, « L'Autorité de contrôle prudentiel : nouvelles règles de contrôle et de sanctions en matière d'assurance », préc.

2134 article L. 612-33 du Code monétaire et financier

2135 V. RUOL, « L'ordonnance n° 2010-76 du 21 janvier 2010, Révolution ou évolution », préc., spéc. p. 6

2136 article L. 612-38 al. 1er du Code monétaire et financier

La procédure est contradictoire[2137]. Toute personne convoquée a le droit de se faire assister ou représenter par un conseil de son choix. La commission des sanctions dispose des services de l'Autorité pour la conduite de la procédure[2138]. Si le membre du collège désigné par la formation qui a décidé de l'ouverture de la procédure de sanction est convoqué à l'audience, il y assiste sans voix délibérative mais peut présenter des observations au soutien des griefs notifiés et proposer une sanction. Néanmoins, afin de se conformer aux exigences du procès équitable posées par la CEDH[2139], la commission délibère hors la présence des parties, du commissaire du gouvernement, du membre du collège et des services de l'Autorité chargés d'assister ce dernier ou de le représenter[2140].

Les sanctions que la Commission est susceptible de prononcer sont l'avertissement, le blâme, l'interdiction d'effectuer certaines opérations et toutes autres limitations dans l'exercice de l'activité, la suspension temporaire ou la démission d'office d'un ou plusieurs dirigeants ou des personnes déclarées responsables de la gestion, le retrait partiel d'agrément, la radiation de la liste des personnes agréées et une sanction pécuniaire au plus égale à cinquante millions d'euros[2141]. Ces sanctions peuvent être cumulées et éventuellement assorties d'une astreinte[2142].

3 : La finalité du contrôle-surveillance par l'ACP

304. L'intérêt général. En vertu de l'article L. 612-1 du Code monétaire et financier, l'ACP « *veille à la préservation de la stabilité du système financier et à la protection des clients, assurés, adhérents et bénéficiaires des personnes soumises à son contrôle* ».

La volonté de préserver l'ordre financier international a conduit en effet le législateur à fusionner les différentes autorités de contrôle de la banque et de l'assurance[2143]. La réforme est, en effet, intervenue avec l'apparition d'une crise financière majeure[2144]. La stabilité du système financier s'oppose à l'idée d'une faillite de ses acteurs et le contrôle prudentiel a

---

2137 S. PIEDELIEVRE et E. PUTMAN, *Droit bancaire*, préc., spéc. n° 174 p. 1175 - J. BIGOT et *al., Traité de droit des assurances,* t. 1*, Entreprises et organismes d'assurance*, préc., spéc. n° 1906 p. 805

2138 article L. 612-38 al. 2 du Code monétaire et financier

2139 CEDH, 11 juin 2009, n° 5242/04, *Sté Dubus SA c/ France* : *RD bancaire et fin.* 2009, comm. 109, note F.-J. CREDOT et T. SAMIN ; *D*. 2009, p. 2247, note A. COURET ; *AJP* 2009, p. 354, note LASSERRE CAPDEVILLE

2140 article L. 612-38 al. 6 du Code monétaire et financier

2141 articles L. 612-39, L. 612-40 et L. 612-41 du Code monétaire et financier - TH. BONNEAU, *Droit bancaire*, préc. spéc. n° 156-3 p. 113

2142 articles L. 612-39, L. 612-40 et L. 612-41 du Code monétaire et financier – S. PIEDELIEVRE et E. PUTMAN, *Droit bancaire*, préc., spéc. n° 175 p. 175 - J. BIGOT et *al., Traité de droit des assurances,* t. 1*, Entreprises et organismes d'assurance*, préc., spéc. n° 1909 p. 806

2143 C. LAGARDE, ministre de l'économie, interview, *Rev. courtage* sept. 2009

2144 T. BONNEAU, « Commentaire de l'ordonnance n° 2010-76 du 21 janvier 2010 portant fusion des autorités d'agrément et de contrôle de la banque et de l'assurance », *JCP E* 2010, 1140, spéc. n° 1

donc pour objectif de prévenir ces défaillances voire de les rendre impossibles[2145]. La crise financière de ce début du XXe siècle a démontré le risque systémique qui pèse sur l'économie mondiale. La chute de quelques-uns de ses protagonistes peut conduire rapidement à une récession économique mondiale que le contrôle prudentiel entend donc prévenir.

Le contrôle de l'Autorité s'exerce donc au regard de l'intérêt général et de l'intérêt des consommateurs de produits financier ou d'assurance. La protection de l'intérêt de la personne morale n'est qu'indirectement l'objet de contrôle. Pourtant, la lecture des deux chartes du contrôle de l'ACP révèle que le risque social est apprécié au regard de l'intérêt social objectif. En effet, le risque pour l'intérêt général résulte de la faillite d'une société de banque ou d'assurance. C'est donc tout naturellement sur la continuité de l'entreprise que porte réellement le contrôle prudentiel et donc sur l'intérêt social objectif.

On peut également constater au vu de l'étude des pouvoirs de l'ACP que le contrôle-surveillance qu'elle exerce sur la société est finalisé par l'exercice d'un pouvoir d'autorisation et de sanction à l'encontre des entités contrôlées.

C : LE CONTROLE-SURVEILLANCE ENVIRONNEMENTAL DES INSTALLATIONS CLASSEES

305. Domaine du contrôle. Certaines sociétés sont susceptibles d'être soumises aux dispositions relatives aux installations classées dès lors que leur activité présente un risque environnemental. Selon l'article L. 511-1 du Code de l'environnement, il en est ainsi pour « *les usines, ateliers, dépôts, chantiers et, d'une manière générale, les installations exploitées ou détenues par toute personne physique ou morale, publique ou privée, qui peuvent présenter des dangers ou des inconvénients soit pour la commodité du voisinage, soit pour la santé, la sécurité, la salubrité publiques, soit pour l'agriculture, soit pour la protection de la nature, de l'environnement et des paysages, soit pour l'utilisation rationnelle de l'énergie, soit pour la conservation des sites et des monuments ainsi que des éléments du patrimoine archéologique* ». Un décret fixe une nomenclature définissant plus précisément les installations visées[2146]. En 2011, il y avait en France environ 500 000 installations classées dont 46 000 étaient soumises à autorisation[2147].

2145 E. CAUSSE et A. MAYMONT, « L'Autorité de contrôle prudentiel.- Commentaire de l'ordonnance du 21 janvier 2010 portant fusion des autorités d'agrément et de contrôle de la banque et de l'assurance », préc., spéc. n° 26

2146 Annexe à l'article R. 511-9 du Code de l'environnement – V. également la brochure éditée par le ministère de l'écologie, de l'énergie, du développement durable et de la mer : http://installationsclassees.ecologie.gouv.fr/IMG/pdf/BrochureNom_v21-juin10.pdf

2147 M. PRIEUR, *Droit de l'environnement*, Dalloz 6e éd. 2011, spéc. n° 725 p. 564

L'étude des modalités d'exercice du contrôle environnemental (1) se poursuivra par la recherche du fondement de ce contrôle et la vérification de sa qualification de contrôle-surveillance (2).

1 : Les modalités du contrôle environnemental

Le contrôle environnemental s'exerce *a priori* par le biais d'une autorisation préfectorale (a). L'autorité administrative réalise par la suite une surveillance continue des installations et peut sanctionner le non-respect des normes environnementales (b).

a : Le contrôle a priori

306. L'autorisation : un contrôle *a priori*. Les installations classées les plus dangereuses sont soumises à autorisation préfectorale[2148]. La demande doit être accompagnée d'un grand nombre de documents[2149]. Elle doit comporter l'indication du lieu de l'installation, sa nature, sa taille, les procédés industriels employés, les matières utilisées ou produites, les plans de l'installation et de son environnement géographique, et démontrer les capacités techniques et financières de l'exploitant[2150].

Trois études doivent également être jointes au dossier. La première est une étude d'impact[2151]. Le contenu de celle-ci est fixé par l'article R. 512-8 du Code de l'environnement. Elle doit notamment faire un état des lieux initial du site et de son environnement puis analyser les effets directs et indirects, temporaires et permanents du projet sur l'environnement (la faune et la flore, les sites et paysages, le sol, l'eau, l'air, le climat, les milieux naturels et les équilibres biologiques), sur la protection des biens et du patrimoine culturel et, le cas échéant, sur le voisinage (bruits, vibrations, odeurs, émissions lumineuses, hygiène, santé, sécurité et salubrité publique)[2152]. Le décret du 29 décembre 2011 portant réforme des études d'impacts, applicable à compter du 1er juin 2012, ajoute à cela

---

2148 article L. 512-1 al. 1er du Code de l'environnement

2149 article R. 512-2 et s. du Code de l'environnement

2150 M. PRIEUR, *Droit de l'environnement*, préc. spéc. n° 730 p. 568

2151 articles R. 512-6 I, 4° et R. 512-8 du Code de l'environnement

2152 sur les effets sur la santé, V. S. TANDE, « L'évaluation de l'impact sanitaire des installations classées », *Dr. env.* juill. 2003, p. 132 - L. CHABANNE-POUZYNIN, « La prise en compte de la santé dans les études d'impact des installations classées », *Dr. env.* juill. août 2000 p. 14

plusieurs autres informations et notamment la présentation des mesures de suivi des effets de l'exploitation sur l'environnement et la santé[2153].

La deuxième étude devant être jointe est une étude de dangers[2154]. Celle-ci doit être en relation avec l'importance des risques engendrés par l'installation. Elle doit prendre en compte la probabilité d'occurrence, la cinétique et la gravité des accidents potentiels selon une méthodologie qu'elle explicite. Elle doit démontrer que le risque est le plus bas possible compte tenu des connaissances techniques et de la vulnérabilité de l'environnement. Enfin, l'étude de risque doit mentionner les moyens de secours dont dispose l'exploitant. Cette étude est importante car elle sert de base au plan d'opération interne et au plan particulier d'intervention devant être mis en œuvre en cas d'accident[2155].

Enfin, l'exploitant de l'installation doit joindre à sa demande une notice portant sur la conformité de l'installation aux normes relatives à l'hygiène et à la sécurité du personnel[2156].

Certaines informations requises dépendent de la nature de l'installation. Lorsqu'il s'agit d'une installation d'élimination des déchets, le demandeur doit indiquer la provenance géographique de ces derniers et indiquer comment il compte se conformer au plan d'élimination des déchets auxquels il est soumis. De même, les installations soumises à un quota d'émission de gaz à effet de serre doivent fournir des informations sur les matières premières, combustibles et auxiliaires susceptibles d'émettre du dioxyde de carbone, les différentes sources d'émissions de dioxyde de carbone et les mesures prévues pour quantifier et déclarer les émissions[2157]. Enfin, les installations présentant un risque accru d'accident ou de pollution doivent en outre constituer des garanties financières afin de couvrir les dommages causés en cas d'insolvabilité[2158].

A côté de cette procédure d'autorisation, l'ordonnance du 11 juin 2009 a rétabli une procédure simplifiée d'enregistrement pour les installations dangereuses pour l'environnement ou le voisinage mais dont les risques peuvent être prévenus par le respect de

---

2153 C. HUGLO, « Décret du 29 décembre 2011 portant réforme des études d'impact des projets de travaux, d'ouvrages ou d'aménagement », *Gaz. Pal.* 19 janv. 2012, p. 8 – E. MERLANT et I. EMPAIN, « Réforme de l'étude d'impact : quelles conséquences attendues pour les ICPE ? », *Gaz. Pal.* 14 mai 2011, p. 12

2154 articles L. 512-1 al. 3 et R. 512-9 du Code de l'environnement

2155 M. PRIEUR, *Droit de l'environnement*, préc. spéc. n° 730 p. 569

2156 article R. 512-6 I 6° du Code de l'environnement

2157 articles R. 512-3 6° et R. 512-4 3° du Code de l'environnement

2158 article L. 516-1 du Code de l'environnement – F. BAVOILLOT, « Les garanties financières prévues au titre de la législation sur les installations classées pour la protection de l'environnement », *LPA* 1er juill. 1994, p.11 - A. DIRCKS-DILLY, P. KROMAREK et E. DELAHOUSSE, « Les risques bancaires liés à l'environnement », *Banque et droit* 2002, n° 81, p. 3, spéc. p. 9 et s.

prescriptions générales édictées par le ministre de l'Environnement[2159]. Le dossier transmis à la préfecture n'a pas besoin de comprendre les différentes études requises pour l'autorisation[2160].

307. Le rôle central du préfet. Le préfet saisi de la demande va ensuite procéder à une enquête publique ou une consultation publique selon la procédure engagée[2161]. Celle-ci a pour objet d'assurer l'information et la participation du public ainsi que la prise en compte des intérêts des tiers lors de l'élaboration des décisions susceptibles d'affecter l'environnement conformément à la Charte de l'environnement[2162]. Le préfet va également solliciter un certain nombre d'avis. Il va transmettre un exemplaire de la demande d'autorisation aux services déconcentrés de l'Etat chargés de l'équipement, de l'agriculture, de l'action sanitaire et sociale, de la sécurité civile, des milieux naturels et, s'il y a lieu, aux services de l'inspection du travail, aux services chargés de la police des eaux, à l'architecte des Bâtiments de France, à l'Institut national de l'origine et de la qualité, à l'établissement public du parc national et à tous les autres services intéressés[2163]. Il va également consulter le conseil municipal de la commune du lieu d'implantation ainsi que ceux des communes entrant dans le périmètre de l'enquête publique[2164]. L'Institut national de l'origine et de la qualité peut également demander à être consulté si l'installation est proche une aire de production d'un produit d'appellation d'origine contrôlée[2165]. La demande est encore transmise à une commission départementale pouvant varier selon la nature des installations concernées et dont la composition, fixée par décret en Conseil d'Etat, inclut notamment des représentants de l'Etat, des collectivités territoriales, des professions concernées, des associations de protection de l'environnement et des personnalités compétentes[2166]. Enfin, l'inspection des installations classées établit un rapport au vu du dossier de l'enquête et des différents avis des organismes et personnes consultés. Ce rapport est présenté au conseil départemental de l'environnement et des risques sanitaires et technologiques saisi par le préfet[2167]. Si l'un des éléments du

---

2159 PH. BILLET, « L'enregistrement nouveau régime d'autorisation des installations classées », *JCP A* 2009, 27 - J.-P. BOIVIN, « Le régime de l'enregistrement : une troisième voie entre attente et déception ? », *BDEI* 2009, suppl. n° 24, p. 5

2160 A. VAN LANG, *Droit de l'environnement*, PUF 3e éd. 2011, spéc. n° 529 p. 448

2161 articles L. 512-2 al. 1er et R. 512-46-13 du Code de l'environnement

2162 article 7 de la Charte de l'environnement : « *Toute personne a le droit, dans les conditions et les limites définies par la loi, d'accéder aux informations relatives à l'environnement détenues par les autorités publiques et de participer à l'élaboration des décisions publiques ayant une incidence sur l'environnement* » - M. PRIEUR, *Droit de l'environnement*, préc. spéc. n° 735 p. 573

2163 article R. 512-21 du Code de l'environnement

2164 articles L. 512-2 al. 1er et R. 512-20 du Code de l'environnement

2165 article L. 521-6 du Code de l'environnement

2166 article L. 521-2 du Code de l'environnement

2167 article R. 512-25 du Code de l'environnement

dossier le nécessite, le préfet peut exiger la réalisation d'une analyse critique par un organisme extérieur expert choisi en accord avec l'Administration[2168].

308. L'exercice du contrôle. Le contrôle du dossier et l'octroi de l'autorisation d'exploiter relèvent de la compétence du préfet[2169]. Pour prendre sa décision, il prend en compte les capacités techniques et financières dont dispose le demandeur. Il s'agit de s'assurer qu'il est à même de conduire son projet dans le respect du voisinage, de la santé, la sécurité, la salubrité publiques, de l'agriculture, de la protection de la nature, de l'environnement et des paysages, de l'utilisation rationnelle de l'énergie, de la conservation des sites et des monuments ainsi que des éléments du patrimoine archéologique[2170]. Le demandeur doit également être en mesure de préserver ces différents intérêts lors de la cessation de son activité et du démantèlement de l'installation[2171]. Le contentieux relatif aux autorisations d'exploiter relève du juge administratif[2172].

L'autorisation peut être assortie de prescriptions afin de prévenir les risques engendrés par l'installation[2173]. Celles-ci doivent tenir compte notamment, d'une part, de l'efficacité des meilleures techniques disponibles et de leur économie, d'autre part, de la qualité, de la vocation et de l'utilisation des milieux environnants ainsi que de la gestion équilibrée de la ressource en eau[2174]. Ces « *meilleurs techniques disponibles* » sont définies dans une directive communautaire. Il s'agit du « *stade de développement le plus efficace et avancé des activités et de leurs modes d'exploitation, démontrant l'aptitude pratique de techniques particulières à constituer, en principe, la base des valeurs limites d'émission visant à éviter et, lorsque cela s'avère impossible, à réduire de manière générale les émissions et l'impact sur l'environnement dans son ensemble* »[2175]. L'Administration ne peut donc pas imposer au demandeur l'utilisation de technique dont le coût économique ne se justifie pas au regard de l'intérêt environnemental mais peut par contre exiger l'emploi de moyens couteux dès lors que l'exploitant en a les capacités financières et qu'ils s'avèrent bénéfiques[2176]. Néanmoins, ce pouvoir de prescription de l'Administration ne fait pas d'elle un dirigeant social. Un arrêt

---

2168 article R. 512-7 du Code de l'environnement

2169 R. ROMI, *Droit de l'environnement*, Montchrestien 7e éd. 2010, spéc. p. 472

2170 article L. 512-1 al. 6 du Code de l'environnement

2171 article L. 512-6-1 du Code de l'environnement

2172 F. BRAUD, « Les pouvoirs spéciaux du juge administratif pour garantir le droit d'exploiter une installation classée », *Gaz. Pal.* 24 sept. 2011, p. 15

2173 article L. 512-1 al. 2 du Code de l'environnement - M. PRIEUR, *Droit de l'environnement*, préc. spéc. n° 736 p. 573

2174 article R. 512-28 al. 1er du Code de l'environnement

2175 article 2 12° de la directive 2008/1/CE du 15 janvier 2008 relative à la prévention et à la réduction intégrées de la pollution

2176 D. DEHARBE, *Les installations classées pour la protection de l'environnement*, Litec 2007, spéc. n° 343 p. 291

de la Cour administrative d'appel de Nancy du 4 avril 1996 a ainsi énoncé que « *si le préfet doit s'assurer que les dangers et inconvénients que présente le projet soumis à son autorisation* […] *seront prévenus par les prescriptions qu'il impose, il ne lui appartient en revanche pas de se prononcer sur l'opportunité dudit projet ni, partant, de rechercher si celui-ci répond à un besoin ou une demande* »[2177]. Monsieur Schneider, dans une note sous cet arrêt, rappelle que « *le préfet ne saurait s'immiscer dans la gestion et même la politique commerciale, de développement, d'investissement… des installations en cause* »[2178]. Il ne saurait exercer un contrôle-direction sur la société.

b : Le contrôle a posteriori

309. Le contrôle régulier en cours d'exploitation. Les installations classées font en principe l'objet de contrôles réguliers par des inspecteurs assermentés relevant des DREAL (Directions régionales de l'environnement, de l'aménagement et du Logement) ou des DD(CS)PP (Directions Départementales (de la Cohésion Sociale et) de la Protection des Populations)[2179]. Ces inspections sont régies par l'article L. 514-5 du Code de l'environnement et encadrées par une charte[2180]. Elles peuvent intervenir à tout moment mais l'exploitant doit en être informé 48 heures à l'avance. L'inspecteur a accès aux documents qu'il estime nécessaires et peut demander la réalisation d'analyses ou contrôles par des laboratoires ou organismes agréés[2181]. A l'issue de son inspection, il dresse un rapport qu'il adresse au préfet, seule autorité habilitée à en tirer les conclusions. Ce dernier dispose alors d'un pouvoir de sanction[2182]. Il peut mettre en demeure l'exploitant de se conformer aux conditions prévues lors de sa demande d'autorisation, faire procéder d'office aux travaux requis, obliger l'exploitant à consigner la somme correspondant aux montants des travaux à réaliser ou encore purement et simplement ordonner la suspension provisoire de l'activité.

En raison des faibles moyens attribués à l'inspection des installations classées, le contrôle peut aussi s'exercer sous forme d'autocontrôle[2183]. Certaines entreprises soumises à déclaration peuvent se voir ainsi imposer des contrôles périodiques par des organismes

---

2177 CAA Nancy, 4 avril 1996, n° 93NC00388, *Comité intercommunal contre les nuisances de la décharge de Blarighem* : *RJE* janv. 1997 p. 98, note R. SCHNEIDER

2178 R. SCHNEIDER, note sous CAA Nancy, 4 avril 1996, préc. note 2177, spéc. p. 99

2179 M. PRIEUR, *Droit de l'environnement*, préc. spéc. n° 744 p. 580

2180 *Charte de l'inspection des installations classées :* http://www.installationsclassees.developpement-durable.gouv.fr/IMG/pdf/charteinspection.pdf

2181 A. VAN LANG, *Droit de l'environnement*, préc., spéc. n° 536 p. 454

2182 article L. 514-1 du Code de l'environnement

2183 M. PRIEUR, *Droit de l'environnement*, préc. spéc. n° 745 p. 582 – C. HERMON, « La délégation de la police des installations classées », *in Etudes offertes au professeur René Hostiou*, Litec 2008, p. 249

agréés[2184]. Les modalités de ce contrôle figurent aux articles R. 512-55 et suivant du Code de l'environnement. Les résultats de ces inspections sont mis à la disposition de l'Administration et seuls les défauts de conformités majeurs sont transmis au préfet.

310. Le contrôle des modifications de l'installation classée. En cours d'exploitation, les circonstances qui avaient conduit à l'autorisation et aux éventuelles prescriptions préfectorales peuvent changer. Les conditions imposées à l'exploitant peuvent désormais s'avérer insuffisantes ou au contraire trop sévères. L'article 512-45 prévoit en conséquence une actualisation régulière de l'autorisation grâce à un bilan fourni par l'exploitant et dont le contenu et la fréquence dépendent de la nature de l'installation. Le préfet peut à tout moment, à la demande de l'intéressé ou d'un tiers, prendre un arrêté complémentaire pour pallier les excès ou les insuffisances de l'autorisation initiale. L'exploitant n'a aucun droit acquis[2185]. Pour prendre sa décision, le préfet peut demander la mise à jour des informations fournies lors de la demande d'autorisation et notamment les différentes études devant y être jointes. De même, si l'entrepreneur souhaite transformer l'exploitation, il doit en informer le préfet. Ce dernier dispose alors d'un large pouvoir d'appréciation. Il peut considérer que la modification est minime et ne nécessite aucune formalité particulière. Il peut également prendre un arrêté complémentaire imposant de nouvelles prescriptions à l'exploitant, ou enfin il peut exiger le dépôt d'une nouvelle demande d'autorisation[2186].

2 : La finalité du contrôle-surveillance environnemental

311. Un contrôle social au regard de l'intérêt général. Le droit à l'environnement est aujourd'hui reconnu mondialement. Dès 1972, la Conférence des Nations Unies sur l'Environnement rédigea une déclaration dont le premier principe énonce que « *l'homme a un droit fondamental à la liberté, à l'égalité et à des conditions de vie satisfaisantes, dans un environnement dont la qualité lui permette de vivre dans la dignité et le bien-être. Il a le devoir solennel de protéger et d'améliorer l'environnement pour les générations présentes et futures* »[2187]. L'assemblée générale des Nations Unies a consacré ce principe dans une résolution de 1990 en vertu de laquelle « *chacun a le droit de vivre dans un environnement*

2184 article L. 512-11 du Code de l'environnement

2185 CAA Nancy, 9 juill. 1992, *Sté Rhône-Poulenc : Rec.* n° 567 ; *RJE* 1992, p. 483 : « *le préfet peut à tout moment modifier les prescriptions relatives au fonctionnement d'une installation classée sans que le respect des droits acquis puisse être opposé à une telle modification* »

2186 M. PRIEUR, *Droit de l'environnement*, préc. spéc. n° 742 et 743 p. 579

2187 1er principe de La Déclaration de l'environnement, Stockholm 1972

propre à assurer sa santé et son bien-être »[2188]. Au plan régional, la Cour européenne des droits de l'homme consacre également ce droit[2189].

En France, la réglementation environnementale apparaît au début du XIXe siècle avec le décret du 15 octobre 1810, relatif aux Manufactures et Ateliers qui répandent une odeur insalubre ou incommode, qui énonce que « *les manufactures et ateliers qui répandent une odeur insalubre ou incommode, ne pourront être formés sans une permission de l'autorité administrative* »[2190]. Ce décret a été complété par deux ordonnances de 1815[2191] et 1825[2192]. Ces textes furent abrogés par la loi du 19 décembre 1917[2193]. Son article premier énonce que « *les manufactures, ateliers, usines, magasins, chantiers et tous établissements industriels ou commerciaux qui présentent des causes de danger ou des inconvénients soit pour la sécurité, la salubrité ou la commodité du voisinage, soit pour la santé publique, soit encore pour l'agriculture, sont soumis à la surveillance de l'autorité administrative dans les conditions déterminées par la présente loi* ». Cette loi libéralise l'installation des entreprises les moins dangereuses en ne les soumettant qu'à un régime déclaratif[2194]. La loi du 20 avril 1932 assortit cette réglementation de sanctions administratives[2195]. Enfin, la législation actuelle résulte de la loi du 19 juillet 1976 relative aux installations classées pour la protection de l'environnement[2196].

A l'origine, le droit de l'environnement devait assurer un « *compromis entre le développement industriel légitime et la santé du voisinage* »[2197]. Néanmoins, la question de la protection de l'environnement est devenue un problème majeur. Il ne s'agit plus désormais de protéger uniquement le voisinage immédiat de l'installation mais plus généralement les tiers en général. L'impact environnemental de l'activité industrielle s'est, tout comme l'économie,

---

2188 article 1 de la résolution 45/94 du 14 déc. 1990

2189 CEDH, 27 janv. 2009, n° 67021/01 *Tatar c/ Roumanie : Rev. jur. env.* 2010, p. 61, note J.-P. MARGUENAUD et S. NADAUD ; *Env.* 2009, comm. 65, C. VIAL : « *La Cour conclut que les autorités roumaines ont failli à leur obligation d'évaluer au préalable d'une manière satisfaisante les risques éventuels de l'activité en question et de prendre des mesures adéquates capables de protéger le droits de intéressés au respect de leur vie privée et de leur domicile et, plus généralement, à la jouissance d'un environnement sain et protégé* »

2190 article 1er du décret impérial du 15 oct. 1810 : *Bulletin des lois*, 1810, t. XLV, n° 323, 397

2191 ordonnance du 14 janvier 1815 contenant règlement sur les manufactures, établissements et ateliers qui répandent une odeur insalubre ou incommode : *Bulletin des lois*, 1815, t. LV, n° 76, 53

2192 ordonnance du 9 février 1825 relative à la classification des établissements dangereux, insalubres ou incommodes : *Bulletin des lois*, 1825, t. LXXVII, n° 21, 28

2193 loi du 19 décembre 1917 relative aux établissements dangereux, insalubres ou incommodes : *JO* 21 déc. 1917, p. 10443

2194 article 19 de la loi du 19 décembre 1917

2195 loi du 20 avril 1932 modifiant la loi du 19 décembre 1917 relative aux établissements dangereux, insalubres ou incommodes : *JO* 21 avril 1932, p. 4291

2196 loi du 19 juillet 1976 relative aux installations classées pour la protection de l'environnement : *JO* 19 juill. 1976, p. 4320

2197 M. PRIEUR, *Droit de l'environnement*, Dalloz 5e éd. 2004, spéc. n° 689 p. 487 – V. également J.-P. BOIVIN, *Les installations classées. Traité pratique de droit de l'environnement industriel*, Le Moniteur 2e éd. 2003, spéc. p. 19 - M. BAUCOMONT et p. GOUSSET, *Traité de droit des installations classées*, Lavoisier 1994, spéc. p. 27

mondialisé. La protection de l'environnement s'est ainsi vue consacré an tant que principe constitutionnel par l'adoption de la Charte de l'environnement en 2005[2198]. Le contrôle environnemental s'exerce au regard de l'intérêt général. L'Administration a donc pour mission de s'assurer de la conformité du risque social aux intérêts supérieurs du voisinage et des tiers en général. Elle doit concilier « *la protection et la mise en valeur de l'environnement, le développement économique et le progrès social* »[2199].

L'intérêt social se trouvant nécessairement intégré dans l'intérêt général, le respect de ce dernier emporte nécessairement respect du premier. Le contrôle environnemental porte sur l'adéquation du risque social au regard de l'intérêt général et donc de l'intérêt social. Il est en outre sanctionné par l'autorité publique qui peut autoriser, encadrer ou interdire une activité sociale. Il s'agit bien d'un contrôle-surveillance et l'Etat, par l'intermédiaire du préfet, est un contrôleur de la société.

D : L'AUTORITE DE LA CONCURRENCE

312. Origine. La lutte contre les pratiques anticoncurrentielles a donné très tôt naissance à un organisme spécialisé : la commission technique des ententes. Cette institution va évoluer pour devenir, à partir de 1986, le Conseil de la concurrence[2200]. Enfin, la loi de modernisation de l'économie de 2008 a substitué à cet organisme une nouvelle autorité administrative indépendante, l'Autorité de la concurrence[2201].

Il s'agira d'étudier les missions de l'Autorité de la concurrence (1), et de qualifier le contrôle qu'il exerce sur la société (2).

1 : Mission de l'Autorité de la concurrence

313. Le contrôle des atteintes à la libre concurrence. L'autorité de la concurrence « *veille au libre jeu de la concurrence* » et d'apporter « *son concours au fonctionnement concurrentiel des marchés aux échelons européen et international* »[2202]. On retrouve le verbe « veiller » qui renvoie à l'idée de « surveillance » et qui est également employé pour désigner

---

2198 loi constitutionnelle 2005-205 du 1er mars 2005 relative à la Charte de l'environnement : *JO* 02 mars 2005

2199 article 6 de la Charte de l'environnement

2200 article 2 de l'ordonnance n° 86-1243 du 1er déc. 1986 : *JO* 9 déc. 1986, p. 14773 - R. DRAGO, « Le conseil de la concurrence », *JCP G* 1987, I, 3300, spéc. n° 1

2201 articles 95 et s. de loi de modernisation de l'économie n° 2008-776 du 4 août 2008 – D. BOSCO, « La nouvelle Autorité de la concurrence », *Contrats, conc . consom* 2008, dossier 8 - O. DUFOUR, « La nouvelle Autorité de la concurrence est née ! », *LPA* 19 janv. 2009, p.4 - D. FERRIER et K. BIANCONE, « L'Autorité de la concurrence », *D.* 2009, p. 1031 – S. NICINSKI, « L'Autorité de la concurrence », *RFDA* 2009, p. 1237 – M. CHAGNY, « Une (r)évolution du droit français de la concurrence ?. – A propos de la loi LME du 4 août 2008 », *JCP G* 2008, I, 196

2202 article L. 461-1 du Code de commerce

la mission de l'AMF[2203]. Elle a conservé les anciennes prérogatives du conseil de la concurrence et assure donc le contrôle des ententes, des abus de position dominante, des abus de dépendance économique et de la revente à perte[2204]. Néanmoins, lorsque ces infractions sont de faibles importances, elles restent de la compétence des services du ministre chargé de l'économie[2205]. La loi LME a, par contre, transféré à l'Autorité l'ancienne compétence de ce ministère en matière de contrôle des concentrations[2206]. Une telle opération doit lui être notifiée[2207] et ne pourra être réalisée qu'après son accord[2208]. Mais encore une fois, le ministre conserve un pouvoir d'évocation en matière de concentration lorsque l'opération se justifie au regard de l'intérêt général[2209].

Enfin, l'Autorité de la concurrence participe à la définition de la politique concurrentielle nationale. Elle peut être consultée par le législateur sur toute question relative à la concurrence et peut être saisie pour avis par le gouvernement, les collectivités locales et un certain nombre d'organisations[2210]. Elle est même obligatoirement consultée par le Gouvernement sur tout projet ayant directement pour effet de soumettre l'exercice d'une profession ou l'accès à un marché à des restrictions quantitatives, ou établir des droits exclusifs dans certaines zones ou encore d'imposer des pratiques uniformes en matière de prix ou de conditions de vente[2211]. L'autorité peut également d'elle-même donner un avis sur toute question concernant la concurrence[2212]. Cet avis est rendu public. Elle peut également recommander au ministre chargé de l'économie ou au ministre chargé du secteur concerné de

---

2203 V. *supra* n°286

2204 article L. 462-5 du Code de commerce

2205 article L. 464-9 du Code de commerce - D. FERRIER et K. BIANCONE, « L'autorité de la concurrence », préc., spéc. n° 11 et s. p. 1032

2206 C. VILMART, « Le transfert du contrôle des concentrations à l'Autorité de la concurrence » *Contrats, conc. consom.* 2009, alerte 10 - D. BOSCO, « La nouvelle autorité de la concurrence », préc., spéc. n° 16 et s. p. 30 - S. NICINSKI, « L'autorité de la concurrence », préc., spéc. p. 1243 – M. BAZEX et S. BLAZY, « Les dispositions de la loi LME relatives au contrôle des opérations de la concentration entre entreprises : quelle régulation pour le contrôle des opérations de concentration », *Contrats, conc., consom.*, 2008, dossier 7

2207 article L. 430-3 al. 1er du Code de commerce

2208 article L. 430-4 al. 1er du Code de commerce

2209 article L. 430-7-1 II du Code de commerce - S. NICINSKI, « L'autorité de la concurrence », préc., spéc. p. 1245 - Sur l'admission d'une telle exception par le droit communautaire, V. CJCE, 18 juill. 2006, aff. C-519/04 P, *Meca-Medina et Majcen c/ commission* : *Dr. adm* 2006, comm. 147, note M. BAZEX et S. BLAZY ; *JCP G* 2006, II, 10194, note C. MIEGE ; *RJDA* 2006, n° 1171 ; *Europe* 2006, comm. 290, note L. IDOT ; *Contrats, conc. consom.* 2006, comm. 228, note M. MALAURIE-VIGNAL : « *Aussi, à supposer même que la réglementation antidopage litigieuse doive être regardée comme une décision d'association d'entreprises limitant la liberté d'action des requérants, elle ne saurait, pour autant, constituer nécessairement une restriction de concurrence incompatible avec le marché commun, au sens de l'article 81 CE, dès lors qu'elle est justifiée par un objectif légitime* »

2210 article L. 462-1 du Code de commerce – M. PEDAMON, « Le rôle consultatif général de la commission de la concurrence », *in Aspects actuels du droit commercial français : commerce, sociétés, banque et opérations commerciales, procédures de règlement du passif : études dédiées à René Roblot*, LGDJ 1984, p. 139

2211 article L. 462-2 du Code de commerce – J.-Y. CHEROT, « La consultation du Conseil de la concurrence sur les textes législatifs et réglementaires anticoncurrentiels », *D.* 1995, chron. p. 233

2212 P. SPILLIAERT, « Quelques considérations sur l'activité consultative de l'Autorité de la concurrence », *Contrats, conc., consom.* 2011, doss. n° 6

mettre en œuvre les mesures nécessaires à l'amélioration du fonctionnement concurrentiel des marchés[2213].

314. Pouvoir d'enquête. Dans le cadre du contrôle des pratiques anticoncurrentielles, l'Autorité de la concurrence dispose d'un pouvoir d'enquête confié aux services d'instruction[2214]. Ce pouvoir a fait l'objet d'un encadrement plus strict par l'ordonnance de 2008, notamment sous l'influence du droit communautaire[2215]. Les enquêteurs peuvent accéder à tous locaux, terrains ou moyens de transport à usage professionnel, demander la communication des livres, factures et tous autres documents professionnels et en obtenir ou prendre copie par tous moyens et sur tous supports, recueillir sur convocation ou sur place les renseignements et justifications[2216]. Ils peuvent également obtenir la désignation d'un expert[2217]. Néanmoins, ils ne peuvent réellement procéder à une perquisition et à des saisies qu'avec l'autorisation du juge des libertés et de la détention[2218]. De même, l'entreprise peut désormais se faire assister d'un avocat pendant toute l'enquête[2219].

315. Pouvoir de sanction. En cours de procédure, l'Autorité de la concurrence peut être amenée à prononcer des mesures conservatoires lorsque la pratique dénoncée porte une atteinte grave et immédiate à l'économie générale, à celle du secteur intéressé, à l'intérêt des consommateurs ou à l'entreprise plaignante[2220]. A l'issue de la procédure, elle peut enjoindre aux intéressés de mettre fin aux pratiques prohibées ou leur imposer des conditions particulières afin de rétablir la libre concurrence[2221]. Ces injonctions peuvent être assorties d'une sanction pécuniaire[2222].

En matière d'injonction de ne pas faire, l'Autorité n'a pas encore eu l'occasion de rendre des décisions mais son ancêtre, le Conseil de la concurrence, a pu, par exemple, obliger des sociétés du secteur des appareils de chauffage, sanitaires, plomberie et climatisation à

2213 article L. 462-4 du Code de commerce

2214 article L. 450-1 du Code de commerce

2215 C. VILMART, « Naissance de l'autorité de la concurrence : une réforme fondamentale mais inachevée », préc., spéc. n° 15 et s. ; « Le nouveau contrôle judiciaire des enquêtes de concurrence », *JCP E* 2010, 1653

2216 article L. 450-3 al. 1er du Code de commerce

2217 article L. 450-3 al. 2 du Code de commerce

2218 article L. 450-4 al. 1er du Code de commerce - L. ARCELIN, *Droit de la concurrence ; Les pratiques anticoncurrentielles en droit interne et communautaire*, PUR 2009, spéc. n° 221 et s., p.147 et s. - C. VILMART, « Naissance de l'autorité de la concurrence : une réforme fondamentale mais inachevée », préc., spéc. n° 17

2219 C. VILMART, « Naissance de l'autorité de la concurrence : une réforme fondamentale mais inachevée », préc., spéc. n° 15 - D. BOSCO, « La nouvelle autorité de la concurrence », préc., spéc. n° 7 p. 28

2220 article L. 464-1 du Code de commerce

2221 article L. 464-2 al. 1er du Code de commerce

2222 article L. 464-2 al. 2 du Code de commerce – P. ARHEL, « Communiqué du 16 mai 2011 de l'Autorité de la concurrence sur la méthode de détermination des sanctions pécuniaires », *JCP E* 2011, act. 279 – G. DECOCQ, « ADLC : méthode de détermination des sanctions pécuniaires », *Contrats, conc., consom.* 2011, comm. 171 – D. ROSKIS et C.-M. DOREMUS, « Sanctions des pratiques anticoncurrentielles : vers plus de prévisibilité et de transparence ? », *Contrats, conc., consom*. 2011, étude 11

supprimer les clauses d'un contrat de distribution réservant la vente de produit à certains installateurs professionnels[2223]. Dans une autre décision à l'encontre de la Fédération nationale des Gîtes de France, elle a exigé la suppression d'une clause soumettant à l'accord préalable du relais départemental la publicité sur d'autres supports que ceux édités par le réseau et celle interdisant au propriétaire d'un gîte de France de gérer, à proximité de ce gîte, d'autres formules d'accueil non agréées par Gîtes de France[2224].

L'autorité de la concurrence peut également imposer certaines obligations à l'intéressé. Elle peut l'obliger par exemple à rappeler dans le contrat de franchise et ses annexes le caractère maximum des prix conseillés ainsi que la liberté du franchisé de fixer ses prix de vente[2225], ou à modifier ses conditions générales de vente de manière à permettre à ses détaillants de s'approvisionner auprès de la source de leur choix[2226], ou encore à modifier ses contrats afin d'autoriser ses distributeurs agréés à vendre leurs produits par Internet[2227].

2 : Le contrôle-surveillance par l'Autorité de la concurrence

316. La préservation de l'intérêt général. La liberté d'entreprendre trouve son origine en 1791 dans le Décret d'Allarde[2228] et la Loi Le Chapelier qui met fin au corporatisme[2229]. Le

---

2223 Cons. conc., déc. n° 06-D-03, 9 mars 2006 : *D.* 2007, p. 1911, note D. FERRIER ; *Contrats conc. consom.* mai 2006, p. 34, note M. MALAURIE-VIGNAL ; *Conc.* avr. 2006, p. 81, note E. CLAUDEL : « *Dans un délai de quatre mois à compter de la notification de la présente décision, il est enjoint aux sociétés Saunier Duval, Elm Leblanc, Chaffoteaux et Maury, Frisquet et De Dietrich Thermique de modifier leur contrat de distribution afin de supprimer les clauses qui ont pour objet ou pour effet de réserver la revente des produits de chauffage aux installateurs professionnels et de les remplacer, si elles le souhaitent, par des stipulations limitées à ce qui est décrit au paragraphe 1282 de la présente décision* »

2224 Cons. conc., déc. 06-D-06 du 17 mars 2006 : *Conc.* avr. 2006, p. 146, note C. MOMEGE ; *Contrats conc. consom*. mai 2006, p. 36, note G. DECOCQ : « *Il est fait injonction à la Fédération nationale des Gîtes de France de supprimer de ses documents contractuels la clause soumettant à l'accord préalable du relais départemental la publicité sur d'autres supports que ceux édités par le réseau et la clause interdisant au propriétaire de gérer en parallèle, à proximité du gîte de France lui appartenant, des meublés saisonniers ou toute autre formule d'accueil non agréés Gîtes de France* »

2225 Cons. conc., déc. 07-D-04 du 24 janv. 2007 : *D.* 2008, p. 2193, note D. FERRIER ; *JCP E* 22 mai 2008, p. 28 , note D. MAINGUY ; *RDC* 2007, p. 770, note L. IDOT ; *Contrats conc. consom.* mars 2007, p. 17, note M. MALAURIE-VIGNAL : « *Il est enjoint à la société Jeff de Bruges SAS, dans les trois mois suivant la notification de la présente décision :* […] *d'autre part, de rappeler dans le contrat de franchise, ses annexes, et dans les documents édités par le franchiseur, que les prix sont des prix maximums TTC conseillés, et que le franchisé est totalement libre de fixer ses prix de vente au détail et ses prix de vente aux CE et collectivités, sous réserve de respecter les prix de vente maximums conseillés* »

2226 Cons. conc., déc. 07-D-24 du 24 juill. 2007 : *Gaz. Pal.* 9 janv. 2008, p. 21, note J. PHILIPPE et T. JANSSENS ; *Rev. Lamy dr. aff.* sept. 2007, p. 58, note C. ANADON : « *Il est enjoint à la SA Confiserie Léonidas dans les trois mois suivant la notification de la présente décision : d'une part de modifier ses conditions générales de vente de manière à permettre à ses détaillants de s'approvisionner en chocolats Léonidas auprès de la source de leur choix et de changer librement de revendeur* »

2227 Cons. conc., déc. 08-D-25 du 29 oct. 2008 : *Contrats conc. consom.* déc. 2008, p. 29, note M. MALAURIE-VIGNAL ; *RDC* 2009, p. 120, note C. PRIETO ; *RJ com.* 2009, p. 131, note S. LEBRETON-DERRIEN : « *Il est enjoint à la société Pierre Fabre Dermo-Cosmétique de supprimer, dans ses contrats de distribution sélective, toutes les mentions équivalant à une interdiction de vente sur Internet de ses produits cosmétiques et d'hygiène corporelle et de prévoir expressément la possibilité pour ses distributeurs de recourir à ce mode de distribution, dans un délai de trois mois à compter de la notification de la présente décisio*n »

2228 article 7 de loi des 2 et 17 mars 1791 : « *A compter du 1er avril prochain, il sera libre à toute personne de faire tel négoce ou d'exercer telle profession, art ou métier qu'elle trouvera bon* »

Conseil constitutionnel a consacré la valeur constitutionnelle de ce principe dans une décision de 1982 énonçant que « *la liberté qui, aux termes de l'article 4 de la Déclaration, consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui, ne saurait elle-même être préservée si des restrictions arbitraires ou abusives étaient apportées à la liberté d'entreprendre* »[2230]. Cette liberté implique nécessairement la libre concurrence entre les intervenants sur un marché économique. En effet, selon les économistes, cette dernière favorise l'intérêt des consommateurs en permettant une baisse des prix et une amélioration de la qualité des produits et services[2231]. Plus largement encore, elle est exigée dans l'intérêt général car elle favorise l'économie, dont elle constitue l'un des leviers[2232], en poussant à l'innovation et à l'accroissement de production[2233].

La nécessité d'assurer une libre concurrence sur les marchés a incité le législateur à intervenir[2234]. Il l'a fait dès 1953 par un décret, dit « décret antitrust règlementant les ententes professionnelles et rétablissant la libre concurrence », venant prohiber « *toutes les actions concertées, conventions, ententes expresses ou tacites, ou coalitions sous quelque forme et pour quelque cause que ce soit, ayant pour objet ou pouvant avoir pour effet d'entraver le plein exercice de la concurrence en faisant obstacle à l'abaissement des prix de revient ou de vente, ou en favorisant une hausse artificielle des prix* »[2235]. Ce décret a par la suite été complété par l'ordonnance de 1986, relative à la liberté des prix et de la concurrence, qui a réitéré la prohibition des ententes ainsi que des abus de position dominante et de dépendance économique[2236].

2229 article 1er de la loi du 14 juin 1791 : « *L'anéantissement de toutes espèces de corporations des citoyens du même état ou profession étant une des bases fondamentales de la constitution française, il est défendu de les rétablir de fait, sous quelque prétexte et quelque forme que ce soit* »

2230 Cons. const., déc. 16 janv. 1982, n° 81-132 DC : *Gaz. Pal.* 1982, 1, p. 67, note J. PIEDELIEVRE et J. DUPICHOT ; *D.* 1982, jurispr. p. 169, note L. HAMON - J.-L. MESTRE, « Le Conseil constitutionnel, la liberté d'entreprendre et la propriété », *D.* 1984, chron. p. 1

2231 C. LUCAS DE LEYSSAC et G. PARLEANI, *Droit du marché*, PUF 2002, spéc. p. 17 - A. BIENAYME, « L'intérêt du consommateur dans l'application du droit de la concurrence : un point de vue d'économiste », *RID éco.* 1995, p. 361

2232 D. BRAULT, *Droit et politique de la concurrence*, Economica 1997, spéc. p. 353

2233 L. DONNEDIEU DE VABRES-TRANIE et C. MONTET, « Un droit de la concurrence : pour quoi faire », *Contr. conc. consom.* 2006, chron. 22, spéc. n° 8 et 9 p. 7 - CH. BABUSIAUX, « L'évolution des conceptions de la concurrence et les pouvoirs publics », *Contr. conc. consom.* juill-août 1995, p. 53, spéc. p. 59 et s.
V. également OCDE, « Recommandation du Conseil sur l'évaluation d'impact sur la concurrence » : http://acts.oecd.org/Instruments/ShowInstrumentView.aspx?InstrumentID=219&Lang=fr&Book=False:
« *la concurrence favorise l'efficience, contribuant à faire en sorte que les biens et services offerts aux consommateurs correspondent mieux à leurs préférences, tout en comportant des avantages tels que des prix plus bas, une amélioration de la qualité, un renforcement de l'innovation et une productivité plus élevée.* […] *L'augmentation de la productivité est essentielle pour la croissance économique et l'amélioration de l'emploi* »

2234 C. PRIETO, « Pouvoir de marché et liberté des entreprises, les fondements de la politique de concurrence », *D.* 2006, p. 1603, spéc. n° 2, p. 1603

2235 article 1er du décret 53-704 du 9 août 1953 : *JO* 10/08/1953 p. 7046

2236 article 7 et 8 de l'ordonnance 86-1243 du 1er déc. 1986 : *JO* 9/12/1986 p. 14774

L'Autorité de la concurrence a pour mission de veiller au libre jeu de la concurrence[2237]. Il ne s'agit pas de favoriser à tout prix la compétition entre les acteurs du marché mais au contraire de veiller à l'intégrité de ce dernier[2238]. L'Autorité exerce donc un contrôle du risque social pris par les sociétés concurrentes au regard de l'intérêt général afin de préserver les intérêts des consommateurs et de l'économie nationale mais également communautaire[2239], voire mondiale[2240]. Tout comme pour le contrôle exercé par les autres autorités financières, prudentielles ou environnementales, il s'agit d'un véritable contrôle-surveillance portant sur l'adéquation du risque social pris par le dirigeant avec l'intérêt social et qui fait l'objet d'une sanction.

E : L'INSPECTION DU TRAVAIL

L'inspection du travail ne constitue pas une autorité indépendante. Il s'agit d'un corps de l'Administration. Dans un premier temps, l'étude portera sur le pouvoir de contrôle de l'inspection du travail (1) puis nous étudierons les fondements de sa mission qui constitue encore un véritable pouvoir de contrôle-surveillance (2).

1 : Le pouvoir de contrôle de l'inspection du travail

317. Etendue des missions. La convention 81 de l'OIT à l'administration nationale chargée de l'inspection du travail la mission « *d'assurer l'application des dispositions légales relatives aux conditions de travail et à la protection des travailleurs dans l'exercice de leur profession, telles que les dispositions relatives à la durée du travail, aux salaires, à la sécurité, à l'hygiène et au bien-être, à l'emploi des enfants et des adolescents, et à d'autres matières connexes, dans la mesure où les inspecteurs du travail sont chargés d'assurer l'application desdites dispositions* »[2241].

Le droit français, sur cette base, attribue donc une mission de contrôle particulièrement étendue à l'inspection du travail. Elle est chargée « *de veiller à l'application des dispositions du Code du travail et des autres dispositions légales relatives au régime du travail, ainsi*

2237 M.-A. FRISON-ROCHE, « Ambition et efficacité de la régulation économique », *RD bancaire et fin.* 2010, étude 34, spéc. n° 13 et s.

2238 C. LUCAS DE LEYSSAC, « Concurrence et compétition », *D.* 2004 p. 1722, spéc. p. 1724

2239 article 3 du Traité sur le fonctionnement de l'Union Européenne : *JOUE* 30 mars 2010, spéc. p. 51 : L'Union dispose d'une compétence exclusive pour « *l'établissement des règles de concurrence nécessaires au fonctionnement du marché intérieur* »

2240 V. OCDE, « Recommandation du Conseil sur l'évaluation d'impact sur la concurrence », préc.

2241 article 3 de la Convention sur l'inspection du travail C81, OIT, 1947

qu'aux stipulations des conventions et accords collectifs de travail »[2242]. On retrouve toujours le verbe veiller[2243]. En se fondant sur ce texte, les inspecteurs interviennent en matière de harcèlement moral ou sexuel, et de discrimination[2244]. Ils contrôlent la légalité des contrats de travail précaires[2245], de la rémunération des salariés[2246] et le respect de la réglementation en matière de durée du travail[2247]. Ils s'assurent du respect du libre exercice du droit syndical[2248], contrôlent les opérations électorales[2249] et les négociations collectives obligatoires[2250]. Les inspecteurs vérifient les respects des droits des représentants du personnel[2251] et du CHSCT[2252]. Les inspecteurs du travail interviennent, en outre, pour contrôler la légalité du règlement intérieur de l'entreprise[2253], vérifier la légalité d'un licenciement économique[2254], autoriser le licenciement d'un salarié protégé[2255], tenter de prévenir ou régler les conflits collectifs[2256]. Ils participent à la prévention des risques professionnels et enquêtent lors de la survenance d'un accident[2257]. Enfin, l'inspection du travail est en charge de la lutte contre le travail illégal[2258].

318. Moyens. Pour l'exécution de cette mission de contrôle, les inspecteurs du travail disposent de véritables pouvoirs de police judiciaire[2259]. Ils peuvent réaliser des inspections inopinées : ils ne sont pas tenus de prévenir l'employeur[2260]. Ils disposent pour ce faire d'un droit d'entrée dans tous les établissements soumis à la réglementation du travail[2261]. Ils

---

2242 articles L. 1152-1 et L. 1153-1 du Code du travail

2243 V. *supra* n°286

2244 article L. 1132-1 et s. du Code du travail – Trib. corr. Paris, 22 nov. 2002 : *Dr. ouvrier* 2003, p. 284, note MINE : « *Attendu que dans le rapport adressé le 6 avril 2001 au procureur de la République pour lui dénoncer une infraction en application de l'article 40 du Code de procédure pénale, l'inspectrice du travail rapporte les propos de ses différents interlocuteurs ; que Micheline Beuzit lui a ainsi répété le 1er février 2001 : « On ne recrute pas de noir en salle, seulement en cuisine »…* » - Confirmé par CA Paris, 17 oct. 2003 : *Dr. ouvrier* 2004, p. 329 note MINE

2245 article L. 1142-1 et s. du Code du travail

2246 T. KAPP, P. RAMACKERS et J.-P. TERRIER, *Le système d'inspection du travail en France*, Editions Liaisons 2009, spéc. p.70

2247 article L. 3171-3 du Code du travail

2248 articles L. 2142-1, L. 2431-1 et L. 2314-5 du Code du travail

2249 T. KAPP, P. RAMACKERS et J.-P. TERRIER, *Le système d'inspection du travail en France*, préc., spéc. p. 73

2250 article L. 2243-1 du Code du travail

2251 articles L. 2316-1, L. 2432-1 et L. 2328-1 du Code du travail

2252 articles L. 4611-1 et s. du Code du travail

2253 article L. 1322-1 du Code du travail

2254 article L. 1233-52 du Code du travail

2255 articles L. 2421-1 et s. du Code du travail

2256 article R. 8112-2 du Code du travail

2257 T. KAPP, P. RAMACKERS et J.-P. TERRIER, *Le système d'inspection du travail en France*, préc., spéc. p. 96

2258 article L. 8271-1 du Code du travail

2259 V. BOUCHARD, « Des pouvoirs de police judiciaire de l'inspecteur du travail », *Rev. sc. crim*. 2005, p. 273 – X. PRETOT, « Les sanctions administratives de l'insécurité au travail », *Dr. social* 2007, p. 707, spéc. p. 708 et s.

2260 *JCl. Travail Traité*, Fasc. 10-25, par F. GREGOIRE, spéc. n° 3

2261 article L. 8113-1 du Code du travail – P. LAGOUTTE, « Le droit de visite de l'inspection du travail », *Dr. trav*. juin 1994, p. 3

peuvent y auditionner les salariés[2262]. Les inspecteurs peuvent également consulter l'ensemble des livres, registres et documents rendus obligatoires et réaliser des prélèvements des produits et matériaux, manipulés par les salariés, aux fins d'analyses[2263]. Enfin, ils peuvent imposer à l'employeur de faire procéder à des contrôles techniques, consistant notamment à faire vérifier l'état de conformité de ses installations et équipements avec les dispositions qui lui sont applicables, à faire procéder à la mesure de l'exposition des travailleurs à des nuisances physiques, à des agents physiques, chimiques ou biologiques donnant lieu à des limites d'exposition, ou encore à faire procéder à l'analyse de substances et préparations dangereuses[2264].

319. Sanction. L'inspecteur du travail dispose d'une grande liberté quant à l'issu qu'il souhaite donner à son contrôle. Il peut se contenter d'émettre des observations ou de procéder à un simple rappel à la loi. Cela suffit souvent à mettre fin aux difficultés[2265]. En l'absence de réaction de l'employeur, ou si l'infraction est d'une certaine gravité, l'inspecteur peut dresser un procès-verbal et saisir les juridictions pénales[2266]. Toutefois, avant de dresser procès-verbal, il est tenu de mettre en demeure l'employeur de se conformer aux prescriptions légales[2267], sauf lorsque les faits qu'il constate *« présentent un danger grave ou imminent pour l'intégrité physique des travailleurs* »[2268]. Enfin, en cas d'urgence, l'inspecteur du travail peut saisir le juge des référé « *pour voir ordonner toutes mesures propres à faire cesser le risque, tel que la mise hors service, l'immobilisation, la saisie des matériels, machines, dispositifs, produits ou autres, lorsqu'il constate un risque sérieux d'atteinte à l'intégrité physique d'un travailleur* » résultant de l'inobservation des règles légales[2269].

2 : La finalité du contrôle-surveillance de l'application du droit du travail

320. Un fondement historique. La première véritable intervention du législateur en matière de droit du travail est la loi du 22 mars 1841 relative au travail des enfants employés

---

2262 article 12-1 de la Convention sur l'inspection du travail C81, OIT, 1947 – Cass. crim., 22 juill. 1981, n° 81-90167 : *Bull. crim*. 1981, n° 237 : « *aucune disposition du Code du travail ne restreint le pouvoir dévolu aux inspecteurs du travail de procéder à l'intérieur des établissements où ils ont accès en raison de leurs fonctions, aux enquêtes dont ils sont chargés* »

2263 article L. 8113-3 et L. 8113-4 du Code du travail

2264 article L. 4722-1 du Code du travail

2265 F. FAVENNEC-HERY ET P.-Y. VERKINDT, *Droit du travail*, LGDJ 3e éd. 2011, spéc. n° 138 p. 125

2266 M. COHEN, « Les effets du procès-verbal d'un inspecteur du travail », *Dr. social* 1997, p. 456 – B. SILHOL, « L'inspection du travail et le choix de l'action pénale », *Dr. social* 2000, p. 959

2267 article L. 4721-4 du Code du travail - J. PELISSIER, G. AUZERO et E. DOCKES, *Droit du travail*, préc., spéc. n° 72 p. 112

2268 article L. 4721-5 du Code du travail

2269 article L. 4732-1 du Code du travail - F. ZAPATA, « L'inspection du travail et le juge des référés », *Dr. social* 1975, p. 434

dans les manufactures, usines ou ateliers. Elle ne résultait pas en réalité de la seule volonté de protéger les ouvriers, loin de là. Elle est née du lobbying de plusieurs groupes de pression aux intérêts très divers, certains soucieux de maintenir la paix sociale, d'autres l'éducation religieuse du peuple ou sa morale, d'autres enfin d'assurer une réserve suffisante d'hommes en bonne santé pour l'armée[2270]. Les dispositions qui suivirent au long du XIXe siècle ne furent pas motivées par autre chose, il s'agissait toujours d'encadrer le travail des femmes, pour assurer la pérennité de la nation[2271], et des enfants, pour préserver la force de travail[2272]. Fort heureusement, une meilleure organisation collective des salariés leur a permis d'affirmer leur droit et de recentrer le droit du travail sur leur intérêt propre. Néanmoins, le droit du travail reste plus largement un droit au service de l'économie nationale. Comme le relevait Lyon-Caen en 1951, « *l'intervention toujours plus accentuée de l'Etat a le plus souvent pour raison d'être une meilleure organisation économique* […]. *Il est clair, d'ailleurs, que l'intervention de l'Etat ne peut modifier les fondements de l'Etat même. Elle tend à préserver l'ordre établi contre les revendications ouvrières qui le sapent. Elle profite donc en premier lieu au patronat. Les lois ouvrières sont* du lest jeté par un régime *qui tente de survivre le plus longtemps possible* »[2273]. En réalité, la protection sociale est nécessaire à la survie d'une économie capitaliste. En effet, en instaurant un contrepouvoir elle permet une critique constructive du gouvernement d'entreprise et favorise ainsi une bonne gestion sociale[2274]. Elle limite dans le même temps les excès de pouvoir patronaux qui peuvent être couteux pour l'entreprise en raison des résistances qu'ils font naître chez les salariés[2275]. En outre, en s'imposant à tous les employeurs, elle favorise une saine concurrence entre les entrepreneurs sans que celle-ci se fasse au détriment des salariés[2276]. Enfin, il permet de justifier le pouvoir hiérarchique de l'employeur sur l'employé[2277]. Le contrôle de l'application de la législation sociale est donc une nécessité non seulement pour les travailleurs mais plus largement pour l'intérêt général. Le contrôle-surveillance de l'inspection du travail consiste donc encore une

---

2270 Y. GUIN, « Au cœur du libéralisme : la loi du 22 mars 1841 relative au travail des enfants employés dans les manufactures, usines ou ateliers », *in Deux siècles de droit du travail, L'histoire par les lois*, J.-P. LE CROM (dir.), Ed. de l'atelier 1998, p. 29, spéc. p. 32 et s.

2271 P. HABER, *Des dangers de l'interventionnisme de l'Etat en matière ouvrière*, Chartres 1906, spéc. p. 63

2272 J. LE GOFF, *Du silence à la parole, Une histoire du droit du travail des années 1830 à nos jours*, préc., spéc. p.99 et s.

2273 G. LYON-CAEN, « Les fondements historiques et rationnels du droit du travail », *Dr. ouvrier* 1951, p. 1, reproduit *in Dr. ouvrier* 2004, p. 52, spéc. p. 54

2274 G. LYON-CAEN, « Permanence et renouvellement du droit du travail dans une économie globalisée », *Dr. ouvrier* 2004, p. 52, spéc. p. 52

2275 E. DOCKES, « Le pouvoir dans les rapports de travail, Essor juridique d'une nuisance économique », *Dr. social* 2004, p. 620, spéc. p. 622 et s.

2276 A. JEAMMAUD, « Le droit du travail dans le capitalisme, question de fonctions et de fonctionnement », *in Le droit du travail confronté à l'économie*, Dalloz 2005, p. 15, spéc. p. 21

2277 E. DOCKES, « Le pouvoir dans les rapports de travail, Essor juridique d'une nuisance économique », préc., spéc. p. 621

fois à s'assurer du respect du risque social au regard de l'intérêt général protégé par le droit du travail.

PARAGRAPHE 2 : LE CONTROLE-SURVEILLANCE DE LA SOCIETE EN PROCEDURE COLLECTIVE

La situation de l'entreprise en difficulté justifie l'intervention d'un grand nombre de personnes. Ces dernières vont disposer d'un certain pouvoir d'intervention et de contrôle dans la procédure collective qui leur confère parfois, selon les cas, un pouvoir-surveillance des actes de la société. Il s'agira dans un premier temps d'étudier le pouvoir des différents intervenants à la procédure collective (A) puis de qualifier leur intervention (B).

A : LE POUVOIR DE CONTROLE-SURVEILLANCE DES INTERVENANTS A LA PROCEDURE COLLECTIVE

Les intervenants à la procédure collective sont nombreux. Seront étudiés successivement le l'intervention du conciliateur (1), des organes judiciaires de la procédure collective (2) des représentants des créanciers (3), du représentant des salariés (4), et de l'expert en diagnostic d'entreprise (5).

1 : L'intervention du conciliateur ?

321. Généralité. La procédure de conciliation est issue de la loi du 28 décembre 2005. Le législateur a souhaité étendre et améliorer l'ancienne procédure du règlement amiable afin de renforcer son efficacité[2278]. La conciliation est ouverte à toute personne morale de droit privé exerçant une activité commerciale ou artisanale, ou exerçant une activité professionnelle indépendante[2279]. Elle bénéficie à toutes personnes qui « *éprouvent une difficulté juridique, économique ou financière, avérée ou prévisible, et ne se trouvent pas en cessation des paiements depuis plus de quarante-cinq jours* »[2280]. Seul le débiteur peut demander

---

2278 PH. ROUSSEL-GALLE, « Prévention, dynamique de l'anticipation : le mandat ad hoc et la conciliation après le décret du 28 décembre 2005 », *LPA* 12 juill. 2006, p. 10, spéc. n° 2 p.10 - TH. MONTERAN, « Présentation générale de la prévention et de la procédure de conciliation », *Gaz. Pal.* 2005, p. 2928, spéc. p. 2929 - F. MACORIG-VENIER, « Du règlement amiable à la conciliation », *Rev. proc. coll.* 2005 p. 352, spéc. p. 352 - C. SAINT-ALARY-HOUIN, « La procédure de conciliation », *Rev. proc. coll.*, 2006, p. 169, spéc. p. 169 - J. VALLANSAN, P. CAGNOLI, L. FIN-LANGER et C. REGNAUT-MOUTIER, *Difficultés des entreprises, commentaire article par article du Livre VI du Code de commerce*, préc. spéc. p. 16

2279 articles L. 611-5 du Code de commerce

2280 article L. 611-4 du Code de commerce

l'ouverture de cette procédure[2281], qui reste facultative[2282], et il ne peut être tenu pour responsable de ne pas l'avoir requise[2283].

Il revient ensuite au président du tribunal de décider de la suite à donner à la demande. Il dispose pour cela du même droit à l'information que dans le cadre de la procédure d'alerte et peut en outre « *obtenir des établissements bancaires ou financiers tout renseignement de nature à donner une exacte information sur la situation économique et financière de celui-ci* » ainsi que désigner un expert chargé « *d'établir un rapport sur la situation économique, sociale et financière du débiteur* »[2284].

322. Statut du conciliateur. Il n'y a pas de statut propre au conciliateur. Il peut s'agir de n'importe quelle personne estimée suffisamment qualifiée par le juge. La loi a néanmoins prévu quelques cas d'incompatibilité pour renforcer son indépendance[2285] et permet au débiteur de proposer la désignation d'une personne déterminée[2286] ou, dans certains cas, de récuser celui proposé par le tribunal[2287].

323. Mission du conciliateur. L'article L. 611-7 alinéa 1er du Code de commerce dispose que « *le conciliateur a pour mission de favoriser la conclusion entre le débiteur et ses principaux créanciers ainsi que, le cas échéant, ses cocontractants habituels, d'un accord amiable destiné à mettre fin aux difficultés de l'entreprise. Il peut également présenter toute proposition se rapportant à la sauvegarde de l'entreprise, à la poursuite de l'activité économique et au maintien de l'emploi* ». Le rôle que le président du tribunal entend donner au conciliateur est défini dans l'ordonnance de conciliation[2288]. Il s'agit essentiellement d'une mission de conciliation ayant pour objet la conclusion d'un accord amiable entre le débiteur et ses créanciers[2289]. Le conciliateur n'a pas à prendre parti, il n'est pas « *l'avocat du débiteur* »[2290]. Il doit tout en même temps convaincre le débiteur de modifier sa gestion et de prendre les mesures nécessaires au redressement de son entreprise, et conduire les créanciers à

2281 article L. 611-6 du Code de commerce - C. SAINT-ALARY-HOUIN, « La procédure de conciliation », préc., spéc. n° 9 et s., p. 170 et s.

2282 Sur les critères de choix, V. F. VINCKEL, « L'option entre les procédures préventives du nouveau droit des entreprises en difficulté : analyse des risques », *LPA* 12 juin 2006, p. 7

2283 P.-M. LE CORRE, *Droit et pratique des procédures collectives*, préc., spéc. n° 141-32, p. 212

2284 article L. 611-6 al. 2 du Code de commerce - C. SAINT-ALARY-HOUIN, « La procédure de conciliation », préc., spéc. n° 13, p. 171

2285 article L. 611-13 du Code de commerce - C. SAINT-ALARY-HOUIN, « La procédure de conciliation », préc., spéc. n° 15, p. 171

2286 article L. 611-6 al. 3 du Code de commerce - PH. ROUSSEL-GALLE, « Prévention, dynamique de l'anticipation : le mandat ad hoc et la conciliation après le décret du 28 décembre 2005 », préc., spéc. n° 13

2287 article L. 611-1 al. 5 du Code de commerce

2288 article R. 611-23 du Code de commerce

2289 D. GIBIRILA, *Droit des entreprises en difficulté*, Defénois 2009, spéc. n° 131 p. 115 – L. LE GUERNEVE, « L'accord », *Gaz. Pal.* 26 juin 2008, p. 49

2290 C. GAVALDA, « Le règlement amiable », *RJ com.* n° spéc. 1986, p. 87, spéc. n° 8 p. 90

accepter des aménagements de leurs créances[2291]. Le conciliateur ne saurait pour autant être comparé à l'administrateur provisoire[2292]. Il ne se substitue pas aux organes dirigeants de la société et n'a aucun pouvoir d'immixtion dans la gestion de l'entreprise[2293]. Le débiteur demeure donc parfaitement libre de sa gestion.

Pour l'exercice de sa mission, le conciliateur ne dispose que des informations détenues par le président du tribunal, y compris l'éventuelle expertise, et celles que le débiteur estimera utile de lui fournir[2294]. Il ne dispose d'aucune autre prérogative[2295]. Tout au plus peut-il menacer le débiteur de mettre fin à sa mission si ce dernier n'accepte pas certaines mesures nécessaires et empêche ainsi la conclusion d'un accord[2296]. Une telle décision peut avoir pour effet, si le débiteur est en cessation de paiement, d'entraîner l'ouverture d'une procédure collective[2297]. Le conciliateur n'est donc pas plus un contrôleur qu'un contrôlaire. Il ne dispose d'aucun pouvoir de direction ou de surveillance particulier dans la société. Son droit à l'information ne lui confère aucun droit ni aucune obligation particulière : il n'est pas sanctionné. Lors du débat parlementaire sur la réforme de la loi de sauvegarde de 2005, la question s'est posée de l'obligation d'assurance professionnelle pesant sur le conciliateur. L'Assemblée nationale avait écarté cette obligation pour faciliter la désignation de personne non mandataire de justice mais aux compétences reconnues[2298]. Le Sénat l'avait réintroduite en raison de l'obligation pesant sur le conciliateur d'informer le tribunal de l'état de cessation des paiements du débiteur, ce qui pouvait être une source importante de responsabilité[2299]. Cette disposition a été supprimée par la commission mixte paritaire ainsi que l'obligation d'assurance[2300]. Cela démontre bien le rôle de simple intermédiaire du conciliateur et son absence d'implication dans la gestion de la société.

2291 C. SAINT-ALARY-HOUIN, *Droit des entreprises en difficulté*, préc., spéc. n° 301 p. 176

2292 A. LIENHARD, *Procédure collectives*, Editions Delmas 4e éd. 2011, spéc. n° 21.39 p. 52

2293 D. GIBIRILA, *Droit des entreprises en difficulté*, préc., spéc. n° 132 p. 115 - C. SAINT-ALARY-HOUIN, *Droit des entreprises en difficulté*, préc., spéc. n° 301 p. 176 ; « La procédure de conciliation », préc., spéc. n° 19 p. 172

2294 article L. 611-7 al. 2 du Code de commerce

2295 C. SAINT-ALARY-HOUIN, *Droit des entreprises en difficulté*, préc., spéc. n° 301 p. 176

2296 D. GIBIRILA, *Droit des entreprises en difficulté*, préc., spéc. n° 132 p. 116

2297 article L. 631-4 al. 2 du Code de commerce

2298 *Rapp. AN* n° 2095, 2004-2005, « Rapport au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur le projet de loi (n° 1596) de sauvegarde des entreprises », par X. DE ROUX, spéc. p. 109

2299 *Rapp. Sénat* n° 335, 2004-2005 « Rapport fait au nom de la commission des lois sur le projet de loi de sauvegarde des entreprises », par J.-J. HYEST, spéc. p. 138 et s.

2300 P.-M. LE CORRE, *Droit et pratique des procédures collectives*, préc., spéc. n° 141-51 p. 216

Enfin, le conciliateur doit rendre « *compte au président du tribunal de l'état d'avancement de sa mission et formule toutes observations utiles sur les diligences du débiteur* »[2301]. Il est également tenu d'une obligation de confidentialité, comme toute personne intervenant à la procédure de conciliation[2302]. Cette dernière est particulièrement importante pour inciter le débiteur à recourir à la procédure.

2 : Les organes judiciaires de la procédure collective

L'intervention judiciaire dans la vie sociale est fréquente mais nous avons vu à l'occasion de l'étude du contrôle organique que la jurisprudence est très réticente à s'immiscer dans les affaires de la société. Pourtant lorsque celle-ci se trouve en difficulté, l'intervention de la justice va se faire beaucoup plus contraignante et importante. Trois organes judiciaires interviennent tout au long de la procédure collective : le tribunal de commerce (a), le ministère public (b) et le juge-commissaire (c).

a : Le pouvoir de contrôle-surveillance du tribunal de commerce

Le pouvoir de contrôle-surveillance du tribunal de commerce commence au moment de l'ouverture de la procédure collective (α) et se poursuit tout au long de son déroulement (β).

α : L'ouverture de la procédure collective

324. La saisine d'office. En cas d'échec de la procédure de conciliation, lorsque le débiteur est en cessation des paiements, « *le tribunal, d'office, se saisit afin de statuer sur l'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire* »[2303]. En l'absence de procédure de conciliation préalable, les articles L. 631-5 et L. 640-5 du Code de commerce prévoient également la saisine d'office du tribunal pour l'ouverture d'une procédure de redressement ou de liquidation judiciaire. Il s'agit d'un mécanisme exorbitant du droit commun qui doit respecter le principe du contradictoire. Le débiteur doit donc être convoqué et auditionné avant toute décision[2304].

2301 article L. 611-7 al. 4 du Code de commerce - F. MACORIG-VENIER, « Du règlement amiable à la conciliation », préc., spéc. p. 354

2302 article L. 611-15 du Code de commerce - C. SAINT-ALARY-HOUIN, *Droit des entreprises en difficulté*, préc., spéc. n° 980 p. 650

2303 article L. 631-4 du Code de commerce

2304 article R. 631-3 du Code de commerce

La possibilité de saisine d'office du tribunal se justifie par l'importance « sociale » de l'entreprise et l'intérêt qu'elle présente au regard de l'ordre public[2305]. Elle donne un rôle actif à la juridiction là où d'habitude elle se contente d'arbitrer les conflits. La saisine d'office est même possible à titre subsidiaire pour venir régulariser un vice de procédure lors de l'ouverture de la procédure collective à la demande du débiteur ou d'un créancier[2306].

325. L'information préalable du tribunal. La décision d'ouvrir une procédure collective étant particulièrement grave pour le débiteur, le tribunal se doit de prendre la mesure de la situation réelle de ce dernier[2307]. Il y a en moyenne un délai de deux mois entre la saisine du tribunal et le jugement d'ouverture[2308]. Cette période permet au juge d'auditionner certaines personnes et, si besoin, de demander une enquête préalable[2309].

Le tribunal est tenu d'auditionner, avant toute décision, le débiteur ou son représentant, ainsi que le comité d'entreprise ou les représentants du personnel[2310]. Dans les petites entreprises ne disposant pas de représentant du personnel, le tribunal n'est pas tenu d'entendre les salariés[2311]. Si le débiteur exerce une profession libérale soumise à un statut législatif ou réglementaire ou dont le titre est protégé, le juge doit également convoquer l'ordre professionnel ou l'autorité compétente dont il relève[2312]. Ces dispositions sont d'ordre public. Leur non-respect entraine la nullité du jugement d'ouverture[2313]. Le tribunal peut, en outre, s'il le souhaite, entendre toute personne dont l'audition lui paraît utile[2314].

Pour compléter ces informations, le tribunal peut également confier à un juge la réalisation d'une enquête préalable[2315]. Le but est de s'assurer de la compétence du tribunal et du respect des conditions d'ouverture d'une procédure collective[2316]. Il semble que cette enquête puisse même être diligentée avant toute saisine du tribunal afin que celui-ci décide d'une éventuelle auto saisine[2317]. Le juge enquêteur peut se faire assister de tout expert de son choix[2318]. Il peut de plus, à l'instar du juge commissaire, « *obtenir communication par les commissaires aux*

2305 *JCl. Sociétés Traité*, Fasc. 41-40, par A. MARTIN-SERF, spéc. n° 87
2306 D. GIBIRILA, *Droit des entreprises en difficulté*, préc., spéc. n° 280 p. 243
2307 D. GIBIRILA, *Droit des entreprises en difficulté*, préc., spéc. n° 307 p. 263
2308 *JCl. Sociétés Traité*, Fasc. 41-40, par A. MARTIN-SERF, spéc. n° 105
2309 J. VALLANSAN, P. CAGNOLI, L. FIN-LANGER et C. REGNAUT-MOUTIER, *Difficultés des entreprises, commentaire article par article du Livre VI du Code de commerce*, préc. spéc. p. 49
2310 article L. 621-1 al. 1er du Code de commerce
2311 P.-M. LE CORRE, *Droit et pratique des procédures collectives*, préc., spéc. n° 233-21, p. 424
2312 article L. 621-1 al. 2 du Code de commerce
2313 D. GIBIRILA, *Droit des entreprises en difficulté*, préc., spéc. n° 308 p. 264
2314 article L. 621-1 al. 1er du Code de commerce
2315 article L. 621-1 al. 3 du Code de commerce
2316 C. SAINT-ALARY-HOUIN, *Droit des entreprises en difficulté*, préc., spéc. n° 426 p. 267
2317 B. SOINNE, *Traité des procédures collectives*, Litec, 2e éd. 1995, n° 572
2318 article L. 621-1 al. 3 du Code de commerce

comptes, les experts comptables, les membres et représentants du personnel, par les administrations et organismes publics, les organismes de prévoyance et de sécurité sociales, les établissements de crédit ainsi que les services chargés de centraliser les risques bancaires et les incidents de paiement des renseignements de nature à lui donner une exacte information sur la situation économique, financière, sociale et patrimoniale du débiteur »[2319]. Le secret professionnel ne lui est pas opposable.

326. Le jugement d'ouverture. Le tribunal n'a pas d'autre choix que de prononcer l'ouverture de la procédure collective si les conditions sont remplies[2320]. Il en est ainsi notamment lorsqu'il est saisi d'une demande d'ouverture d'une procédure de sauvegarde[2321]. Le juge exerce un contrôle de légalité et non d'opportunité.

Lorsqu'il est saisi d'une demande d'ouverture d'une procédure collective et que l'état de cessation des paiements est constaté, le juge a néanmoins le choix entre le règlement et la liquidation judiciaire[2322]. Sous l'empire de la loi de 1985, la question se posait de savoir si le juge pouvait immédiatement prononcer la liquidation judiciaire sans période d'observation[2323]. La Cour de cassation avait jugé qu'il s'agissait là d'une exigence de la loi[2324] mais que la période d'observation pouvait être très courte (quelques heures)[2325]. La loi

---

2319 article L. 623-2 du Code de commerce

2320 A. JACQUEMONT, *Droit des entreprises en difficultés*, préc., spéc. n° 260 p. 165 - B. SAINTOURENS, « Les conditions d'ouverture des procédures après l'ordonnance du 18 décembre 2008 portant réforme du droit des entreprises en difficulté », *Rev. proc. coll*. 2009, étude 4

2321 article R. 621-5 al.1er du Code de commerce

2322 A. LIENHARD, *Procédure collectives*, préc., spéc. n° 61.11 p. 170

2323 P. LE BESNERAIS, « Les premières applications de la loi du 25 janvier 1985 », *Banque* 1986, p. 634 - J. GARNIER, « Y a-t-il lieu d'ouvrir une période d'observation de redressement judiciaire ? », *Gaz. Pal.* 1986, 2, doctr. p. 447 - J.-CL. MAY, « Comment enclencher l'application de la loi sur le redressement et la liquidation judiciaires en présence d'une entreprise sans avenir ? », *LPA* 26 sept. 1986, p. 4 - A. VIANDIER et G. ENDREO, *Redressement et liquidation judiciaires, Loi du 25 janvier 1985, commentée article par article et décrets d'application*, Litec 1986, p. 16 - M. CREHANGE, « Il ne faut pas prononcer la liquidation judiciaire immédiate (Réflexions d'un praticien sur l'arrêt de la Cour d'appel de Versailles du 16 juin 1986) », *Gaz. Pal.* 1986, 2, doctr. p. 723 - V. aussi, *JCP E* 1986, I, 15774, n° 4, M. CABRILLAC et M. VIVANT

2324 Cass. com., 4 nov. 1986, n° 86-15712 : *Bull. civ.* 1986, n° 198 ; *JCP G* 1987, II, 20736, note J.-CL. BOUSQUET ; *JCP E*, 1987, 16003, n° 5, note M. CABRILLAC et M. VIVANT ; *D.* 1986, jurispr. p. 579, note F. DERRIDA ; *Gaz. Pal.* 1986, 2, p. 742 ; *Bull. Joly Sociétés* 1986, p. 1038, note P. LE CANNU ; *RJ com*. 1987, p. 13, note C.-H. GALLET ; *Rev. proc. coll.* 1987, n° 1, p. 31, note P. DIDIER, et p. 43, note Y. GUYON, et 1987, n° 2, p. 18, note L. CADIET ; *RTD com*. 1988, p. 690, note PH. MERLE, et p. 703, note J.-PH. HAEHL : « *si le tribunal doit prononcer la liquidation judiciaire dès que n'apparait possible, ni la continuation de l'entreprise, ni sa cession, et s'il apprécie souverainement qu'il en est ainsi, toute décision de cette nature doit être précédée d'un jugement de redressement judiciaire ouvrant une période d'observation* »

2325 Cass. com., 17 mai 1989, n° 87-17930 : *Bull. civ.* 1989, n° 152 ; *JCP E* 1989, II, 15658, n° 4, note PH. PETEL ; *JCP G* 1990, II, 21464, note M. BEAUBRUN ; *Rev. proc. coll*. 1990, p. 55, note Y. GUYON ; *RTD com.* 1989, p. 731, note J.-PH. HAEHL ; *RJ com*. 1990, p. 86, note CH.-H. GALLET : c'est à bon droit qu'une Cour d'appel a confirmé la décision d'un Tribunal ayant ouvert une procédure de redressement judiciaire puis, le même jour, prononcé la liquidation judiciaire, dès lors que « *si, par l'effet de la loi, le dessaisissement du débiteur part de la première heure du jour où est prononcée la liquidation judiciaire, il n'en résulte pas que le jugement de liquidation judiciaire soit réputé avoir été rendu avant son prononcé ; que selon les énonciations du Tribunal, un premier jugement avait mis la SOL en redressement judiciaire ouvrant par là même la période d'observation, que le juge-commissaire désigné avait ensuite fait savoir au Tribunal qu'il n'y avait aucune possibilité de redressement et qu'au vu de ce rapport, dès lors que ni la continuation*

du 10 juin 1994 a mis fin à cette hypocrisie en consacrant la liquidation judiciaire comme une procédure autonome ne nécessitant pas de période d'observation dès lors qu'un redressement paraît manifestement impossible. La loi de 2005 n'a pas remis en cause l'autonomie de la liquidation judiciaire[2326].

Le jugement d'ouverture fixe la date de cessation des paiements[2327] et, lorsqu'il prononce l'ouverture d'une procédure de sauvegarde ou de redressement, la durée de la période d'observation[2328]. Il doit également désigner les organes de la procédure[2329]. Pour toute procédure, le tribunal doit désigner un juge-commissaire et éventuellement un juge commissaire suppléant. Il nomme également un mandataire judiciaire. Si la société est placée en liquidation judiciaire, ce dernier fera office de liquidateur. Le juge invite, en outre, le comité d'entreprise ou, à défaut, les délégués du personnel à désigner un représentant parmi les salariés de l'entreprise. En l'absence de comité d'entreprise et de délégués du personnel, les salariés élisent leur représentant, qui exerce les fonctions dévolues à ces institutions dans la procédure collective. Enfin, le tribunal désigne un commissaire-priseur judiciaire, un huissier, un notaire ou un courtier en marchandises assermenté, aux fins de réaliser un inventaire et une prisée du patrimoine du débiteur.

La désignation d'un administrateur judiciaire n'est en principe requise qu'en cas d'ouverture d'une procédure de sauvegarde ou de redressement judiciaire[2330]. Dans les petites entreprises, si le dirigeant est en mesure d'assurer sa fonction, le tribunal n'est pas tenu d'une telle désignation[2331]. Par exception, le tribunal peut nommer un administrateur judiciaire lorsque le maintien provisoire de l'activité est autorisé après l'ouverture d'une procédure de liquidation judiciaire[2332].

β : Le déroulement de la procédure collective

327. La nomination d'organes au cours de la procédure collective. Le tribunal dispose d'un pouvoir discrétionnaire de remplacement de l'administrateur, de l'expert et du

---

de l'entreprise ni la cession de celle-ci n'apparaissaient possibles, un second jugement avait enfin prononcé la liquidation judiciaire »

2326 article L. 640-1 du Code de commerce

2327 articles L. 631-8 et L. 641-1 IV du Code de commerce

2328 article L. 621-3 du Code de commerce, sur renvoi de l'article L. 631-7

2329 C. SAINT-ALARY-HOUIN, *Droit des entreprises en difficulté*, préc., spéc. n° 436 et s., p. 271 et s.

2330 articles L. 621-4, et L. 631-9 du Code de commerce

2331 J. VALLANSAN, P. CAGNOLI, L. FIN-LANGER et C. REGNAUT-MOUTIER, *Difficultés des entreprises, commentaire article par article du Livre VI du Code de commerce*, préc. spéc. p. 75

2332 article L. 641-10 du Code de commerce

mandataire judiciaire[2333]. En outre, lorsqu'un plan de sauvegarde ou de redressement est élaboré, le tribunal nomme le mandataire, ou l'administrateur judiciaire, commissaire chargé de veiller à l'exécution du plan[2334]. En cas de nécessité, il peut nommer plusieurs commissaires. Il peut également le remplacer d'office ou sur demande du ministère public.

328. La direction générale de la procédure. Lors du jugement d'ouverture d'une procédure de sauvegarde ou de redressement judiciaire, le tribunal ouvre une période d'observation[2335]. Il est également compétent pour y mettre fin, notamment s'il décide de prononcer la liquidation judiciaire[2336]. Durant cette période, le tribunal est compétent pour ordonner une cessation partielle d'activité[2337] ou, à l'inverse, prononcer la poursuite provisoire de l'activité en cas de liquidation judiciaire[2338]. Enfin, le tribunal détermine la mission de l'administrateur judiciaire et peut la modifier à tout moment[2339].

329. Décisions relatives au sort de l'entreprise. Le tribunal est compétent pour arrêter le plan de sauvegarde ou de redressement[2340] et pour statuer sur le plan de cession totale ou partielle de l'entreprise en cas de redressement ou de liquidation judiciaire[2341]. Dans ce cas, il peut ordonner une location-gérance préalable ou encore la cession forcée des contrats nécessaires au maintien de l'activité[2342].

Le tribunal statue sur les demandes de modification du plan initial formées par le débiteur ou le cessionnaire[2343]. Il peut également prononcer l'inaliénabilité temporaire de certains biens[2344], imposer les modifications des statuts nécessaires à la réorganisation de

---

2333 article L. 621-7 du Code de commerce - Cass. com., 15 févr. 2005, n° 03-16369 : *Bull. civ.* 2005, n° 27 ; *RTD com.* 2005, p. 422, note J.-L. VALLENS : « *attendu que, selon l'article L. 623-6, 1,* [devenu L. 621-7 al. 1er] *du Code de commerce, les jugements relatifs à la nomination ou au remplacement de l'administrateur, du représentant des créanciers, du liquidateur, des contrôleurs, du ou des experts ne sont susceptibles que d'un appel du ministère public et que, selon l'article L. 623-7 du même Code, aucun recours en cassation ne peut être exercé contre les arrêts rendus en application du premier alinéa de l'article L. 623-6, 1, du Code de commerce, à moins que ne soient en cause la violation d'un principe fondamental de procédure ou l'excès de pouvoir ; que la cour d'appel, qui n'a pas excédé ses pouvoirs, a décidé, dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, de désigner la SCP Silvestri-Baujet en qualité de liquidateur judiciaire en remplacement de M. X...* »

2334 articles L. 626-25 et L. 631-19 du Code de commerce

2335 article L. 621-3 du Code de commerce - C. SAINT-ALARY-HOUIN, *Droit des entreprises en difficulté*, préc., spéc. n° 432 et s., p. 257 et s., et n° 984 et s., p. 654 et s. – B. SAINTOURENS, « Les conditions d'ouverture des procédures après l'ordonnance du 18 décembre 2008 portant réforme du droit des entreprises en difficulté », préc., spéc. n° 14 p. 43

2336 articles L. 622-11 et L. 631-15 du Code de commerce

2337 articles L. 622-10 et L. 631-15 du Code de commerce

2338 article L. 641-10 du Code de commerce

2339 articles L. 622-1 et L. 631-12 du Code de commerce

2340 articles L. 626-9 et L.631-19 al. 1 du Code de commerce – G. BLANC, « Le plan de sauvegarde », *Rev. proc. coll.* 2006, p. 182, spéc. p. 184

2341 articles L. 631-22 et L. 642-5 du Code de commerce – F. VAUVILLE, « La cession d'actifs après le réforme du 26 juillet 2005 », *Dr. et patrimoine* mars 2006, p. 80

2342 article L. 642-7 et L. 642-13 du Code de commerce - C. SAINT-ALARY-HOUIN, *Droit des entreprises en difficulté*, préc., spéc. n° 1163 et s., p. 774 et s.

2343 articles L. 626-26 et L. 642-6 du Code de commerce

2344 article L. 626-14 du Code de commerce

l'entreprise[2345], ou ordonner la substitution d'une garantie par une autre équivalente[2346]. En vertu de l'article L. 626-18 du Code de commerce, le tribunal, dans le plan, « *donne acte des délais et remises acceptés par les créanciers* ». Il peut également les réduire. Les autres créanciers peuvent se voir imposer « *des délais uniformes de paiement* ».

Enfin, en cas d'inexécution du plan par le débiteur, le juge peut en prononcer la résolution et statuer sur une éventuelle liquidation judiciaire[2347].

330. Décisions relatives au sort des salariés. L'article L. 631-19 du Code de commerce donne compétence au tribunal pour autoriser d'éventuels licenciements nécessaires à la poursuite de l'activité.

331. Décisions relatives au sort des dirigeants. Si cela s'avère nécessaire, le tribunal peut subordonner l'adoption du plan au remplacement d'un ou plusieurs dirigeants de l'entreprise, sauf lorsque le débiteur exerce une activité professionnelle libérale soumise à un statut législatif ou réglementaire[2348]. Il peut également prononcer l'incessibilité des parts sociales, titres de capital ou valeurs mobilières donnant accès au capital, détenus par un ou plusieurs dirigeants de droit ou de fait et décider que le droit de vote qui y est attaché sera exercé, pour une durée qu'il fixe, par un mandataire de justice désigné à cet effet[2349]. Enfin, il peut ordonner la cession de ces parts sociales, titres de capital ou valeurs mobilières donnant accès au capital détenus par ces mêmes personnes[2350].

Le tribunal dispose également d'un pouvoir de sanction. En cas de résolution du plan ou de liquidation judiciaire, il peut condamner le ou les dirigeants ayant commis une faute de gestion à combler tout ou partie du passif social[2351]. Il peut également, en cas de liquidation judiciaire, obliger le dirigeant à tout ou partie des dettes sociales s'il a commis l'une des fautes énumérées à l'article L. 652-1 du Code de commerce. Enfin, il peut prononcer à leur encontre la faillite personnelle[2352] ou une interdiction de gérer[2353].

2345 article L. 626-15 du Code de commerce – M.-H. MONSERIE, « Le plan de sauvegarde », *Dr. et patrimoine* mars 2006, p. 73, spéc. p. 75

2346 article L. 626-22 du Code de commerce

2347 article L. 626-27 du Code de commerce – J.-J. FRAIMOUT, « La réforme des plans de sauvegarde et de redressement », *Rev. proc. coll.* 2009, dossier 11, spéc. n° 34 et s. p. 90

2348 article L. 631-19-1 al. 1er et 4 du Code de commerce

2349 C. REGNAUT-MOUTIER, « Les dirigeants de société », *Rev. proc. coll.* 2006 p. 159, spéc. p. 159

2350 article L. 631-19-1 al. 2 du Code de commerce - V. H. BERMOND DE VAULX, « Le sort des droits sociaux détenus par le dirigeant d'une société en redressement ou en liquidation judiciaires », *Rev. sociétés* 1990, p. 221

2351 article L. 651-2 du Code de commerce

2352 articles L. 653-3 à L. 653-6 du Code de commerce

2353 article L. 653-8 du Code de commerce

b : Le pouvoir du ministère public

L'essor du rôle du ministère public dans la procédure collective date de la loi n° 81-927 du 15 octobre 1981[2354]. La loi de 1985 a repris ces innovations en accroissant encore le rôle du procureur de la République[2355]. La loi de 2005 n'a fait que poursuivre ce mouvement[2356].

332. L'ouverture de la procédure collective et l'information du ministère public. Les articles L. 631-5 et L. 640-5 du Code de commerce permettent l'ouverture d'une procédure collective sur requête du ministère public[2357]. Ce pouvoir est justifié par le rôle de garant de l'ordre public du procureur de la République[2358]. Il est d'autant plus important que le ministère public est le destinataire d'un certain nombre d'informations relatives à la santé économique et financière de l'entreprise[2359]. Il peut également avoir été informé par le comité d'entreprise ou, à défaut, les représentants du personnel, de l'état de cessation des paiements de leur employeur[2360].

En vertu de l'article 425 2° du Code de procédure civile, le ministère public doit être informé de toutes les procédures de sauvegarde, de redressement judiciaire et de liquidation judiciaire[2361]. Il doit recevoir copie du jugement d'ouverture de la procédure collective et de l'éventuel rapport du juge enquêteur[2362]. Il doit également être régulièrement informé du déroulement de la procédure par l'administrateur judiciaire et le mandataire judiciaire. A défaut, il peut « *à toute époque requérir communication de tous actes ou documents relatifs à la procédure* »[2363].

2354 R. BADINTER, « Le procureur et le consul », *RJ com*. 1981, p. 245 - B. SOINNE, « L'intervention du ministère public dans les procédures collectives de redressement et de liquidation », *D*. 1983, chron. p. 11 - DE LESTANG, « Commentaire de la loi n° 81-927 du 15 octobre 1981 relative au droit d'action du ministère public dans les procédures collectives d'apurement du passif des entreprises », *Rev. huissiers* 1981, p. 679

2355 J.-P. MARCHI, « Le rôle du ministère public » *in* « Le redressement judiciaire de l'entreprise », *RJ com.* févr. 1987, n° spécial,, p. 101 - J. MENEZ, « Le ministère public », *in* « Les innovations de la loi sur le redressement judiciaire des entreprises », *RTD com.*, n° spécial hors série 1987, t. 2, p. 87 - J.-F. RENUCCI, « Le Parquet et les faillites », *Rev. sc. crim.* 1990, p. 235, et « Le rôle du ministère public », *in L'application de la loi du 25 janvier 1985, bilan ; Actes du colloque CREJEFE-Nice*, 1991, p. 23 - M.- A. LAFORTUNE, « Le ministère public et l'entreprise en difficulté », *LPA* 12 janv. 1994, p. 20 - A. FALZOI, « Le rôle du ministère public dans le cadre des procédures collectives », *LPA* 17 sept. 2004, p. 3 - J.-P. ALACCHI, « Le rôle du ministère public », *Gaz. Pal.* 1995, doctr. p. 716 – Y. SALA, « Rôle et pouvoirs du ministère public, sanctions pénales et loi de sauvegarde des entreprises », *LPA* 17 févr. 2006, p. 121

2356 M.-A. LAFORTUNE, « Le Ministère public et l'entreprise en difficultés », *LPA* 12 janv. 1994, p. 20 - E. HOULETTE, « Le rôle du Ministère public dans la loi de sauvegarde », *JCP E* 2005, 1514

2357 F. PEROCHON et R. BONHOMME, *Entreprises en difficulté ; Instruments de paiement et de crédit*, préc., spéc. n° 191 p. 166

2358 J.-P. MARCHI, « Le rôle du ministère public », préc. spéc. p. 103

2359 J.-F. RENUCCI, « Le Parquet et les faillites », préc., spéc. n° 6 et s. p. 239 et s.

2360 articles L. 631-6 et L. 640-6 du Code de commerce

2361 A. PERDRIAU, « La communication au ministère public des affaires de faillite » : *JCP G* 1986, I, 3228 et erratum 3233

2362 article R. 621-7 et R. 621-3du Code de commerce

2363 article L. 621-8 du Code de commerce

Lorsqu'une procédure de sauvegarde ou de redressement est ouverte, le débiteur est tenu d'informer régulièrement le procureur de la République de la santé économique de son entreprise[2364]. Le ministère public peut également exiger de l'administrateur et du mandataire judiciaire « *le solde des comptes bancaires de l'entreprise ainsi que celui des comptes ouverts à la Caisse des Dépôts et Consignations* »[2365]. Le mandataire judiciaire doit aussi communiquer au ministère public « *les observations qui lui sont transmises à tout moment de la procédure par les contrôleurs* » et doit l'informer de tout fait de nature à entraîner la faillite personnelle du dirigeant[2366]. Il doit être prévenu par le commissaire à l'exécution du plan en cas d'échec du plan de sauvegarde[2367]. En cas de liquidation judiciaire, c'est le liquidateur qui doit le tenir informé du déroulement des opérations et si l'activité de l'entreprise est maintenue, le liquidateur, ou l'administrateur judiciaire s'il y a lieu, doit l'informer du résultat de l'activité à l'issue de la période pendant laquelle elle a été maintenue[2368]. Enfin, en cas d'inexécution du plan de cession par le cessionnaire, le liquidateur doit rédiger un rapport transmis au ministère public[2369].

Le ministère public dispose grâce à l'ensemble de ces prérogatives, d'un véritable pouvoir de surveillance de l'entreprise en difficulté[2370].

333. L'intervention du ministère public dans la procédure collective[2371]. Le ministère public peut intervenir à tout moment de la procédure auprès du tribunal pour donner son avis sur la situation. Il joue à la fois un rôle de « *censeur* » et de « *conseiller technique* » auprès des juges consulaires qui dans la plupart des cas ne sont pas des magistrats professionnels[2372]. L'avis du procureur de la République est ainsi requis sur le plan de sauvegarde ou la mise en location-gérance en cas de plan de cession[2373]. Il peut d'ailleurs demander la résiliation de ce contrat et la résolution du plan de cession[2374].

Le ministère public peut s'opposer à la désignation de la personne antérieurement désignée en tant que mandataire *ad hoc* ou conciliateur dans le cadre d'un mandat ou d'une procédure

---

2364 article R. 622-9 du Code de commerce

2365 article R. 622-16 al. 1er du Code de commerce

2366 articles L. 622-20 et R. 653-1 du Code de commerce

2367 article R. 626-47 du Code de commerce

2368 articles L. 641-7 et R. 641-20 du Code de commerce

2369 article R 642-18 du Code de commerce

2370 A. FALZOI, « Le rôle du ministère public dans le cadre des procédures collectives », préc., spéc. p. 5

2371 E. HOULETTE, « Le rôle du ministère public dans la loi de sauvegarde », préc.

2372 *JCl. Sociétés Traité*, Fasc. 41-70, par A. MARTIN-SERF, spéc. n° 60

2373 articles L. 626-9 et L. 642-13 du Code de commerce - E. HOULETTE, « Le rôle du ministère public dans la loi de sauvegarde », préc., spéc. n° 6 p. 1772

2374 article L. 642-16 al. 2 du Code de commerce

concernant le même débiteur[2375]. Il peut demander au tribunal « *le remplacement de l'administrateur, de l'expert ou du mandataire judiciaire* » ainsi que l'adjonction d'« *un ou plusieurs administrateurs ou mandataires judiciaires à ceux déjà nommés* », la nomination d'un administrateur judiciaire dans les procédures où il n'est pas requis, la modification de sa mission ou encore le remplacement du commissaire à l'exécution du plan[2376]. Le procureur de la République peut encore obtenir du tribunal le remplacement du liquidateur ou l'adjonction d'un ou plusieurs liquidateurs[2377]. Enfin, tout créancier nommé contrôleur peut être révoqué par le tribunal à la demande du ministère public[2378]. Ce dernier exerce donc un contrôle important des organes de la procédure collective, tant au moment de leur nomination que dans l'exercice de leurs missions[2379].

Le ministère public peut demander la prolongation de la période d'observation ainsi que le report de la date de cessation des paiements, ce qui permet d'élargir le domaine des nullités de la période suspecte[2380]. Il peut obtenir du tribunal la résolution du plan de sauvegarde ou de redressement et du plan de cession, la cessation d'activité à tout moment de la période d'observation ainsi que la conversion de la procédure de sauvegarde en redressement judiciaire ou le prononcé de la liquidation judiciaire en période d'observation[2381]. Enfin, les actes accomplis par un administrateur judiciaire interdit, radié ou suspendu peuvent être déclarés nuls, à la requête du ministère public, par le tribunal[2382].

Le ministère public joue un rôle important en matière de sanction et de mise en jeu des responsabilités[2383]. Il peut demander au tribunal de « *subordonner l'adoption du plan au remplacement d'un ou plusieurs dirigeants de l'entreprise* » ou de prononcer « *l'incessibilité des parts sociales, titres de capital ou valeurs mobilières donnant accès au capital* » leur gestion par un mandataire désigné à cet effet ou même leur cession forcée[2384]. Il peut requérir des sanctions contre les dirigeants : action en comblement du passif social ou condamnation à

2375 article L. 621-4 al. 3 du Code de commerce - C. DELATTRE « L'intervention du ministère public dans la désignation des administrateurs et mandataires judiciaires », *Rev. proc. coll.* 2009, étude 11

2376 articles L. 621-7, L. 621-4, L. 622-1 IV et L. 626-25 du Code de commerce

2377 article L. 641-1 II du Code de commerce

2378 article L. 621-10 dernier al. du Code de commerce

2379 J.-F. RENUCCI, « Le Parquet et les faillites », préc., spéc. n° 29 et s. p. 255 et s.

2380 articles L. 621-3 al. 1er et L. 631-8 du Code de commerce

2381 articles L. 626-27 et L. 642-11 al. 2, L. 622-10 al. 1er et L. 622-10 al. 2 du Code de commerce

2382 article 811-15 du Code de commerce

2383 J.-P. MARCHI, « Le rôle du ministère public », préc. spéc. p. 104 - J.-F. RENUCCI, « Le Parquet et les faillites », préc., spéc. n° 22 et s. p. 250 et s.

2384 article L. 631-19-1 du Code de commerce

payer les dettes sociales, faillite personnelle ou autres mesures d'interdiction[2385]. Il peut également saisir les juridictions pénales[2386].

Enfin, le ministère public peut faire appel des décisions prises par le tribunal dans le cadre de la procédure collective[2387].

c : Le pouvoir du juge-commissaire

334. L'information du juge-commissaire. Les articles L. 621-9 et L. 641-11, procédant par renvoi, du Code de commerce disposent que « *le juge-commissaire est chargé de veiller au déroulement rapide de la procédure et à la protection des intérêts en présence* »[2388]. Cette mission n'a pas changé depuis le Code de commerce de 1807. Le bon déroulement de sa mission exige qu'il ait une parfaite connaissance du déroulement de la procédure. Il dispose donc d'un droit à l'information important. En vertu de l'article L. 621-8 du Code de commerce, le débiteur ou l'administrateur judiciaire, le mandataire judiciaire ou le liquidateur judiciaire ainsi que le ministère public sont tenus de lui fournir toutes les informations dont ils disposent sur la procédure[2389]. A défaut, le juge-commissaire peut « *à toute époque requérir communication de tous actes ou documents relatifs à la procédure* ».

Le juge-commissaire peut, sauf disposition contraire, obtenir communication par les commissaires aux comptes, les experts-comptables, les membres et représentants du personnel, par les administrations et organismes publics, les organismes de prévoyance et de sécurité sociale, les établissements de crédit ainsi que les services chargés de centraliser les risques bancaires et les incidents de paiement des renseignements de nature à lui donner une exacte information sur la situation économique, financière, sociale et patrimoniale du débiteur[2390]. Le secret professionnel ne peut lui être opposé.

Il peut être chargé par le tribunal d'obtenir, encore une fois sauf disposition contraire, communication de tout document ou information sur la situation patrimoniale des dirigeants

---

2385 article L. 651-3, al. 1er, L. 652-5 et L. 653-7 du Code de commerce

2386 article L. 653-17 du Code de commerce

2387 E. HOULETTE, « Le rôle du ministère public dans la loi de sauvegarde », préc., spéc. n° 11 et s. p. 1773 et s.

2388 S.-D. CASTELLAN, *Le juge-commissaire dans la faillite et le règlement judiciaire*, Sirey, 1965 - R. VERDOT, « La double fonction du juge-commissaire dans les procédures collectives de règlement judiciaire et de liquidation des biens », *JCP G* 1994, I, 2606 - P.-M. DELESALLE, « La fonction arbitrale du juge-commissaire », *Rev. proc. coll.* 1986, n° 1, p. 59 - A. ORTH, « Le rôle du juge-commissaire dans la nouvelle législation des entreprises en difficulté (rapport général présenté à la Conférence générale des tribunaux de commerce, Marseille, oct. 1985) », *LPA* 27 nov. 1985, p. 24 - J.-L. VALLENS, « Le juge-commissaire dans les procédures de redressement et de liquidation judiciaires », *JCP E* 1985, II, 14550 - M. A. PREVOST, « Le juge-commissaire », *in Le nouveau droit des défaillances d'entreprises*, Dalloz, 1995, p. 117 - J. VALLANSAN, P. CAGNOLI, L. FIN-LANGER et C. REGNAUT-MOUTIER, *Difficultés des entreprises, commentaire article par article du Livre VI du Code de commerce*, préc. spéc. p. 68

2389 A. JACQUEMONT, *Droit des entreprises en difficultés*, préc. spéc. n° 271 p. 172

2390 article L. 623-2 du Code de commerce

et des représentants permanents des dirigeants personnes morales mentionnés à l'article L. 651-1 de la part des administrations et organismes publics, des organismes de prévoyance et de sécurité sociale et des établissements de crédit. Cela s'applique également aux personnes membres ou associées de la personne morale en procédure de sauvegarde, de redressement ou de liquidation judiciaire, lorsqu'elles sont responsables indéfiniment et solidairement de ses dettes[2391].

Enfin, il peut également désigner un technicien pour une mission précise[2392] afin, par exemple, d'établir un rapport « *d'information sur les faits et fautes à l'origine de la procédure collective ainsi que sur la détermination de la date de cessation des paiements* »[2393] ou encore « *de mener des investigations en vue de rechercher des faits susceptibles d'établir la qualité de dirigeants et de révéler des fautes de gestion* »[2394].

335. Missions du juge-commissaire. Le juge-commissaire est au centre de la procédure collective, l'anime et la contrôle[2395]. Il a ainsi pu être qualifié « *d'homme-orchestre de la procédure* »[2396].

Il joue le rôle d'intermédiaire entre le tribunal et les auxiliaires judiciaires de la procédure collective. Il a pour mission de contrôler l'activité de ces derniers[2397]. Il peut d'ailleurs proposer au tribunal le remplacement de l'administrateur, de l'expert ou du mandataire judiciaire, ainsi que du liquidateur[2398]. A la demande des créanciers, le juge-commissaire désigne également jusqu'à cinq contrôleurs parmi eux[2399]. Il peut aussi, à la demande du débiteur ou de l'administrateur judiciaire, autoriser la réunion des comités de créanciers même si les seuils prévus à l'article L. 621-29 et fixés par décret ne sont pas dépassés[2400].

Le juge-commissaire joue un rôle important en matière d'information. Il doit fournir à l'administrateur judiciaire, ou au liquidateur judiciaire, tous les renseignements et documents utiles à l'accomplissement de leur mission et de celle des experts[2401].

Il est compétent pour prendre un certain nombre de mesures conservatoires[2402]. Lui seul peut autoriser des mouvements sur les comptes où ont été virés les titres de capital, ou valeurs

---

2391 article L. 651-4 du Code de commerce

2392 article L. 621-9 al. 2 du Code de commerce

2393 Cass. com., 19 mars 2002, n° 99-14147 : *Act. proc. coll.* 2002, n° 10, comm. 132, note ; *Dr. société* 2002, comm. 214, note J.-P. LEGROS

2394 Cass. com., 24 mars 2004, n° 01-11856 : inédit

2395 M. A. PREVOST, « Le juge-commissaire », préc.

2396 J.-L. VALLENS, « Le juge-commissaire dans les procédures de redressement et de liquidation judiciaires », préc.

2397 P.-M. DELESALLE, « La fonction arbitrale du juge-commissaire », *préc.*

2398 article L. 621-7 et L. 641-1 II du Code de commerce

2399 V. *infra* n° 346

2400 article L. 621-29 du Code de commerce

2401 articles L. 623-3 al. 1er et L. 641-11 al. 3 du Code de commerce

mobilières donnant accès au capital, détenus par les dirigeants de droit ou de fait[2403]. Il fixe également la rémunération afférente aux fonctions exercées par les dirigeants de la personne morale[2404]. Si ces derniers ne sont pas rémunérés, il peut obtenir pour eux et leur famille, des subsides sur l'actif social[2405].

Les sommes perçus par le mandataire ou l'administrateur judiciaire, qui ne sont pas déposées sur les comptes de l'entreprise pour les besoins de l'activité, doivent être déposées en compte de dépôt à la Caisse des Dépôts et Consignations. Le juge-commissaire, lorsque la poursuite de l'activité l'exige, peut modifier la répartition des sommes entre, d'une part, les comptes de l'entreprise et, d'autre part, ces comptes ouverts à la Caisse des Dépôts et Consignations[2406].

Il peut encore ordonner l'apposition des scellés sur tout ou partie des biens du débiteur et exiger que le liquidateur ou l'administrateur, lorsqu'il en a été désigné, soit le destinataire du courrier adressé au débiteur. Il peut également autoriser l'accès du liquidateur au courrier électronique reçu par le débiteur[2407].

336. Le pouvoir d'autorisation du juge-commissaire. L'autorisation du juge-commissaire est requise pour les actes les plus graves de la procédure collective[2408]. Il peut autoriser le chef d'entreprise ou l'administrateur à faire un acte de disposition étranger à la gestion courante de l'entreprise, à consentir une hypothèque ou un nantissement ou à compromettre ou transiger, ou encore à payer des créances antérieures au jugement, pour retirer le gage ou une chose légitimement retenue, lorsque ce retrait est justifié par la poursuite de l'activité[2409]. Il peut ordonner le paiement provisionnel de tout ou partie de leur créance aux créanciers titulaires de sûretés sur le bien et proposer aux créanciers la substitution aux garanties qu'ils détiennent de garanties équivalentes[2410].

En cas de bail affecté à l'activité de l'entreprise, il peut autoriser le débiteur ou l'administrateur, selon le cas, à vendre des meubles garnissant les lieux loués soumis à

2402 B. MATHIEU, « Le rôle du juge-commissaire au cours de la phase d'observation », *RT CA Versailles* mai 1995, p. 81

2403 article L. 631-10 du Code de commerce

2404 G. MOULAI, « La fixation par le juge-commissaire de la rémunération des dirigeants de droit », *LPA* 23 août 1995, p. 13

2405 article L. 631-11 du Code de commerce

2406 article R. 622-16 du Code de commerce

2407 article L. 641-15 et R. 641-15 du Code de commerce - J. VALLANSAN, « Le décret d'application de la loi numéro 2005-845 du 26 juillet 2005 a été publié », *Rev. proc. coll.* mars 2006, p. 5, spéc. n° 13 p. 7

2408 C. SAINT-ALARY-HOUIN, *Droit des entreprises en difficulté*, préc., spéc. n° 523 et s., p. 326 et s.

2409 article L. 622-7 du Code de commerce

2410 article L. 622-8 du Code de commerce – F. MACORIG-VENIER, *Les suretés sans dépossession dans le redressement et la liquidation judiciaires des entreprises*, thèse Toulouse 1992, spéc. p. 265 et s. – D. POHE, « La substitution de garanties dans la loi du 25 janvier 1985 », *Rev. proc. coll.* 1992, p. 245 – F. PEROCHON, « Les interdictions de paiement et le traitement des sûretés réelles », *D.* 2009, p. 651

dépérissement prochain, à dépréciation imminente ou dispendieux à conserver, ou dont la réalisation ne met pas en cause, soit l'existence du fonds, soit le maintien de garanties suffisantes pour le bailleur[2411]. Il autorise également, dans la limite nécessaire à la poursuite de l'activité pendant la période d'observation, les prêts ainsi que les délais de paiement consentis par les créanciers pour l'exécution des contrats poursuivis conformément aux dispositions de l'article L. 622-13[2412]. Il peut également restreindre ou prolonger le délai imparti à l'administrateur judiciaire pour la poursuite des contrats en cours au jour de l'ouverture de la procédure collective[2413].

Le juge-commissaire peut autoriser l'administrateur judiciaire à procéder à des licenciements pour motif économique présentant un caractère urgent, inévitable et indispensable pendant la période d'observation[2414].

Lorsqu'un bien est grevé d'une clause de réserve de propriété, le juge-commissaire peut imposer le paiement immédiat du prix ou accorder un délai de règlement avec l'autorisation du créancier, pour éviter la revendication du bien. Les créances que garantit le superprivilège des salariés doivent être payées par l'administrateur sur ordonnance du juge-commissaire, dans les dix jours du prononcé du jugement ouvrant la procédure de sauvegarde, si l'administrateur dispose des fonds nécessaires[2415].

En cas de procédure de sauvegarde ou de redressement en l'absence d'administrateur judiciaire, le juge-commissaire dispose de prérogatives étendues[2416]. Il est compétent pour statuer sur les désaccords relatifs à la poursuite des contrats en cours décidée par le débiteur (exerçant les compétences attribuées normalement à l'administrateur judiciaire). Le débiteur est tenu de communiquer au mandataire judiciaire et au juge-commissaire les propositions de règlement du passif. Si le plan de sauvegarde ou de redressement prévoit une augmentation de capital, le juge-commissaire est compétent pour en fixer le montant. Enfin, c'est au vu du rapport du juge-commissaire que le tribunal va statuer sur le projet de plan de sauvegarde ou de redressement proposé.

2411 article L. 622-16 al. 4 du Code de commerce

2412 article L. 622-17 III 3° du Code de commerce

2413 article L. 622-13 du Code de commerce

2414 article L. 631-17 du Code de commerce – P. MORVAN, « Le droit social dans la réforme du droit des entreprises en difficulté », *JCP E* 2005, I, 1511 – R. VATINET, « Sur la place faite aux salariés par la loi de sauvegarde des entreprises du 26 juillet 2005 », préc. – P. BAILLY, « Les licenciements et les procédures collectives », *Gaz. Pal.* 2008, doctrine p. 3626

2415 article L. 625-8 du Code de commerce

2416 article L. 627-2 et s. du Code de commerce – C. SAINT-ALARY-HOUIN, « La répartition des pouvoirs au cours de la période d'observation », *Rev. proc. coll.* 1990, p. 1

Dans le cadre d'une liquidation judiciaire, le juge-commissaire dispose également de pouvoirs étendus. Lorsque l'administrateur judiciaire ne dispose pas des sommes nécessaires à la poursuite de l'activité pendant la liquidation, il peut se les faire remettre par le liquidateur, sur autorisation du juge commissaire[2417]. Ce dernier est également compétent pour fixer les modalités de réalisation de l'actif de l'entreprise[2418]. Il peut autoriser le liquidateur à payer la dette, afin de retirer les biens constitués en gage par le débiteur ou la chose retenue. Il peut aussi autoriser l'attribution judiciaire au créancier-gagiste. Il peut encore, d'office ou à la demande du liquidateur ou d'un créancier, ordonner le paiement à titre provisionnel d'une quote-part d'une créance définitivement admise[2419]. Enfin, en cas de contestation intéressant collectivement les créanciers, il peut autoriser le liquidateur à compromettre et transiger[2420].

337. Pouvoirs juridictionnels. Depuis un arrêt de 1987, le juge-commissaire doit être considéré comme un organe juridictionnel[2421]. Il statue sur le rejet ou l'admission des créances déclarées[2422]. Il a également compétence pour prononcer le relevé de forclusion les créanciers retardataires[2423]. En cas de liquidation judiciaire et s'il apparaît que la réalisation de l'actif sera entièrement absorbée par les frais de justice et les créances privilégiées, le juge-commissaire peut décider de ne pas vérifier les créances chirographaires sauf si le débiteur est une personne morale et qu'il y a lieu de mettre tout ou partie du passif social à la charge des dirigeants[2424]. Il statue en dernier ressort sur la valeur des créances en principal lorsque celle-ci n'excède pas le taux de compétence en dernier ressort du tribunal qui a ouvert la procédure[2425].

2417 article L. 641-10 al. 6 du Code de commerce

2418 articles L. 642-18 à L. 642-20 du Code de commerce - C. SAINT-ALARY-HOUIN, *Droit des entreprises en difficulté*, préc., spéc. n° 1204 et s., p. 800 et s.

2419 articles L. 641-25 et L. 643-3 du Code de commerce

2420 article L. 642-24 du Code de commerce - C. SAINT-ALARY-HOUIN, *Droit des entreprises en difficulté*, préc., spéc. n° 535 p. 332

2421 Cass. com., 8 déc. 1987, n° 87-10716 : *Bull. civ.* 1987, n° 267 ; *D.* 1988, jurisp. p. 52, note DERRIDA ; *Rev. proc. coll.* 1988, p. 177, note CADIET : « *Attendu cependant qu'en statuant ainsi alors que la connaissance de la demande présentée par l'administrateur relevait de la compétence exclusive du juge-commissaire, auquel il appartient de veiller au déroulement rapide de la procédure et à la protection des intérêts en présence, sauf à ce que ses ordonnances soient déférées au tribunal ayant prononcé le redressement judiciaire, la cour d'appel a violé par fausse application le premier des textes susvisés et par refus d'application les suivants* »

2422 articles L. 621-1 à L. 621-4 du Code de commerce – P.-M. LE CORRE, « Déclaration, vérification, admission des créances et procédure civile », *LPA* 28 nov. 2008, p. 72, spéc. p. 75 et s. – P. CAGNOLI, « Réflexions critiques sur les restrictions jurisprudentielles au pouvoir juridictionnel du juge-commissaire, en matière de vérification des créances », *Rev. proc. coll.* sept. 2009, p. 11

2423 article L. 622-26 du Code de commerce

2424 article L. 641-4 al. 2 du Code de commerce

2425 article L. 624-4 du Code de commerce

Enfin, le juge-commissaire statue par ordonnance sur les demandes, contestations et revendications relevant de sa compétence ainsi que sur les réclamations formulées contre les actes de l'administrateur, du liquidateur, du mandataire judiciaire et du commissaire à l'exécution du plan[2426].

3 : Le pouvoir des créanciers et de leurs représentants

Une place importante est laissée aux créanciers dans la surveillance du bon déroulement de la procédure collective. Elle s'exerce essentiellement par le biais de représentants. Le mandataire judiciaire constitue ainsi l'organe essentiel de représentation des créanciers dans la procédure (a). On rencontre également, selon le type de procédure, un commissaire à l'exécution du plan (b), des contrôleurs (c) ou encore des comités de créanciers (d). Les créanciers, individuellement, ne disposent eux que de très peu de pouvoir (e).

a : Le mandataire judiciaire

338. Statut. Le mandataire judiciaire est la personne physique ou morale, chargée par décision de justice de représenter les créanciers et de procéder à la liquidation d'une entreprise[2427]. Sa nomination est obligatoire dans toute procédure collective[2428]. Il est choisi sur une liste établie par une commission nationale et l'instauration de règles d'incompatibilité évite d'éventuels conflits d'intérêts[2429].

339. La représentation des créanciers. L'article L. 622-20 du Code de commerce dispose que « *le mandataire judiciaire désigné par le tribunal a seul qualité pour agir au nom et dans l'intérêt collectif des créanciers* ». Le mandataire judiciaire a donc le monopole de la représentation de l'intérêt collectif des créanciers[2430]. Les créanciers ne peuvent pas intenter

---

2426 articles R. 641-11 et R. 621-21 du Code de commerce

2427 article L. 812-1 du Code de commerce – A. BRUNET, « La qualité du représentant des créanciers », *Rev. proc. coll.* 1986, n° 3, p. 35 - ADAM, « Les rôles de l'administrateur judiciaire et du mandataire liquidateur », *RJ com.* 1987, n° spéc. p. 107 - S. GORRIAS, « Le mandataire judiciaire dans l'ordonnance du 18 décembre 2008 et le décret du 12 février 2009 », *Gaz. Pal.* 7 mars 2009, p. 21 - J. VALLANSAN, P. CAGNOLI, L. FIN-LANGER et C. REGNAUT-MOUTIER, *Difficultés des entreprises, commentaire article par article du Livre VI du Code de commerce*, préc. spéc. p. 529

2428 article L. 621-4 du Code de commerce

2429 C. SAINT-ALARY-HOUIN, *Droit des entreprises en difficulté*, préc., spéc. n° 450 p. 279 - PH. FROEHLICH, « La réforme du statut des mandataires et administrateurs judiciaires », *Rev. Lamy dr. aff.* févr. 2003, p. 17 - G.-A. PELLIER, « L'organisation de la profession d'administrateur judiciaire et de mandataire judiciaire », *LPA* 20 nov. 2001, p. 63 – Y. CHAPUT, « La nouvelle gouvernance des administrateurs et des mandataires judiciaires au redressement et à la liquidation des entreprises », *JCP E* 2003, act. 80 - F.-X. LUCAS, « Analyse de la loi du 3 janvier 2003 réformant le statut des administrateurs et mandataires judiciaires », *Dr. et patrimoine*, juill.-août 2003, p. 30

2430 Cass. com., 3 juin 1997, n° 95-15681, 95-16661 et 95-18844 : *Bull. civ.* 1997, n° 163 ; *D.* 1997, juripr. p. 517, note F. DERRIDA : « *seul le représentant des créanciers, dont les attributions sont ensuite dévolues au liquidateur, a qualité pour agir au nom et dans l'intérêt collectif des créanciers ;* […] *il en résulte qu'un associé ou un créancier ne sont pas recevables à agir au nom des créanciers* »

d'action individuelle. Ils ne peuvent pas non plus engager individuellement la responsabilité personnelle des dirigeants ou faire jouer leur obligation aux dettes sociales[2431]. Enfin, les créanciers ne peuvent pas individuellement demander l'ouverture d'une action en faillite personnelle ou la condamnation pour banqueroute du dirigeant[2432]. Le mandataire judiciaire peut agir contre toute personne dont la faute a contribué à l'appauvrissement du débiteur, y compris contre un créancier social[2433].

340. La vérification du passif. Les créanciers antérieurs au jugement d'ouverture doivent déclarer leur créance au mandataire judiciaire[2434]. Celui-ci établit, après avoir sollicité les observations du débiteur, la liste des créances déclarées avec ses propositions d'admission, de rejet ou de renvoi devant la juridiction compétente[2435]. En cas de pluralité de mandataires judiciaires désignés, chacun conserve ses missions légales, dont celle de recevoir les déclarations de créances[2436]. Dès le jugement d'ouverture, le débiteur remet au mandataire judiciaire « *la liste de ses créanciers, du montant de ses dettes et des principaux contrats en cours* » et l'informe « *des instances en cours auxquelles il est partie* »[2437]. Les créanciers titulaires d'une sûreté publiée ou liés au débiteur par un contrat publié sont avertis personnellement par le mandataire judiciaire[2438]. Le mandataire judiciaire recueille ensuite, individuellement ou collectivement, l'accord de chaque créancier qui a déclaré sa créance sur les délais et remises qui lui sont proposés[2439].

Enfin, le mandataire judiciaire ne demeure en fonction que le temps nécessaire à la vérification et à l'établissement définitif de l'état des créances[2440]. Après le prononcé de

---

2431 articles L. 651-3 et L. 652-5 du Code de commerce

2432 articles L. 653-7 et L. 654-17 du Code de commerce

2433 Cass. com. 7 janv. 1976, n° 72-14029 : *Bull. civ.* 1976, n° 6 ; *D.* 1976, p. 277, note F. DERRIDA et J.-P. SORTAIS ; *JCP G* 1976, II, 18327, note C. GAVALDA et J. STOUFFLET ; *Gaz. Pal.* 1976, 1, 412, note B. BOULOC ; *Rev. sociétés* 1976, p. 126, note A. HONORAT ; *RJ com.* 1976, p. 401, note A. BRUNET ; *RTD com.* 1976, p. 171, note M. CABRILLAC et J.-L. RIVES- LANGE : « *le syndic trouve dans les pouvoirs qui lui sont conférés par la loi qualité pour exercer une action en paiement de dommages et intérêts contre toute personne, fût-elle créancière dans la masse, coupable d'avoir contribué par des agissements fautifs à la diminution de l'actif ou à l'aggravation du passif* » - Cass. com. 16 nov. 1993, n° 91-19570 : *Bull. civ.* 1993, n° 408 ; *D.* 1994, jurispr. p. 57, concl. R. DE GOUTTES, rapport M. PASTUREL, note F. DERRIDA et J.-P. SORTAIS ; *JCP E* 1994, I, 351, n° 16, note M. CABRILLAC et p. PETEL ; *Banque* 1994, p. 93, note J.-L. GUILLOT

2434 article L. 622-24 du Code de commerce

2435 article L. 624-1 du Code de commerce – P.-M. LE CORRE, « Déclaration, vérification, admission des créances et procédure civile », préc.

2436 Cass. com., 30 mai 2006, n° 05-14248 : *Bull. civ.* 2006, n° 131 ; *D.* 2006, p. 1683, note A. LIENHARD ; *RTD com.* 2006, p. 910, note A. MARTIN-SERF :« *le représentant des créanciers ayant seul qualité pour recevoir les déclarations de créance, l'arrêt retient exactement que la désignation par le tribunal de deux représentants des créanciers en précisant la mission plus particulièrement confiée à chacun d'eux est sans incidence sur la fonction dont est légalement investi cet organe de la procédure* »

2437 article L. 622-6 al. 2 du Code de commerce

2438 article L. 622-24 al. 1er du Code de commerce

2439 article L. 626-5 al. 2 du Code de commerce

2440 article L. 626-24 du Code de commerce

l'adoption du plan, il ne reste en fonction que pour terminer la vérification des créances. Il ne peut plus agir en responsabilité civile[2441] ou en comblement de passif[2442].

341. Rôle d'organe de la procédure. En qualité d'organe de la procédure, le mandataire judiciaire est tenu d'informer le juge-commissaire et le ministère public du déroulement de la procédure[2443]. Il doit lui-même être tenu informé de la situation de l'entreprise et du projet de plan de redressement par l'administrateur judiciaire[2444]. Enfin, le tribunal ne peut statuer sur le plan qu'après avoir entendu ou dûment appelé le mandataire judiciaire[2445].

Le mandataire judiciaire peut formuler un certain nombre de requêtes tout au long de la procédure. Il peut par exemple demander la nomination de plusieurs administrateurs judiciaires, la modification de leur mission, ou leur remplacement ainsi que celui de l'expert[2446]. Il peut également demander au tribunal de prononcer la cessation partielle de l'activité, la conversion de la sauvegarde en redressement judiciaire ou le prononcé de la liquidation judiciaire[2447]. Il peut obtenir la nullité de certains actes de la période suspecte, le report de la date de cessation des paiements, ou la publicité des débats[2448]. Il est compétent pour exercer des voies de recours, pour demander que les acquisitions du conjoint du débiteur soient réunies à l'actif, pour demander la condamnation d'un dirigeant au paiement de l'insuffisance d'actif ou à l'obligation aux dettes sociales[2449]. Enfin, il peut demander le prononcé de la faillite personnelle et autre mesure d'interdiction et saisir la juridiction répressive pour obtenir des sanctions pénales à l'encontre du dirigeant[2450].

Si le débiteur a émis des obligations, le mandataire judiciaire peut demander au tribunal la désignation d'un mandataire chargé de représenter les obligataires. Il doit également consulter

---

2441 Cass. com., 12 juill. 1994, n° 92-14349 : *Bull. civ*. 1994, n° 265 ; *Rev. proc. coll*. 1995, p. 124, note B. SOINNE : « *le représentant des créanciers ne demeure en fonction que pour achever la vérification du passif et n'a plus qualité pour exercer, après le jugement arrêtant le plan, une action en paiement de dommages-intérêts contre une personne à qui il est reproché d'avoir contribué, par des agissements fautifs, à la diminution de l'actif ou à l'aggravation du passif* »

2442 Cass. com., 28 mars 2000, n° 97-12243 : *Bull. civ.* 2000, n° 72 ; *JCP G* 2000, I, 269, n° 3, note p. PETEL ; *RJDA* 2000, n° 696 : « *après le jugement arrêtant le plan de redressement, le représentant des créanciers ne demeure en fonction que pour achever la vérification du passif et n'a plus qualité pour exercer une action en paiement des dettes sociales* » - Cass. com., 3 janv. 1995, n° 91-18111, 91-18660, 91-18044 et 91-18109 : *Rev. proc. coll*. 1995, p. 124, note B. SOINNE

2443 article L. 621-8 du Code de commerce

2444 articles L. 623-3 al. 4 et L. 626-8 al. 1er du Code de commerce

2445 article L. 626-9 du Code de commerce

2446 articles L. 622-1 IV et L. 621-7 du Code de commerce

2447 article L. 622-10 du Code de commerce

2448 articles L. 632-4, L. 631-8 et L. 662-3 du Code de commerce

2449 articles L. 661-1, L. 624-6 et L. 652-5 du Code de commerce

2450 articles L. 653-7 et L. 654-17 du Code de commerce

la masse des obligataires sur les modalités de règlement des obligations proposées par l'administrateur en application de l'article L. 626-4 du Code de commerce[2451].

Lorsque la procédure n'exige pas la nomination d'un administrateur judiciaire, la mission du mandataire judiciaire est inchangée mais il bénéficie de prérogatives particulières. C'est à lui d'autoriser le débiteur à poursuivre les contrats en cours[2452]. Il lui appartient également de convoquer l'assemblée générale chargée de statuer sur une éventuelle modification du capital[2453].

342. Obligations de fin de mission. Le mandataire judiciaire rend compte de sa mission au juge-commissaire qui met fin à celle-ci, après avoir constaté l'achèvement de la vérification des créances et le versement des sommes dues aux salariés[2454]. Il dépose alors au greffe un compte rendu de fin de mission dont tout intéressé peut prendre connaissance[2455]. Ce compte rendu doit mentionner : la reddition des comptes, le détail des débours et des émoluments perçus, les rétributions que le mandataire de justice a prélevées sur sa rémunération au profit d'un intervenant extérieur, la rémunération des experts et des officiers publics désignés par le tribunal ainsi que des techniciens désignés par le juge-commissaire[2456].

b : Le commissaire à l'exécution du plan

343. Statuts. Un ou plusieurs commissaires à l'exécution du plan sont obligatoirement nommés en cas de procédure de sauvegarde ou de redressement judiciaire[2457]. Il s'agit des administrateurs ou des mandataires judiciaires. Le tribunal peut les remplacer d'office ou à la demande du ministère public[2458].

Le commissaire à l'exécution du plan est désigné pour la durée du plan fixée par le tribunal[2459]. A défaut de durée fixée par le tribunal, il est admis que sa mission dure jusqu'à la

---

2451 articles L. 228-85 et L. 228-86 du Code de commerce

2452 articles L. 627-2, R. 627-1 et R. 631-38 du Code de commerce

2453 article L. 627-3 al. 3 du Code de commerce

2454 article R. 626-38 du Code de commerce

2455 J. VALLANSAN, « Le décret d'application de la loi numéro 2005-845 du 26 juillet 2005 a été publié », préc., spéc. n° 11, p. 6

2456 articles R. 626-39 et s. du Code de commerce

2457 article L. 626-25 al. 1er du Code de commerce - J. VALLANSAN, P. CAGNOLI, L. FIN-LANGER et C. REGNAUT-MOUTIER, *Difficultés des entreprises, commentaire article par article du Livre VI du Code de commerce*, préc. spéc. p. 242

2458 article L. 626-25 al. 7 du Code de commerce

2459 articles L. 626-12 et L. 626-25 al. 1er du Code de commerce – R. GOMEZ, « Réflexions sur la durée de la mission du commissaire à l'exécution du plan », *Rev. proc. coll.* 2008, n°1, p. 28 - TH. MONTERAN et S. LE BOURGEOIS, « Les pouvoirs du commissaire à l'exécution du plan », *Rev. proc. coll.* 2003, p. 294, spéc. p. 295 et s.

clôture de la procédure[2460]. De toute façon, le tribunal a le pouvoir de proroger, avant qu'elles n'aient pris fin, la durée du plan et la mission du commissaire à l'exécution du plan[2461].

Enfin, pour la bonne exécution de sa mission, le commissaire à l'exécution du plan peut se faire communiquer tous les documents et informations utiles[2462].

344. Rôle d'organe de la procédure. Dans le cadre de la procédure, le commissaire à l'exécution du plan poursuit les actions introduites avant le jugement qui arrête le plan et auxquelles l'administrateur ou le mandataire judiciaire sont parties[2463]. Dans ce cas, même s'il se succède à lui-même lorsqu'il était auparavant administrateur judiciaire ou mandataire judiciaire de l'entreprise, il devra substituer sa qualité nouvelle à celle en laquelle il avait précédemment engagé l'instance continuée[2464]. Le commissaire à l'exécution du plan est également habilité à engager des actions dans l'intérêt collectif des créanciers[2465]. Mais il n'a pas, le pouvoir de représenter le débiteur[2466].

345. Mission de surveillance. En vertu de l'article L. 626-25 alinéa 5 du Code de commerce, le commissaire à l'exécution du plan « *rend compte au président du tribunal et au ministère public du défaut d'exécution du plan. Il en informe le comité d'entreprise ou, à défaut, les délégués du personnel* »[2467]. Il doit donc veiller à l'exécution de ses obligations par

---

2460 Cass. crim., 23 mars 2005, n° 04-80703 : *Bull. crim*., 2005, n° 102 ; *Rev. sociétés* 2005, p. 888, note B. BOULOC ; *D*. 2005, p. 1228, note A. LIENHARD : « *lorsque le jugement arrêtant le plan de cession ne fixe pas de durée au plan, la mission du commissaire à l'exécution du plan dure jusqu'à la clôture de la procédure* » - Cass. com., 10 mars 2004, n° 01-12915 : *Bull. civ.* 2004, n° 48 ; *D.* 2004, p. 949, note A. LIENHARD ; *JCP G* 2004, I, 174, n° 4, note M. CABRILLAC ; *RD bancaire et fin.* 2004, comm. 74, note F.-X. LUCAS ; *Act. proc. coll.* 2004-8, comm. 98, note C. REGNAUT-MOUTIER

2461 Cass. com., 19 juin 2007, n° 06-12101 : *Bull. civ.* 2007, n° 169 ; *D*. 2007, act. jurispr. p. 1965, note A. LIENHARD : « *n'excède pas ses pouvoirs la juridiction qui proroge, avant qu'elles n'aient pris fin, la durée du plan de cession et la mission du commissaire à l'exécution du plan, déjà prorogées par des décisions devenues irrévocables* »

2462 article L. 626-25 al. 4 du Code de commerce

2463 article L. 626-25 al. 2 du Code de commerce

2464 Cass. com., 30 mai 1989, n° 87-19668 : *Bull. civ.* 1989, n° 168, p. 111 ; *JCP E* 1990, II, 15658, n° 8, note p. PETEL ; *D*. 1991, somm. p. 9, note F. DERRIDA ; *Gaz. Pal.* 1989, 2, 910 ; *RTD com*. 1989, p. 751, note B. GRELON ; *RJ com*. 1990, p. 186, note C.-H. Gallet ; *Rev. proc. coll*. 1990, p. 151, note B. SOINNE : L'administrateur du redressement judiciaire d'une société fut nommé commissaire à l'exécution du plan. Il forma un pourvoi mais en qualité d'administrateur. La Cour de cassation déclara irrecevable le pourvoi « *faute pour le commissaire à l'exécution du plan de s'être substitué à l'administrateur dans le délai prévu* » - Cass. com., 14 avril 1992, n° 90-15741 : *Bull. civ*. 1992, n° 159 ; *JCP E* 1992, pan. p. 828 ; *D*. 1992, somm. p. 374, note A. HONORAT – J.-J. FRAIMOUT, « Actions attitrées attribuées au commissaire à l'exécution du plan », *Rev. proc. coll*. janv. 2009, p. 25

2465 article L. 626-25 al. 3 du Code de commerce – Cass. com., 12 juillet 1994, n° 92-14349 : préc. note 2441 : « *le commissaire à l'exécution du plan trouve dans les pouvoirs qui lui sont conférés par ce texte en vue de poursuivre les actions exercées avant le jugement arrêtant le plan, par le représentant des créanciers, pour la défense de leur intérêt collectif, qualité pour engager également en leur nom une action tendant aux mêmes fins* » - TH. MONTERAN et S. LE BOURGEOIS, « Les pouvoirs du commissaire à l'exécution du plan », préc., spéc. p. 300 et s.

2466 Cass. com., 12 oct. 2004, n° 02-16762 : *Bull. civ*. 2004, n° 184 ; *D*. 2004, p. 2790 ; *JCP G* 2005, I, 107, n° 4, note M. CABRILLAC et PH. PETEL ; *Bull. Joly Sociétés* 2005, p. 27, note A. CERATI-GAUTHIER ; *Rev. sociétés* 2005, p. 219, note D. PORACCHIA ; *Defrénois* 2005, art. 38177, note D. GIBIRILA ; *Rev. proc. coll*. 2005, p. 230, note M.-P. DUMONT ; *Rev. proc. coll*. 2006, p. 46, note C. LEBEL ; *RTD com*. 2005, p. 96, note C. CHAMPAUD et D. DANET, p. 125, note M.-H. MONSERIE-BON, et p. 592, note C. SAINT-ALARY-HOUIN : « *le commissaire à l'exécution du plan, qui ne représente pas le débiteur, ne peut pas se substituer aux organes légaux de la société pour exiger d'un associé qu'il libère ses apports* »

2467 TH. MONTERAN et S. LE BOURGEOIS, « Les pouvoirs du commissaire à l'exécution du plan », préc., spéc. p. 299 et s.

le débiteur et s'assurer de la bonne exécution du plan dans tous ses aspects, « *non seulement financiers, mais également sociaux et économiques* »[2468]. En cas d'inexécution, le commissaire peut en avertir, par un rapport spécial, le président du tribunal et le ministère public. Ce rapport peut mentionner les observations du débiteur et proposer d'éventuelles solutions[2469]. Il peut également demander au tribunal la résolution du plan[2470].

Le commissaire à l'exécution du plan est également chargé de rendre un rapport en cas de demande de modification substantielle, dans les objectifs ou les moyens du plan, par le débiteur[2471]. Le tribunal statue au vu de ce rapport.

Enfin, les dividendes, dont le tribunal fixe les modalités du paiement, sont payés entre les mains du commissaire à l'exécution du plan, qui procède à leur répartition[2472].

c : Les contrôleurs de la procédure collective

346. Statut. Un à cinq contrôleurs sont désignés par le juge-commissaire parmi les créanciers qui lui en font la demande[2473]. L'un d'entre eux doit être choisi parmi les créanciers titulaires de sûretés et un autre parmi les créanciers chirographaires. Si le débiteur exerce une profession libérale soumise à un statut législatif ou réglementaire ou dont le titre est protégé, l'ordre professionnel ou l'autorité compétente dont, le cas échéant, il relève est d'office contrôleur. La loi prévoit des règles d'incompatibilité pour éviter des conflits d'intérêts[2474].

Enfin, le tribunal, à la demande du ministère public, peut révoquer tout créancier nommé contrôleur sauf le contrôleur représentant un ordre professionnel[2475].

347. Droit à l'information. Pour le bon exercice de leur mission, les contrôleurs se voient reconnaître un droit à l'information[2476]. Ils peuvent prendre connaissance de tous les documents transmis à l'administrateur et au mandataire judiciaire[2477]. Ils sont informés des propositions de règlement du passif faites par le débiteur et reçoivent du mandataire judiciaire

---

2468 *JCl. Sociétés Traité*, Fasc. 41-70, par A. MARTIN-SERF, spéc. n° 156

2469 article R. 626-47 du Code de commerce

2470 articles L. 626-27 et L. 631-19 I du Code de commerce

2471 article L. 626-26 du Code de commerce

2472 article L. 626-21 du Code de commerce

2473 J.-B. CARPENTIER et A. CHARVERIAT, « Les contrôleurs », *Gaz. Pal.* 1995, 1, doctr. p. 255, spéc. n° 1 et s., p. 255 et s. - G. TEBOUL, « Les contrôleurs : constat et perspectives », *Gaz. Pal.* 1999, 1, doctr. p. 695, spéc. p. 696 et s. - M.-A. FRISON-ROCHE, « Le contrôleur », *LPA* 14 juin 1995, p. 8, spéc. n° 31 et s., p. 11 et s. - A. SORENSEN, « Réforme des procédures collectives. Les contrôleurs : le toilettage d'une institution oubliée », *LPA* 14 juin 1995, p. 8 - J. VALLANSAN, P. CAGNOLI, L. FIN-LANGER et C. REGNAUT-MOUTIER, *Difficultés des entreprises, commentaire article par article du Livre VI du Code de commerce*, préc. spéc. p. 72

2474 article L. 621-10, L. 631-9 et L. 641-1, II, alinéa 4 du Code de commerce

2475 article L. 621-10 al. 4 du Code de commerce

2476 M.-A. FRISON-ROCHE, « Le contrôleur », préc., spéc. n° 49 p. 13 - J.-B. CARPENTIER et A. CHARVERIAT, « Les contrôleurs », préc., spéc. n° 20 p. 257

2477 article L. 621-11 du Code de commerce

l'état des réponses faites par les créanciers à ces propositions[2478]. Ils doivent également être consultés sur le rapport de l'administrateur présentant le bilan économique et social et le projet de plan[2479]. A la fin de chaque période d'observation fixée par le tribunal, le débiteur est tenu d'informer les contrôleurs des résultats de l'exploitation, de la situation de trésorerie et de sa capacité à faire face aux dettes nées postérieurement au jugement d'ouverture[2480]. Enfin, les offres de cession doivent être portées à leur connaissance[2481].

348. Rôle d'assistance. L'article L. 621-11 du Code de commerce dispose que « *les contrôleurs assistent le mandataire judiciaire dans ses fonctions et le juge-commissaire dans sa mission de surveillance de l'administration de l'entreprise* ». Cette assistance consiste essentiellement dans la vérification des créances mais également en l'éventuelle intervention à titre accessoire dans les instances engagées par le mandataire judiciaire[2482]. Elle permet en outre aux créanciers de transmettre leurs remarques au juge-commissaire et au ministère public par le biais du mandataire judiciaire[2483].

349. Rôle consultatif. Le rôle consultatif des contrôleurs est particulièrement important[2484]. Ils doivent être consultés pour la préparation, l'arrêté et la modification du plan[2485], la cession d'entreprise et la conclusion d'un contrat de location-gérance[2486], une modification substantielle dans les objectifs et les moyens du plan de cession[2487], ou une modification des conditions initialement prévues pour l'acquisition par le locataire-gérant[2488]. Leur avis est également sollicité pour l'autorisation par le tribunal d'une cession à un parent ou allié du débiteur[2489], les ventes d'immeubles et autres biens dans une liquidation judiciaire[2490], la reprise des poursuites individuelles après la clôture de la liquidation judiciaire pour

---

2478 articles L. 626-5 et L. 626-7 du Code de commerce

2479 article L. 626-8 du Code de commerce

2480 article R 622-9 du Code de commerce

2481 article L. 642-2, IV du Code de commerce

2482 article R 624-1 du Code de commerce - F. DERRIDA, « Du rôle des contrôleurs dans les procédures de redressement et de liquidation judiciaires », *in Procédures collectives et droit des affaires : morceaux choisis : mélanges en l'honneur d'Adrienne Honorat*, Frison-Roche 2000, p. 89, spéc. n° 14 p. 96

2483 article L. 622-20 al. 2 du Code de commerce - M. JOCKEY, « Le nouveau personnage du contrôleur », *in Le nouveau droit des défaillances d'entreprises*, Dalloz, 1995, p. 131, spéc. p. 139 et s.

2484 M.-A. FRISON-ROCHE, « Le contrôleur », préc., spéc. n° 52 et s., p. 13 et s. - M. JOCKEY, « Le nouveau personnage du contrôleur », préc., spéc. p. 140

2485 articles 626-8, L. 626-9 et L. 626-26 du Code de commerce

2486 articles L. 642-5 et L. 642-13 du Code de commerce

2487 article L. 642-6 du Code de commerce -

2488 article L. 642-17 al. 2 du Code de commerce

2489 article L. 642-3 al. 2 du Code de commerce

2490 articles L. 642-18 et L. 642-19 du Code de commerce

insuffisance d'actif, en cas de fraude[2491], et les demandes tendant à ordonner la cessation de l'activité ou la liquidation judiciaire[2492].

Le défaut de consultation ne semble pourtant avoir aucune conséquence procédurale[2493]. Le contrôleur qui n'aurait pas été entendu par le juge-commissaire peut toutefois faire tierce opposition[2494].

350. Droit d'intervention[2495]. Les contrôleurs ont la possibilité de demander au juge-commissaire de saisir le tribunal en vue du remplacement ou de l'adjonction d'un mandataire de justice[2496]. Ils peuvent également obtenir du tribunal la cessation partielle de l'activité et la conversion en redressement judiciaire ou le prononcé de la liquidation judiciaire[2497]. Enfin, ils peuvent saisir le tribunal en vue de mettre fin à la période d'observation en cas de défaut de paiement d'un contrat en cours[2498].

351. Droit d'action en justice. En principe, seul le mandataire judiciaire a qualité pour agir en justice dans l'intérêt collectif des créanciers. Néanmoins, à titre subsidiaire, l'article L. 622-20 du Code de commerce prévoit qu'en cas de carence du mandataire judiciaire, tout créancier nommé contrôleur peut agir dans cet intérêt[2499]. Ce texte, instauré par la loi de 2005, permet de passer outre l'inertie du mandataire judiciaire sans avoir besoin d'engager la responsabilité de celui-ci[2500].

d : Les comités de créanciers

352. Statut. La loi de 2005 a instauré les comités de créanciers, ce qui permet de distinguer ces derniers selon l'origine de leurs créances et de les associer plus efficacement à

2491 article L. 643-11 IV du Code de commerce

2492 articles L. 621-27, L. 622-10 al. 2 du Code de commerce

2493 *JCl. Sociétés Traité*, Fasc. 41-70, par A. MARTIN-SERF, spéc. n° 177

2494 T. com. Paris, 11 juill. 1996 : *JurisData* n° 1996-055715 ; *Rev. proc. coll*. 1999, p. 28, note M. CADIOU : « *Attendu, ceci étant précisé, qu'en matière de décision du Juge-commissaire aucune disposition particulière ne limite le droit de former opposition contre les ordonnances de celui-ci ; qu'il est au contraire unanimement admis que l'opposition peut être faite par tout intéressé ; qu'en l'espèce, compte tenu du rôle croissant du contrôleur dans les réformes législatives successives, celui-ci a manifestement intérêt à faire prévaloir le respect des dispositions légales prévoyant le recueil préalable de ses observations* » - T. com. Paris, 28 oct. 1996 : *JurisData* n° 1996-055713 - T. com. Cannes, 4 sept. 1997 : *Rev. proc. coll*. 1998, p. 240, note M. CADIOU

2495 J.-B. CARPENTIER et A. CHARVERIAT, « Les contrôleurs », préc., spéc. n° 24 p. 258 - M. JOCKEY, « Le nouveau personnage du contrôleur », préc., spéc. p. 135 et s.

2496 articles L. 621-7 al. 2 et L. 631-9 du Code de commerce

2497 articles L. 622-10 et L. 631-15 II du Code de commerce

2498 articles L. 622-13 al. 3 et L. 631-14 du Code de commerce

2499 PH. ROUSSEL GALLE, « Les contrôleurs, gardiens de l'intérêt collectif », *Gaz. Pal.* 2005, p. 2984, spéc. p. 2984

2500 Antérieurement, l'abstention du mandataire était constitutive d'une faute ouvrant droit à réparation : CA Paris, 3 févr. 1998 : *D*. 1998, inf. rap. p. 78

l'élaboration du plan[2501]. La création des comités de créanciers est obligatoire en cas de procédure de sauvegarde ou de redressement judiciaire dès lors que certaines conditions sont réunies. Les comptes du débiteur doivent avoir été certifiés par un commissaire aux comptes ou établis par un expert-comptable et le nombre de salariés ou le chiffre d'affaires doivent être supérieurs à des seuils fixés en Conseil d'Etat[2502]. Le juge-commissaire peut toutefois s'affranchir de ces seuils et autoriser, à la demande du débiteur ou de l'administrateur judiciaire, la création de comités de créanciers si toutefois la première condition relative à la fiabilité des comptes est bien respectée[2503]. Cette demande ne peut pas être le fait d'un créancier[2504].

Les comités de créanciers sont au nombre de deux. Le premier réunit les établissements de crédit tandis que le second regroupe les principaux fournisseurs[2505]. Ceci exclut de fait les créanciers institutionnels, les salariés et les obligataires[2506].

353. Pouvoirs. Les comités de créanciers vont être consultés par le débiteur ou l'administrateur judiciaire, selon que l'on se trouve en sauvegarde ou en redressement, sur l'élaboration du plan[2507]. Néanmoins, chacun des créanciers conserve le pouvoir de faire des propositions au débiteur[2508]. L'administrateur invite ensuite le mandataire judiciaire et les représentants du comité d'entreprise ou, à défaut, des délégués du personnel à présenter leurs observations à chacun des comités avant que ceux-ci ne se prononcent sur le projet de plan[2509]. Certains auteurs ont trouvé regrettable que le mandataire judiciaire ne soit pas de droit membre de ces comités[2510].

2501 *JCl. Procédure collective*, Fasc. 2248, par M.-P. DUMONT-LEFRAND, spéc. n° 1 - J. VALLANSAN, P. CAGNOLI, L. FIN-LANGER et C. REGNAUT-MOUTIER, *Difficultés des entreprises, commentaire article par article du Livre VI du Code de commerce*, préc. spéc. p. 252 et s.

2502 article L. 626-29 al. 1er du Code de commerce – M.-A. BARET, « Le comité des créanciers », *LPA* 20 mars 2007, p. 22, spéc. p. 22

2503 article L. 626-29 al. 2 du Code de commerce

2504 M.-A. BARET, « Le comité des créanciers », préc., spéc. p. 22

2505 article L. 626-30 al. 1er du Code de commerce – R. DAMMANN et G. PODEUR, « Les enjeux de la réforme des comités de créanciers », *JCP E* 2009, 2094, spéc. n° 13 et s.

2506 G. BREMOND et E. SCHOLASTIQUE, « Réflexions sur la composition des comités de créanciers dans les procédures de sauvegarde et de redressement judiciaire », *JCP E* 2006, 1405

2507 articles L. 626-30-2 et L. 631-19 I, al. 2 du Code du Code de commerce - M.-A. BARET, « Le comité des créanciers », préc., spéc. p. 24

2508 article L. 626-30-2 al. 1er et L. 631-19 I du Code de commerce - R. DAMMANN et G. PODEUR, « Les enjeux de la réforme des comités de créanciers », préc., spéc. n° 41 et s.

2509 article R. 626-59 du Code de commerce

2510 B. SOINNE, « La réforme des procédures collectives : la confusion des objectifs et des procédures », *Rev. proc. coll.* 2004, p. 81

Enfin, les comités se prononcent sur le projet de plan[2511]. La décision est votée par chaque comité à la majorité des deux tiers du montant des créances détenues par les membres ayant exprimé un vote[2512]. Si le vote des comités est favorable, le tribunal s'assure que les intérêts de tous les créanciers sont suffisamment protégés et arrête le plan conformément au projet adopté. Sa décision rend applicables à tous leurs membres les propositions acceptées par chacun des comités[2513]. Ceci implique donc que la majorité des créanciers peut imposer à une minorité des délais de paiement, voire des remises de dette, dès lors que l'intérêt de chacun est préservé[2514]. A l'inverse, en cas de rejet du projet de plan par les comités, l'élaboration du plan se poursuit sous le régime antérieur. Chaque créancier est consulté individuellement et le tribunal peut imposer des délais de paiement[2515].

e : Les créanciers individuels

354. Pouvoir. Hors représentation par le mandataire ou les comités, les créanciers ne disposent individuellement que de peu de pouvoir dans la procédure collective. Ils peuvent en demander l'ouverture à l'encontre de leur débiteur, quelle que soit la nature de leur créance sauf si une procédure de conciliation est déjà ouverte[2516]. La saisine du tribunal se fait alors par assignation du débiteur. Bien qu'elle ne soit que facultative[2517], il s'agit pourtant du mode de saisine le plus fréquent. Cette assignation est exclusive de toute autre demande afin d'éviter qu'elle ne constitue un moyen de pression du créancier à l'encontre du débiteur[2518].

Enfin, l'action oblique est ouverte au profit des créanciers personnels des créanciers du débiteur en cessation des paiements sur le fondement de l'article 1166 du Code civil.

2511 les modalités sont identiques, que l'on soit en sauvegarde ou en redressement : article L. 631-19 I du Code de commerce - M.-A. BARET, « Le comité des créanciers », préc., spéc. p. 24

2512 article L. 626-30-2 al. 4 du Code de commerce - R. DAMMANN et G. PODEUR, « Les enjeux de la réforme des comités de créanciers », préc., spéc. n° 37 et s.

2513 article L. 626-31 du Code de commerce

2514 V. sur le « fait majoritaire » au sein des comités : L. LE GUERNEVE et N. MORELLI : « Les nouveaux enjeux des comités de créanciers », *CDE* 2011, dossier 21 - P.-M. LE CORRE, « Les comités de créanciers », *Rev. proc. coll.* 2011, dossier 3

2515 articles L. 626-34 et L. 626-5 du Code de commerce

2516 articles L. 631-5 al. 1er et L. 640-5 al. 1er du Code de commerce

2517 Cass. 1re civ., 18 janv. 2005, n° 02-16305 : *RJDA* 2005, n° 588 : « *attendu qu'il résulte de la combinaison des articles L. 621-1 et L. 621-2 du Code de commerce que si la demande d'ouverture d'une procédure collective, dans les quinze jours de la cessation des paiements, est une obligation pour le débiteur, elle ne constitue qu'une faculté pour le créancier* »

2518 article R. 631-2 et R. 640 -1 du Code de commerce

4 : Le représentant des salariés

355. Statut. La nomination d'un représentant des salariés est obligatoire[2519]. Le tribunal, dans le jugement d'ouverture, « *invite le comité d'entreprise ou, à défaut, les délégués du personnel à désigner un représentant parmi les salariés de l'entreprise. En l'absence de comité d'entreprise et de délégués du personnel, les salariés élisent leur représentant, qui exerce les fonctions dévolues à ces institutions* » dans la procédure collective[2520]. L'élection du représentant des salariés se fait par un vote à bulletins secrets. En cas d'inertie des salariés ou de leurs représentants, aucun représentant ne sera désigné. Le salarié élu bénéficiera du statut de « salarié protégé »[2521].

Le représentant des salariés, contrairement à ce que son nom laisse présager, n'est pas le mandataire des salariés. Le comité d'entreprise ou les délégués du personnel conservent cette prérogative même en cas de procédure collective ouverte à l'encontre de l'employeur. Ce n'est qu'en leur absence, dans les petites entreprises, que le représentant des salariés jouera ce rôle[2522]. Enfin, le représentant des salariés ne dispose donc pas de pouvoir propre.

356. Pouvoir de contrôle et de surveillance. Le rôle principal du représentant des salariés est d'assister le mandataire judiciaire pour la vérification des créances salariales[2523]. Il assiste également les salariés qui contesteraient leur créance devant les juridictions prud'homales ou dont l'AGS refuse de verser le salaire[2524].

Le représentant des salariés a également un pouvoir très limité de surveillance. Il peut exiger la publicité des débats devant le tribunal[2525]. Il doit également être consulté sur les offres de cession totale ou partielle de l'entreprise[2526]. Il peut enfin se porter partie civile en cas d'infraction pénale[2527]. En effet, comme le relevait Monsieur Perben, « *parce que ce sont les salariés qui font vivre les entreprises, ils doivent avoir confiance dans le traitement des difficultés de leur entreprise* […]. *En particulier, les salariés doivent être informés de l'évolution de la situation et ils doivent pouvoir s'exprimer par l'intermédiaire de leurs*

2519 CA Besançon, 31 janv. 1992 : *Rev. proc. coll.* 1993, p. 272, note A. LIENARD – Y. CHAGNY, « Un organe des procédures collectives : le représentant des salariés », *Dr. social* 2008, p. 1003 – F. PETIT, « Le représentant des salariés dans les procédure collectives », *Dr. social* 2011, p. 1137

2520 articles L. 621-4, L. 631-9 et L. 641-1 du Code de commerce

2521 articles R. 621-16 et L. 662-4 du Code de commerce

2522 article L. 621-4 al. 2 du Code de commerce

2523 articles L. 625-1, L. 625-2 et R. 625-1 du Code de commerce – M. JEANTIN, « Le représentant des salariés », *Dr. social* 1986, p. 664

2524 article L. 625-1 et L. 625-4 du Code de commerce

2525 article L. 662-3 du Code de commerce

2526 article L. 642-2 IV du Code de commerce

2527 article L. 654-17 du Code de commerce

représentants, à chaque décision importante »[2528]. Ce pouvoir d'expression n'est pourtant que consultatif et donc non contraignant.

5 : L'expert en diagnostic d'entreprise

357. Statut. Devant la complexité croissante de la mission de l'administrateur judiciaire et du juge-commissaire, le recours à des experts est devenu indispensable[2529]. Prenant acte de cette situation, la loi de 1985 a instauré l'expert en diagnostic d'entreprise[2530].

Le tribunal est libre de désigner un ou plusieurs experts en diagnostic d'entreprise[2531]. Ils sont choisis sur une liste. Des règles légales viennent assurer son indépendance. Le tribunal peut, d'office, à la demande du ministère public, ou sur proposition du juge-commissaire, procéder au remplacement de l'expert[2532]. Le débiteur peut également demander au juge-commissaire de saisir le tribunal aux fins d'obtenir ce remplacement[2533].

358. Mission. Aux termes de l'article L. 813-1 alinéa 1er du Code de commerce, « *les experts en diagnostic d'entreprise sont désignés en justice pour établir un rapport sur la situation économique et financière d'une entreprise en cas de procédure de conciliation ou de procédure de sauvegarde ou de redressement judiciaire, ou concourir à l'élaboration d'un tel rapport en cas de procédure de sauvegarde ou de redressement judiciaire* ». Le juge fixe l'étendue des pouvoirs de l'expert dans le cadre de cette mission[2534].

L'expertise a donc pour rôle de fournir au juge des informations en vue de l'élaboration du bilan économique, financier et social de l'entreprise, et de la préparation des mesures de redressement et d'apurement du passif[2535]. Il doit également s'assurer de la viabilité de la société et vérifier la régularité de la comptabilité ainsi que l'absence de faute éventuelle des

---

2528 D. PERBEN, Garde des Sceaux, *Compte rendu analytique officiel de la session ordinaire de 2004-2005 de l'Assemblée nationale*, 65ème jour de séance, 160ème séance, 2ème séance du mardi 1er mars 2005 : http://www.assemblee-nationale.fr/12/cra/2004-2005/160.asp

2529 Ce n'est pas seulement vrai en matière de procédure collective, V. notamment E. JEULAND, « L'expertise commerciale », *D*. 2000, chron. p. 209

2530 M. OLIVIER, « Un nouveau venu en matière d'expertise : "l'expert en diagnostic d'entreprise" », *Gaz. Pal.* 1985, 1, doctr. p. 191 - R. GANDUR, « L'expertise judiciaire en diagnostic d'entreprise », *Gaz. Pal.* 1985, 2, doctr. p. 698 - Y. GUILLOU, « L'expert en diagnostic », *Rev. proc. coll*. 1986, p. 47 - E.D.E., « Les experts en diagnostic d'entreprise », *LPA* 23 avr. 1986, p. 17 - IGALENS, « L'expertise en diagnostic d'entreprise », *LPA* 25 nov. 1992, p. 21 - J. VALLANSAN, P. CAGNOLI, L. FIN-LANGER et C. REGNAUT-MOUTIER, *Difficultés des entreprises, commentaire article par article du Livre VI du Code de commerce*, préc. spéc. p. 539

2531 article L. 813-1 al. 1er du Code de commerce

2532 article L. 621-7 al. 1er du Code de commerce

2533 article L. 621-7 al. 4 du Code de commerce

2534 articles L. 621-4 al. 3, L. 623-1 al. 1er et L. 631-18 du Code de commerce

2535 P. SIMONS, « Analyse, diagnostic et évaluation d'entreprises », *LPA* 25 janv. 1988, p. 7

dirigeants[2536]. Pour autant, il reste un simple assistant dans la rédaction du bilan économique et social ou du projet de plan. Il ne saurait en être l'auteur[2537].

B : LA QUALIFICATION DE L'INTERVENTION DE CHAQUE INTERVENANT DE LA PROCEDURE COLLECTIVE

359. Fondement historique du droit de la faillite. Les premières traces de droit de la faillite remontent à la Loi des Douze Tables. Il s'agissait alors essentiellement de contraindre par corps le débiteur qui se trouvait esclave de fait de son créancier[2538]. L'évolution du droit des procédures collectives est restée pendant très longtemps centrée sur le paiement des créanciers et l'élimination du commerçant défaillant. Néanmoins, dès le Moyen Age, la défaillance d'un débiteur constituait « *un trouble jeté dans l'ordre économique* » qu'il fallait le plus rapidement possible faire cesser[2539]. C'est à cette époque, également, que naissent en Italie les prémisses de la procédure collective moderne. On y voit apparaître les notions de cessation des paiements, de dessaisissement, d'exigibilité des créances à terme, de période suspecte, de syndic, de vérification des créances et de concordat de majorité[2540]. En France, le principe de la contrainte par corps est maintenu et l'on commence à voir apparaître l'idée d'un partage égalitaire du produit de la liquidation des biens du débiteur entre les créanciers. Le failli reste néanmoins sujet d'infamie et subit toute sorte de sanctions civiles et pénales[2541]. A partir du XVIIIème siècle, la situation des débiteurs s'améliore et l'on tend à faciliter les arrangements avec les créanciers[2542]. Le Code de commerce de 1807 revient à plus de sévérité. Le failli est automatiquement emprisonné tandis qu'on se partage ses biens[2543],

---

2536 C. SAINT-ALARY-HOUIN, *Droit des entreprises en difficulté*, préc., spéc. n° 465 p. 287

2537 F. DERRIDA, P. GODE et J.-P. SORTAIS, *Redressement et liquidation judiciaires des entreprises*, préc., spéc. n° 107

2538 Table III de la Loi des 12 Tables : « *(1) une fois la dette reconnue et l'affaire jugée en procès légitime, qu'il y ait trente jours de délai légal. (2) ensuite qu'il y ait finalement main mise (*manus iniectio*) sur lui, qu'on le conduise devant le préteur. (3) s'il n'exécute pas le jugement ou si personne ne se porte garant pour lui en justice, que le créancier l'emmène avec lui, l'attache avec une corde ou avec des chaînes d'un poids minimum de quinze livres ou, s'il le veut, davantage. (4) s'il le veut, qu'il vive à ses propres frais. s'il ne vit pas à ses frais, que celui qui le tiendra dans les chaînes lui donne une livre de farine par jour. s'il le veut, qu'il donne plus. (5) à défaut d'arrangement, le débiteur était retenu dans les chaînes soixante jours. Pendant cet intervalle, à trois marchés consécutifs, on le conduisait au comice devant le préteur et l'on rappelait chaque fois à haute voix le montant de sa condamnation. Au troisième marché, il étaient punis de la peine capitale ou ils allaient au delà du Tibre pour être vendus à l'étranger. (6) au troisième marché, que les parts soient coupées. s'ils en coupent trop ou pas assez, que cela ne porte pas à préjudice* » : ce dernier alinéa permettait en cas de pluralité de créanciers, que le corps du débiteur soit partagé physiquement entre chacun des plaignants (!) : R. SZRAMKIEWICZ, *Histoire du droit des affaires*, Montchrestien 1989, spéc. n° 72 p. 43

2539 J. HILAIRE, *Introduction historique au droit commercial*, PUF 1986, spéc. n° 191 p. 311

2540 PERCEROU et DESSERTEAUX, *Des faillites et banqueroutes et des liquidations judiciaires* t. 1er, Rousseau et Cie Editeurs 2ème éd. 1935 t. 1er, Rousseau et Cie Editeurs 2ème éd. 1935, spéc. n° 13 p. 12 et s.

2541 R. SZRAMKIEWICZ, *Histoire du droit des affaires*, Montchrestien 1989, spéc. n° 436 et s. p. 181

2542 J. HILAIRE, *Introduction historique au droit commercial*, préc., spéc. n° 200 p. 321

2543 R. SZRAMKIEWICZ, *Histoire du droit des affaires*, préc., spéc. n° 758 p. 300

néanmoins, en pratique se développe de plus la liquidation amiable des biens du débiteur[2544]. Dans le même temps, répondant aux nombreuses critiques, le législateur renforce le contrôle public sur la procédure de faillite[2545]. C'est à cette époque que naît le juge-commissaire dont les fonctions resteront quasi inchangées jusqu'à nos jours[2546]. La loi de 1838 revient à un adoucissement du caractère pénal de la faillite : l'incarcération n'est plus systématique[2547]. Au cours du XIXème puis de la première moitié du XXème siècle, la législation s'assouplit à l'égard du failli de bonne foi, seul l'auteur d'une banqueroute, en raison de son caractère frauduleux, reste susceptible de sanction pénale[2548]. Néanmoins, la procédure a toujours pour objet principal d'écarter le débiteur de la vie des affaires, voire de la vie politique[2549].

A partir des années 1960, l'idée apparaît qu'on peut dissocier le sort de l'entreprise de celui du débiteur[2550]. La loi du 13 juillet 1967 consacre cette distinction[2551]. Elle se propose d'« *éliminer les entreprises économiquement condamnées sans cependant frapper d'infamie les dirigeants qui ne l'ont pas mérité* »[2552]. L'ordonnance du 23 septembre 1967 instaure la même année une procédure de suspension des poursuites qui ne concerne qu'une partie des entreprises et permet de suspendre les poursuites exercées par les créanciers le temps de l'élaboration d'un plan de redressement[2553]. Elle ne s'adresse qu'aux sociétés dont la situation financière n'est pas irrémédiablement compromise et surtout n'est applicable qu'aux entreprises « *dont la disparition serait de nature à causer un trouble grave à l'économie nationale ou régionale* »[2554]. L'idée naît donc que la faillite ne concerne pas uniquement les intérêts du débiteur et du créancier mais que la loi doit intervenir dans un souci de protection d'intérêts plus vastes. Néanmoins, certaines parties prenantes particulièrement intéressées par le déroulement de la procédure en sont encore écartées, on pense essentiellement aux salariés et aux repreneurs potentiels de l'activité[2555].

2544 PERCEROU et DESSERTEAUX, *Des faillites et banqueroutes et des liquidations judiciaires*, t. 1er, préc., spéc. n° 24 p. 38

2545 J. HILAIRE, *Introduction historique au droit commercial*, préc., spéc. n° 202 p. 326

2546 J.-L. VALLENS, « Bicentenaire du Code de commerce : le droit des faillites de 1807 à aujourd'hui », *D.* 2007, p. 669, spéc. n° 6 p. 671

2547 J. HILAIRE, *Introduction historique au droit commercial*, préc., spéc. n° 206 p. 331

2548 PERCEROU et DESSERTEAUX, *Des faillites et banqueroutes et des liquidations judiciaires* t. 1er, préc., spéc. n° 27 et s. p. 43

2549 R. SZRAMKIEWICZ, *Histoire du droit des affaires*, préc., spéc. n° 772 p. 306

2550 R. HOUIN, « Permanence de l'entreprise à travers la faillite », *in Liber Amicorum baron Louis Fredericq*, Faculteit der Rechtsgeleerdheid 1965, p. 609

2551 A. BRUN, « De la distinction de l'homme et de l'entreprise », *in Aspects actuels du droit commercial français : commerce, sociétés, banque et opérations commerciales, procédures de règlement du passif : études dédiées à René Roblot*, 1985, p. 471, spéc. n° 1 p. 471

2552 Exposé des motifs de la loi du 13 juillet 1967

2553 articles 14 et 16 de l'ordonnance du 23 septembre 1967

2554 article 1 de l'ordonnance du 23 septembre 1967

2555 C. SAINT-ALARY-HOUIN, *Droit des entreprises en difficulté*, préc., spéc. n° 38 p. 22

Ces critiques ont été entendues. Une nouvelle réforme des procédures collectives intervient en 1985 dont l'objet est « *la sauvegarde de l'entreprise, le maintien de l'activité et de l'emploi et l'apurement du passif* »[2556]. Elle introduit pour cela le principe de la représentation des salariés, renforce la représentation collective des salariés et fait entrer le repreneur potentiel dans la procédure[2557]. Mais encore une fois, ces innovations ne furent pas sans critiques. La loi de 85 faisait peser sur les créanciers le maintien de l'activité économique pour un résultat peu évidant[2558]. Elle risquait d'entraîner des faillites en cascade[2559] et de « *freiner le crédit* »[2560]. Le législateur a donc rétabli l'équilibre entre débiteur et créancier dans une loi du 10 juin 1994 en améliorant le sort des créanciers munis d'une sureté[2561]. La réforme s'est poursuivie avec la loi du 26 juillet 2005 après le constat de l'échec constant des lois antérieures en matière de préservation des entreprises[2562]. Le but reste le même et la première phrase de l'exposé des motifs de la loi énonce que « *la sauvegarde des entreprises est un enjeu majeur pour notre économie et les hommes qui la développent* ». Néanmoins, la réalisation de cet objectif « *doit être poursuivie par des moyens diversifiés, sans porter d'atteintes excessives aux autres entreprises que sont les créanciers* »[2563]. La nouveauté principale de la loi réside dans la mise en avant de la résolution anticipée des difficultés des entreprises par le biais de la conciliation ou de la sauvegarde[2564]. Le droit des procédures collectives a connu une dernière réforme avec l'ordonnance du 18 décembre 2008 dont l'objet fut notamment de faciliter encore l'accès à la procédure de sauvegarde, pour remédier au faible succès de la loi de 2005, et de retoucher la procédure de conciliation, pour renforcer son efficacité[2565].

2556 article 1er de la Loi n° 85-98 du 25 janvier 1985 relative au redressement et à la liquidation judiciaire des entreprises

2557 A. LYON-CAEN, « Les orientations générales de la réforme », *in Ann. Univ. Toulouse* 1986, t. XXXIV, p. 11, spéc. p. 19 - C. SAINT-ALARY-HOUIN, *Droit des entreprises en difficulté*, préc., spéc. n° 54 et s. p. 28 et s.

2558 C. SAINT-ALARY-HOUIN, *Droit des entreprises en difficulté*, préc., spéc. n° 58 p. 31

2559 A. RIZZI, *La protection des créanciers à travers l'évolution des procédures collectives*, LGDJ 2007, spéc. p. 8

2560 P.-M. LE CORRE, *Droit et pratique des procédures collectives*, préc., spéc. n° 042-52 p. 27

2561 C. SAINT-ALARY-HOUIN, *Droit des entreprises en difficulté*, préc., spéc. n° 60 p. 32

2562 *Rapp. Sénat* n° 335, 2004-2005 « Rapport fait au nom de la commission des lois sur le projet de loi de sauvegarde des entreprises », par J.-J. HYEST, spéc. p. 25 - Exposé des motifs de la loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises : à propos de la procédure issue de la loi de 1985 : « *Ce droit est désormais inadapté à notre économie. Il trouvait sa place dans un principe d'économie dirigée, caractérisé par les nationalisations et l'interventionnisme de l'Etat dans la vie des entreprises. Il se traduisait par un considérable amoindrissement des droits des créanciers, au profit de la recherche à tout prix du sauvetage de la plus grande part des entreprises en difficulté, et par une attention insuffisante portée aux objectifs et au déroulement de la liquidation judiciaire. L'objectif recherché n'a pas donné les résultats espérés* »

2563 Exposé des motifs de la loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises : à propos de la procédure issue de la loi de 1985

2564 P.-M. LE CORRE, *Droit et pratique des procédures collectives*, préc., spéc. n° 042-52 p. 27

2565 C. SAINT-ALARY-HOUIN, *Droit des entreprises en difficulté*, préc., spéc. n° 94-2 p. 51

L'évolution du droit des procédures collectives démontre bien la prise en compte croissante des divers intérêts qui gravitent autour de la société. Il a ainsi fallu tenir compte progressivement de l'intérêt de la société elle-même, de ses salariés, de son repreneur éventuel et même de l'économie tout entière[2566]. Le contrôle organisé par le droit des procédures collectives est bien organisé dans un but d'intérêt général. Néanmoins, il est intéressant de noter que chaque intervenant dans la procédure est en charge de défendre spécifiquement un intérêt particulier.

Si le droit des procédures collectives est organisé au profit de l'intérêt général, l'objet du contrôle exercé à l'occasion de sa mise en œuvre reste la société elle-même. Le but est toujours d'assurer si possible la continuité de l'entreprise. Les intervenants dans la procédure collective ne peuvent s'exonérer de cet objectif et sont donc liés par l'intérêt social objectif.

360. La qualification de l'intervention de chaque intervenant dans la procédure collective. Pour certains d'entre eux, la loi elle-même prévoit l'intérêt qu'ils sont en charge de préserver. Ainsi, le juge, lorsqu'il homologue l'accord de conciliation, est tenu de s'assurer que ce dernier est « *de nature à assurer la pérennité de l'activité de l'entreprise* » et qu'il « *ne porte pas atteinte aux intérêts des créanciers non-signataires* »[2567]. Lorsqu'il statue sur l'ouverture d'une procédure de sauvegarde, il doit entendre au moins le débiteur, les représentants du personnel et le représentant de l'ordre auquel appartient éventuellement le débiteur[2568]. Lors de l'élaboration du projet de plan, le juge doit s'assurer « *que les intérêts de tous les créanciers sont suffisamment protégés* »[2569]. Le plan de sauvegarde ne peut être adopté que s'il existe « *une possibilité sérieuse pour l'entreprise d'être sauvegardée* »[2570]. Pour adopter ou modifier le plan, le tribunal doit consulter le débiteur, l'administrateur, le mandataire judiciaire, les contrôleurs, les représentants du personnel et le ministère public[2571]. Il en va de même s'il décide de convertir la procédure de sauvegarde en redressement[2572]. Les mêmes obligations pèsent sur le juge pour l'élaboration, l'adoption et la modification d'un plan de redressement[2573]. L'ensemble de ces textes démontre bien le rôle central du tribunal des faillites qui se doit de faire la balance entre les différents intérêts en présence. Le contrôle judiciaire de la société en procédure collective est un contrôle au travers de l'intérêt général

---

2566 CL. CHAMPAUD, *La place des intérêts publics dans les procédures collectives*, PU Lille 1978, spéc. p. 109
2567 article L. 611-8 II, 2° et 3° du Code de commerce
2568 article L. 621-1 al. 1er et 2 du Code de commerce
2569 article L. 626-31 al. 1er du Code de commerce
2570 article L. 626-1 al. 1er du Code de commerce
2571 article L. 626-9 al. 1er et L. 626-26 al. 3 du Code de commerce
2572 article L. 622-10 al. 4 du Code de commerce
2573 article L. 631-18 al. 1er du Code de commerce

vu comme synthèse de plusieurs intérêts particuliers. Le risque social est surveillé au regard de l'intérêt social tel qu'il assure la préservation d'un intérêt supérieur à celui de la société elle-même : l'intérêt national. Toutefois, comme nous l'avons noté la réalisation de l'intérêt général se traduit par la sauvegarde de l'entreprise et donc de son intérêt social objectif.

Le ministère public, au regard de l'étendue de son pouvoir d'intervention dans la procédure collective, a pour rôle de préserver l'intérêt public[2574]. Monsieur Triaulaire, alors procureur de la République adjoint concevait ainsi sa mission : « *Le message de la loi est clair et est du reste bien résumé par son titre lui-même « loi de sauvegarde des entreprises ». Il est donc pour moi évident qu'un représentant du parquet naturellement respectueux de la lettre et aussi de l'esprit des lois doit essayer de contribuer par la mise en œuvre de ses prérogatives légales à sauver toute entreprise, grande ou petite, qui bien sûr peut raisonnablement l'être, c'est à dire qui reste, malgré ses difficultés, économiquement et socialement viable tout en respectant la loyauté des règles et usages commerciaux…* »[2575]. Comme le relève un autre auteur, « *désormais, le ministère public est investi d'un rôle éminent dans le cadre des procédures collectives, car elles ne mettent pas seulement en jeu des intérêts particuliers, ceux du débiteur et du créancier, mais également l'ordre public économique* »[2576].

Le juge-commissaire voit le fondement de sa mission clairement définie par la loi. Il doit veiller « *à la protection des intérêts en présence* »[2577]. Il en va de même pour le mandataire judiciaire et le commissaire à l'exécution du plan qui ont seuls qualité pour agir « *dans l'intérêt collectif des créanciers* »[2578]. Néanmoins, comme pour le juge, ils sont tenus de tenir compte en priorité de la survie de la société et donc ne peuvent exercer leur mission sans respecter l'intérêt social.

Le conciliateur, quant à lui, a pour objectif d'assurer un certain équilibre entre l'intérêt du débiteur et celui des principaux créanciers[2579]. Le contrôleur représente les intérêts des créanciers et les comités de créanciers, respectivement les intérêts des établissements de crédit et des principaux fournisseurs[2580]. Enfin, les représentants des salariés ont pour mission de

---

2574 F. DERRIDA, P. GODE et J.-P. SORTAIS, *Redressement et liquidation judiciaires des entreprises*, préc., spéc. n° 91 p. 71

2575 J.-P. TRIAULAIRE, « Le rôle du ministère public », *Rev. proc. coll*. 2006, p. 212, spéc. p. 213

2576 A. FALZOI, « Le rôle du ministère public dans le cadre des procédures collectives », *LPA* 17 sept. 2004, p. 3, spéc. p. 4 - V. également E. HOULETTE, « Le rôle du ministère public dans la loi de sauvegarde », *JCP E* 2005, 1514, spéc. n° 3 p. 1772

2577 article L. 621-9 al. 1er du Code de commerce

2578 articles L. 622-20 al. 1er et L. 626-25 al. 3 du Code de commerce

2579 article L. 611-7 al. 1er du Code de commerce

2580 article L. 629-30 al. 1er du Code de commerce

s'assurer du respect des intérêts des salariés dans la procédure, soit par le biais de consultation[2581], soit par la représentation[2582].

L'utilité de la présence d'un représentant des salariés a fait l'objet d'une controverse. Pour certains, ce sont des créanciers comme les autres et le principe de l'égalité des créanciers devrait interdire une représentation distincte. Pour d'autres, les salariés ont d'autres intérêts que la seule sauvegarde de leur créance, ils souhaitent également la sauvegarde de leur emploi, d'où la nécessité d'être représentés[2583].

La loi de 1985 a tranché en instaurant le représentant des créanciers[2584]. Cette innovation a été maintenue par la loi de 2005. Les salariés conservent néanmoins la possibilité d'agir par le biais de leurs représentants traditionnels : comité d'entreprise ou délégué du personnel.

Parmi les intervenants à la procédure collective, les véritables contrôleurs sont donc les organes judiciaires de la procédure, le mandataire judiciaire, le commissaire à l'exécution du plan, et l'expert en diagnostic d'entreprise[2585]. En effet, ils doivent tous exercer leur contrôle-surveillances au regard de la poursuite de l'activité social et donc de l'intérêt propre de la société. En outre, l'exercice de cette mission est sanctionné. Ils disposent soit d'une obligation d'informer les autres organes de la procédure, soit même d'un droit d'autoriser ou non certains actes.

Les autres intervenants ne sauraient être qualifiés de contrôleurs. En effet, leurs prérogatives s'exercent uniquement dans leur intérêt propre et ils ne disposent tout au plus que d'un droit d'expression à l'occasion des décisions que prendront les organes de contrôle de la procédure. Ils disposent donc d'un droit à l'information qui n'est assorti d'aucune sanction, qui n'est pas finalisé.

2581 Q. URBAN, « Quelle est l'implication des institutions représentatives du personnel dans le traitement juridique des difficultés des entreprises depuis la loi du 26 juillet 2005 ? », *Rev. proc. coll.* janv. 2008, p. 35, spéc. n° 8 et s., p. 36 et s.

2582 article L. 625-4 al. 1er et 3 du Code de commerce : lorsqu'un salarié souhaite faire valoir une créance salariale, il « *peut demander au représentant des salariés de l'assister ou de le représenter devant la juridiction prud'homale* »

2583 *JCl. Sociétés Traité*, Fasc. 41-70, par A. MARTIN-SERF, spéc. n° 187

2584 L. ROZES, « Les droits collectifs des salariés dans la nouvelle procédure », *in Ann. Univ. Toulouse*, t. XXIV, 1986, p. 113 - H. BLAISE, « La sauvegarde des intérêts des salariés dans les entreprises en difficulté », *Dr. social* 1985, p. 449 – A. COEURET, « La représentation du personnel et l'entreprise en difficulté », *Dr. Social* 1986, p. 651 - B. TEYSSIE, « Les représentants des salariés dans les procédures de redressement et de liquidation judiciaires », *JCP G* 1986, I, 3239, et *JCP E*, II, 14677 - S. SETTEPANI, « Quelques questions à propos du rôle des salariés dans les nouvelles procédures collectives », *LPA* 7 mai 1986, p. 20 - A. ARSEGUEL et C. LAROQUE, « Les salariés et la nouvelle procédure », *LPA* 16 oct. 1985, p. 4 - M. COHEN, « Le rôle des représentants du personnel dans les procédures relatives aux difficultés des entreprises », *Dr. ouvrier* 1985, p. 160 - M. JEANTIN, « Le représentant des salariés », *Dr. social* 1986, p. 664 - L. SERFATI-APTER et P. LAFARGE, « Le représentant des salariés de la loi du 25 janvier 1985 », *Gaz. Pal.* 1986, 2, doctr. p. 657 - Y. GUYON, « Le rôle des salariés dans les procédures de redressement et de liquidation judiciaires » *in Les transformations du droit du travail : études offertes à Gérard Lyon-Caen*, Dalloz 1989, p. 451

2585 ce denier n'est en réalité qu'un « auditeur » chargé d'une mission de contrôle-surveillance contractuelle de la société

CONCLUSION DU CHAPITRE 2

La société n'est pas isolée. Elle est entourée d'un nombre grandissant de personnes qui exercent sur elle un contrôle de plus en plus prononcé. Ce contrôle est d'abord le fait de contrôlaires. Ceux-ci trouvent la source de leur pouvoir dans un contrat, une décision de justice ou en exerçant de fait la direction de la société. Dans tous les cas, ces dirigeants de substitution jouent le même rôle au sein de la société. Ils décident du risque social qui pèse sur l'entreprise. Ce risque doit évidemment être le plus conforme possible à l'intérêt social, au risque, nous le verrons, d'engager la responsabilité des contrôlaires. Le critère d'appréciation de la bonne conduite du dirigeant est l'intérêt social objectif. Autrement dit, il doit remplir sa mission en considération de la personne morale qu'il représente et uniquement de l'intérêt de celle-ci.

Outre les contrôlaires, la société est également sous le contrôle de contrôleurs. Ces derniers sont particulièrement nombreux. Ce contrôle peut constituer la raison même de leur existence : on peut penser par exemple aux institutions publiques telles l'AMF ou l'ACP, aux agences de notation mais également à nombre d'organes de la procédure collective. Ces contrôleurs exercent généralement leur mission dans un but d'intérêt général. Ce dernier constitue alors le cadre de l'intérêt social objectif. En autorisant la constitution de personnes morales, fictions juridiques, le législateur a entendu que celles-ci se conforment à l'intérêt général. Il s'agit donc bien d'une composante de l'intérêt social qui en fixe le contour. Encore une fois, le contrôle consistera donc à s'assurer de la conformité du risque social à l'intérêt social.

Le contrôle exercé par un contrôleur peut également être l'objet d'un contrat ou n'en être que la résultante. Il s'agit d'abord du contrat d'audit ou de notation, dont l'objet même est le contrôle-surveillance. Il s'agit ensuite du contrôle opéré par les banques à l'occasion d'opérations financières. Celui-ci est imposé soit pour la préservation de l'intérêt général, soit pour la préservation de l'intérêt de son client, la société. Il s'agit toujours de s'assurer que l'opération bancaire envisagée est conforme à l'intérêt social.

Enfin, certaines personnes qui entretiennent des relations avec la société, si elles semblent de prime abord dotées d'un pouvoir de contrôle sur la société, ne disposent en réalité que d'un droit à l'information. C'est le cas pour les créanciers de droit commun, les salariés et leurs représentants et les différents intervenants à titre particulier de la procédure collective. En

effet, l'information qui leur est transmise n'a pas à être appréciée au regard de l'intérêt social mais de leur seul intérêt propre. En outre, ce droit n'est pas sanctionné par une quelconque obligation ou l'exercice d'une prérogative particulière. Il n'offre généralement qu'un simple droit d'expression, une participation consultative. Dès lors, ces personnes ne sont pas des contrôleurs et encore moins des contrôlaires. En contrepartie, ils ne risquent pas de voir leur responsabilité mise en jeu : ils ne peuvent par définition commettre de faute de contrôle.

PARTIE 2 :

LA RESPONSABILITE DU FAIT DU CONTROLE

361. L'irresponsabilité des titulaires d'un droit à l'information. Les titulaires d'un simple droit à l'information ne sont pas responsables de ce qu'ils font de celle-ci. En effet, la loi leur confère un droit de regard sur les affaires sociales dans leur intérêt propre et n'envisage pas que ces informations puissent faire naitre des droits ou obligations particuliers. Le salarié qui connait la situation de son entreprise de dispose d'aucun pouvoir particulier. S'il peut alerter les autorités publiques, il n'en a pas l'obligation. L'usage même de ce droit d'alerte n'est d'ailleurs pas sanctionné spécialement par la loi qui laisse une grande marge d'appréciation à son titulaire quant à sa mise en œuvre. Tout au plus pourrait-on envisager une action sur le fondement de l'abus de droit si le salarié ou son représentant faisait un usage totalement infondé de ce droit et guidé par la seule volonté de nuire à son employeur.

362. La responsabilité des titulaires d'un pouvoir de contrôle. Les titulaires d'un pouvoir de contrôle ne sont pas du tout dans la même situation. Le contrôle, quel que soit son auteur, consiste en l'appréciation de l'adéquation du risque social avec l'intérêt social. Cet acte de contrôle est une source importante de responsabilité car il est finalisé. Si le contrôlaire et le contrôleur engagent leur responsabilité quand ils exercent leur mission, c'est parce que leur contrôle fait naître à leur charge ou à leur profit des droits ou obligations.

Les contrôlaires définissent le risque social qui doit répondre à l'intérêt social. Ils ont un pouvoir de décision qu'ils exercent par le contrôle-direction. Les contrôleurs, quant à eux, apprécient l'action de dirigeants. Ils sont alors conduits soit à sanctionner leur gestion sociale soit à transmettre le résultat de leur contrôle-surveillance au titulaire de ce pouvoir de sanction.

Le contrôle, qu'il soit direction ou surveillance, peut se définir de façon unitaire. Pourtant l'étude de la responsabilité des différents contrôlaires et contrôleurs de la société révèle une grande diversité de conditions et de régimes. Une telle complexité s'avère inexplicable et peu efficace. Il semble pourtant que la mise en place d'un régime cohérent de responsabilité du fait du contrôle présenterait certains d'avantages et permettrait de remédier à plusieurs reproches adressés à ces différents régimes imparfaits.

Chapitre 1 : Etude de la responsabilité des contrôlaires et contrôleurs

Chapitre 2 : Pour une révision de la responsabilité du fait du contrôle

CHAPITRE 1 : ETUDE DE LA RESPONSABILITE DES CONTROLAIRES ET CONTROLEURS

363. Une disparité de fondement. La responsabilité du fait du contrôle repose sur de nombreux fondements selon l'auteur du dommage. Certains contrôlaires sont soumis au droit spécial des sociétés, d'autres relèvent du droit commun de la responsabilité délictuelle. Cette disparité n'a parfois aucune justification. On peut penser par exemple au traitement différent qui s'applique au gérant de SARL ou au directeur général de SA et au gérant de SNC ou de SCS. Il en est de même pour les contrôleurs. Selon la source de leur obligation de contrôle, leur responsabilité sera fondée sur des textes très différents : responsabilité spéciale pour le commissaire aux comptes, responsabilité contractuelle pour l'auditeur, responsabilité administrative des institutions publiques, responsabilité délictuelle à l'égard des tiers…

364. Une multiplicité de régimes. L'étude de la responsabilité des contrôlaires et contrôleurs permettra de mettre à jour les disparités de traitement pesant sur l'auteur du dommage mais aussi sur la victime. Il s'agira de s'intéresser spécialement aux organes sociaux et aux tiers contrôlaires et contrôleurs étudiés dans le chapitre précédent.

Afin de simplifier l'étude des différents régimes de responsabilité du fait du contrôle en droit positif, il semble opportun de distinguer d'abord ceux s'appliquant aux organes sociaux puis ceux pesant sur les tiers.

Section 1 : La variété des régimes de responsabilité du fait du contrôle organique

Section 2 : La responsabilité des tiers du fait d'un contrôle-surveillance ou direction

SECTION 1 : LA VARIETE DES REGIMES DE RESPONSABILITE DU FAIT DU CONTROLE ORGANIQUE

Les dirigeants légaux de sociétés et les organes de contrôle, alors pourtant que leurs missions sont identiques quelle que soit la forme sociale, voient leur responsabilité reposer sur de multiples fondements. Il en résulte que les régimes de responsabilité applicables aux organes sociaux varient selon que l'organe en question est un organe de direction ou un organe de surveillance et selon le type de société dont ils sont les mandataires. Leur responsabilité diffère également selon la situation de leur société, selon qu'elle est in bonis ou se trouve en procédure collective. L'étude du fondement et du régime de la responsabilité des organes sociaux se fera en deux temps : nous nous intéresserons d'abord à la responsabilité des organes titulaires d'un pouvoir de contrôle-direction puis à celle des organes de contrôle-surveillance.

Sous-section 1 : La responsabilité civile des organes de contrôle-direction

Sous-section 2 : La responsabilité des organes de contrôle-surveillance

SOUS-SECTION 1 : LA RESPONSABILITE CIVILE DES ORGANES DE CONTROLE-DIRECTION

L'étude de la responsabilité des dirigeants sociaux passe en premier lieu par l'étude des différents fondements possibles à une telle action. Il s'agira ensuite d'étudier les régimes de la responsabilité applicables au dirigeant social.

Paragraphe 1 : Les fondements de la responsabilité civile des dirigeants de droit

Paragraphe 2 : les différents régimes de la responsabilité des organes de contrôle-direction

PARAGRAPHE 1 : FONDEMENTS DE LA RESPONSABILITE CIVILE DES DIRIGEANTS DE DROIT

La responsabilité des dirigeants ne repose pas sur le droit commun de la responsabilité civile mais sur des textes spécifiques qui diffèrent selon que la société est *in bonis* (A) ou se trouve sous le coup d'une procédure collective (B).

A : DANS LE CADRE D'UNE SOCIETE *IN BONIS*

365. Des textes spéciaux. La responsabilité des dirigeants sociaux repose sur des textes spéciaux propres à chaque forme sociale. Chacun reprend néanmoins des termes similaires. Les dirigeants de sociétés civiles sont tenus « *individuellement envers la société et envers les tiers, soit des infractions aux lois et règlements, soit de la violation des statuts, soit des fautes commises dans sa gestion* »[2586]. Les dirigeants de sociétés commerciales répondent, eux, « *individuellement ou solidairement, selon le cas, envers la société ou envers les tiers, soit des infractions aux dispositions législatives ou réglementaires applicables* [à la forme sociale concernée], *soit des violations des statuts, soit des fautes commises dans leur gestion* »[2587]. Cela s'applique également à l'administrateur indépendant de société cotée dont la responsabilité repose sur le droit commun de la responsabilité des membres du conseil d'administration[2588].

S'agissant des membres des comités spécialisés au sein du conseil, la question se pose du fondement de leur responsabilité. Pour le comité d'audit, lorsqu'il est obligatoire, sa composition ne comprend que des administrateurs. Leur responsabilité repose donc sur l'article L. 225-251 du code de commerce[2589]. Les tiers membres des autres comités spécialisés ne peuvent être considérés comme des dirigeants sociaux car les comités n'ont qu'un rôle de conseil, de surveillance ou de proposition, mais en aucun cas un pouvoir de décision. Ils ne sont donc responsables qu'à l'égard de la société sur le fondement de la responsabilité contractuelle de droit commun, et à l'égard des tiers sur le fondement de la responsabilité délictuelle[2590].

Cette responsabilité des dirigeants est également encourue en cas de nullité de la société ou des actes et délibérations. Les articles 1844-17 alinéa 2 du Code civil et L. 235-13 alinéa 2 du Code de commerce disposent ainsi que « *la disparition de la cause de nullité ne met pas obstacle à l'exercice de l'action en dommages-intérêts tendant à la réparation du préjudice causé par le vice dont la société, l'acte ou la délibération était entaché* ». Ces deux articles visent toutes les formes sociales, tant civiles que commerciales. Les articles L. 223-10 et L. 225-249 du Code de commerce visent plus particulièrement la responsabilité du dirigeant

---

2586 article 1850 al. 1er du Code civil

2587 article L. 223-22 du Code de commerce pour la SARL, L. 225-251 et L. 225-256 pour la SA, L. 225-251 sur renvoi des articles L. 226-7, L. 227-8 et L. 229-1 pour la SCA, la SAS et la SE

2588 A. VIANDIER, « L'administrateur indépendant des sociétés cotées », *RJDA* 2008, p. 599, spéc. n° 37 p. 604

2589 D. MANGENET, J.-Y. MARTIN et D. ROBINE, « Comités d'audit : une consécration entourée d'incertitudes », préc., spéc. n° 17 et s.

2590 J. PRIEUR, PH. D'ANCHALD, V. TANDEAU DE MARSAC et X. PERRINE, « La responsabilité des membres des comités dans les sociétés par actions », *Actes prat. ing. sociétaire* 2001, n° 56, p. 5

du fait de la nullité de la société. Ces deux textes applicables à la SARL et à la SA sont étendus aux SCA et SAS par le jeu des articles L. 226-12 et L. 227-1 du Code de commerce. Les articles 1840 du Code civil et 210-8 du Code de commerce énoncent, en outre, que les dirigeants sociaux sont « *responsables du préjudice causé par le défaut d'une mention obligatoire dans les statuts ainsi que par l'omission ou l'accomplissement irrégulier d'une formalité prescrite par la loi et les règlements pour la constitution de la société* ». Il en va de même en cas de modification des statuts.

Enfin, l'article L. 223-33 du Code de commerce vise uniquement les gérants de SARL lors d'une augmentation de capital. Lorsqu'il n'y a pas eu de commissaire aux apports ou lorsque la valeur retenue est différente de celle proposée par le commissaire aux apports, les gérants de la société sont solidairement responsables pendant cinq ans, à l'égard des tiers, de la valeur attribuée aux apports en nature.

366. Les exceptions et lacunes de la loi. La loi est par contre muette s'agissant de la responsabilité des gérants de société en nom collectif et de société en commandite simple. Les dispositions relatives à la SCS renvoient à la SNC[2591]. Dans cette dernière, la responsabilité des dirigeants n'est évoquée que dans l'article L. 221-3 alinéa 2 du Code de commerce qui dispose que « *Si une personne morale est gérant, ses dirigeants sont soumis aux mêmes conditions et obligations et encourent les mêmes responsabilités civile et pénale que s'ils étaient gérants en leur nom propre, sans préjudice de la responsabilité solidaire de la personne morale qu'ils dirigent* ».

Les auteurs s'accordent pour admettre que, dans le silence de la loi, la responsabilité des dirigeants de SNC et de SCS est fondée sur le droit commun de la responsabilité civile délictuelle ou quasi délictuelle des articles 1382 et 1383 du Code civil[2592]. Certains estiment qu'il faudrait généraliser les textes spéciaux afin d'obtenir un régime unitaire de responsabilité des dirigeants sociaux[2593]. Monsieur Merle, lui, l'exclut expressément[2594]. La jurisprudence ne permet pas de résoudre cette difficulté même si certains arrêts isolés se fondent sur l'article 1850 du Code civil pour sanctionner un dirigeant de SNC[2595].

2591 article L. 222-2 du Code de commerce

2592 M. COZIAN, A. VIANDIER et F. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, préc., spéc. n° 1183 p. 607 et n° 1207 p. 619 - G. RIPERT et R. ROBLOT, par M. GERMAIN et V. MAGNIER, *Traité de droit de affaires*, t. 2, *Les sociétés commerciales*, préc., spéc. n° 1198 p. 171 - PH. MERLE, *Droit commercial, Sociétés commerciales*, préc., spéc. n° 141 p. 178

2593 G. VINEY et P. JOURDAIN, *Les conditions de la responsabilité*, préc., spéc. n° 855 p. 1083 - M. COZIAN, A. VIANDIER et F. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, préc., spéc. n° 1183 p. 607 - S. MESSAI-BAHRI, *La responsabilité des dirigeants sociaux*, IRJS Edition, 2009, spéc. 354 p. 130

2594 PH. MERLE, *Droit commercial, Sociétés commerciales*, préc., spéc. n° 141 p. 178

2595 V. par ex. CA Paris, 25e ch., sect. A, 28 juin 2002 : *JurisData* n° 2002-191325 : « *Considérant que commet une faute de gestion le gérant qui limite sciemment l'activité de la société qu'il dirige à des opérations conclues essentiellement au profit d'autres sociétés qu'il contrôle au détriment de l'intérêt social ; qu'il convient toutefois de préciser que l'action*

Enfin, l'obligation de loyauté des dirigeants sociaux est sanctionnée sur le fondement de l'article 1382 du Code civil. Un arrêt de la Cour de cassation de 2004, rendu au visa de cet article, a ainsi sanctionné un dirigeant au motif qu'il avait dissimulé aux associés cédants des informations de nature à influer leur consentement[2596]. En l'espèce, le dirigeant n'était pas partie au contrat de vente et ne pouvait pas être sanctionné sur le fondement du dol.

367. Disparité de traitement. Cette disparité de fondement de la responsabilité des dirigeants entraine une disparité de traitement. D'abord, les textes spéciaux visent expressément trois types de faute ouvrant droit à réparation : les infractions aux dispositions législatives ou réglementaires, les violations des statuts et les fautes de gestion. Le droit commun ne fait pas une telle distinction. Il faut néanmoins relativiser cette distinction au vu de l'appréciation très large de la faute de gestion par la jurisprudence[2597]. Ensuite, la prescription de l'action en responsabilité sur le fondement d'un texte spécial est de trois ans à compter du fait dommageable en vertu des articles L. 223-23 et L. 225-254 du Code de commerce. Elle est de cinq ou dix ans en droit commun de la responsabilité selon que la victime a subi ou non un dommage corporel[2598].

Enfin, les textes spéciaux permettent la condamnation solidaire des dirigeants de sociétés commerciales lorsqu'ils ont concouru au dommage. Le droit commun de la responsabilité civile ne permet pour sa part qu'une condamnation *in solidum* des coauteurs d'un dommage[2599]. Il en résulte en principe l'exclusion des effets secondaires de la solidarité[2600] et

---

engagée par la SNC … contre son ancien gérant est fondée, non sur les dispositions de l'article 1843-5 du Code civil autorisant un ou plusieurs associés à exercer l'action sociale en responsabilité au nom de la société, mais sur celles de l'article 1850 du même Code, selon lesquelles chaque gérant est responsable individuellement envers la société ou envers les tiers des fautes commises dans sa gestion »

2596 Cass. com., 12 mai 2004, n° 00-15618 : *Bull. civ.* 2004, n° 94 ; *Rev. sociétés* 2005, p. 140, note L. GODON ; *JCP G* 2004, I, 10513, note A. CONSTANTIN ; *Dr. et patrimoine* 2004, n° 131, p. 90, note D. PORACCHIA ; *Bull. Joly Sociétés* 2004, p. 1116, note D. SCHMIDT ; *JCP E* 2004, 1510, note J.-J. CAUSSAIN, F. DEBOISSY et G. WICKER ; *JCP E* 2004, 1393, note F.-G. TREBULLE ; *LPA* 16 juill. 2004, p. 25 note S. REIFEGERSTE ; *D.* 2004, p. 1599, note. A. LIEHNARD ; *JCP G*, 2004, II, p. 1754, note D. GREGORY ; *Gaz. Pal.* 2005, p. 645, note D. GUEVEL ; *Dr. sociétés* 2004, comm. 147, note H. HOVASSE ; *JCP E* 2004, II, 1393, note F.-G. TREBULLE; *RDC* 2004, p. 923, note D. MAZEAUD ; *RTD civ.* 2004, p. 500, note J. MESTRE et B. FAGES : « *Vu l'article 1382 du Code civil ; Attendu que pour rejeter la demande formée contre M. Samuel X..., l'arrêt retient que s'il paraît tout à fait vraisemblable qu'à la date de la "réunion de famille" ou à celle de la cession, les sociétés X... et Financière X... avaient déjà entrepris des négociations avec la société Former, rien ne permet d'affirmer qu'au jour de la cession le prix de l'action avait déjà été fixé ni que l'absorption de la société était acquise, ceux-ci étant conditionnés par la possibilité pour la société Former d'acquérir l'ensemble des actions et donc par l'attitude des actionnaires minoritaires ; Attendu qu'en se déterminant ainsi, alors qu'elle constatait que M. Samuel X..., dirigeant et actionnaire des sociétés X... et Financière X..., avait été à l'initiative de la cession des actions de la première au bénéfice de la seconde et sans rechercher, ainsi qu'il lui était demandé, s'il n'avait pas caché l'existence des négociations conduites avec un tiers en vue du rachat ou de l'apport de ces mêmes actions, et ainsi manqué à l'obligation de loyauté qui s'impose au dirigeant de société à l'égard de tout associé en dissimulant aux cédants une information de nature à influer sur leur consentement, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision* »

2597 S. MESSAI-BAHRI, *La responsabilité des dirigeants sociaux*, préc., spéc. 372 p. 136 – V. *infra* n° 375 et s.

2598 articles 2224 et 2226 du Code civil

2599 S. MESSAI-BAHRI, *La responsabilité des dirigeants sociaux*, préc., spéc. 376 p. 137

une répartition de la dette en fonction de la gravité des fautes respectives et non plus par parts viriles[2601].

368. Nature contractuelle, délictuelle ou légale de la responsabilité du dirigeant ?. On distingue généralement deux fondements possible à la responsabilité : le contrat ou le délit, quasi-délit. Une telle question ne semble pas d'emblée pertinente. Comme le relevaient Mazeaud et Tunc, « *il n'y a pas de différence fondamentale entre les deux ordres de responsabilité. Il existe des différences accessoires* »[2602]. Il semble pourtant essentiel de s'intéresser à la nature de la responsabilité des dirigeants sociaux. En effet, si les différences ne sont qu'accessoires *a priori*, elles peuvent avoir des conséquences importantes en pratique. On peut penser par exemple à l'étendue du préjudice réparable : le dirigeant verra-t-il sa responsabilité limitée au dommage prévisible ?

On peut d'emblée écarter l'idée que la responsabilité des dirigeants soit de nature contractuelle. En effet, nous avons précédemment montré que la mission de ces derniers reposait sur la notion d'organe sociale et non de mandataire social ce qui exclut un lien contractuel entre eux et la société[2603]. En outre, leur responsabilité à l'égard des tiers ne peut pas non plus reposer sur l'idée de contrat. Ils représentent la société et ne sont pas engagés personnellement par les actes qu'ils passent en qualité d'organe social[2604]. La responsabilité des dirigeants sociaux n'est pas non plus fondée sur la responsabilité délictuelle dès lors qu'elle repose sur un texte spécial[2605]. Ne relèvent donc du droit commun de la responsabilité délictuelle que les dirigeants de SNC et de SCS ainsi que, nous le verrons ultérieurement[2606], les dirigeants de fait[2607].

2600 Cass. 3e civ., 17 juillet 1968 : *Bull. civ.* 1968, n° 347 ; *JCP* 1969, II, 15932, note R. PRIEUR : « *mais attendu que si la solidarité parfaite prévue par l'article 1202 du Code civil ne peut résulter que de la volonté des parties ou de la loi, il n'en est pas ainsi de la solidarité imparfaite ; que cette dernière, qui ne diffère de la solidarité parfaite que par ses effets secondaires, pèse sur les coauteurs d'une faute commune ayant cause un même dommage* »

2601 J. FRANÇOIS, *Droit civil,* t. 4, *Les obligations, Régime général*, préc., spéc. n° 218 et n° 236

2602 H. et L. MAZEAUD et A. TUNC, *Traité historique et pratique de la responsabilité civile,* t. premier, Montchrestien 6e éd. 1965, spéc. n° 97 p. 103

2603 V. *supra* n° 15

2604 Cass. com., 31 mai 1983, n° 81-15304 : *Bull. civ.* 1983, n° 164 ; *Rev. sociétés* 1983, p. 800, note CHARTIER : « *les dettes contractées pour le compte d'une société par son représentant n'engagent pas ce dernier personnellement, mais restent a la charge de la société, même en cas de modifications ultérieures de sa composition ou de sa représentation* »

2605 V *supra* n° 367

2606 V. *infra* n° 441

2607 Cass. com., 6 oct. 1981, n° 77-15264 : *Dr. sociétés* 1983, 133, note B. SOINNE ; *JCP* 1982, II, 19891, note NOTTE : une Cour d'appel avait appliqué l'article 52 de la loi de 1966 (actuel article L. 223-22 du Code de commerce) à un dirigeant de fait. La Cour de cassation sanctionne au motif « *qu'en statuant ainsi alors que le texte susvisé ne concerne que les agissements commis dans leur gestion par les gérants de droit, l'arrêt a faussement appliqué et en conséquence violé ledit texte* »

B : DANS LE CADRE D'UNE SOCIETE EN PROCEDURE COLLECTIVE

369. La simplification des sanctions. Depuis le décret-loi du 8 août 1935 et la loi du 16 novembre 1940, la responsabilité des dirigeants de société en procédure collectivement reposait sur deux fondements possibles repris par la loi du 25 janvier 1985[2608]. Les anciens articles L. 624-3 et L. 624-5 du Code de commerce permettaient de mettre à la charge du dirigeant tout ou partie des dettes sociales[2609], ou d'ouvrir à son encontre une procédure de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire[2610], en cas de faute. La loi du 26 juillet 2005 a substitué à l'extension de procédure, l'obligation aux dettes sociales car il était inopportun de placer sous le régime des procédures collectives une personne dont la situation pécuniaire ne le justifiait pas[2611]. Deux sanctions pouvaient donc être prononcées à l'encontre du dirigeant : l'action en comblement de passif[2612] et l'obligation aux dettes sociales[2613]. Le législateur est de nouveau intervenu pour mettre fin aux difficultés d'articulation de ces deux

---

2608 C. SAINT-ALARY-HOUIN, *Droit des entreprises en difficulté*, préc., spéc. n° 1261 p. 849

2609 ancien article L. 624-3 al. 1er du Code de commerce : « *Lorsque le redressement judiciaire ou la liquidation judiciaire d'une personne morale fait apparaître une insuffisance d'actif, le tribunal peut, en cas de faute de gestion ayant contribué à cette insuffisance d'actif, décider que les dettes de la personne morale seront supportées, en tout ou en partie, avec ou sans solidarité, par tous les dirigeants de droit ou de fait, rémunérés ou non, ou par certains d'entre eux* »

2610 ancien article L. 624-5 I du Code de commerce : « *En cas de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire d'une personne morale, le tribunal peut ouvrir une procédure de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire à l'égard de tout dirigeant de droit ou de fait, rémunéré ou non, contre lequel peut être relevé un des faits ci-après : 1° Avoir disposé des biens de la personne morale comme des siens propres ; 2° Sous le couvert de la personne morale masquant ses agissements, avoir fait des actes de commerce dans un intérêt personnel ; 3° Avoir fait des biens ou du crédit de la personne morale un usage contraire à l'intérêt de celle-ci à des fins personnelles ou pour favoriser une autre personne morale ou entreprise dans laquelle il était intéressé directement ou indirectement ; 4° Avoir poursuivi abusivement, dans un intérêt personnel, une exploitation déficitaire qui ne pouvait conduire qu'à la cessation des paiements de la personne morale ; 5° Avoir tenu une comptabilité fictive ou fait disparaître des documents comptables de la personne morale ou s'être abstenu de tenir toute comptabilité conforme aux règles légales ; 6° Avoir détourné ou dissimulé tout ou partie de l'actif ou frauduleusement augmenté le passif de la personne morale ; 7° Avoir tenu une comptabilité manifestement incomplète ou irrégulière au regard des dispositions légales* »

2611 J.-P. LEGROS, « La loi du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises - Le sort des membres et dirigeants des personnes morales (4e partie) », *Dr. sociétés* janv. 2006, p. 10, spéc. n° 5 p. 10 ; A. MARTIN-SERF, « Réforme des procédures collectives - Sanctions civiles », *Rev. proc. coll.* 2009, dossier 14, spéc. n° 12 p. 101

2612 ancien article L. 651-2 al. 1er du Code de commerce « *Lorsque la résolution d'un plan de sauvegarde ou de redressement judiciaire ou la liquidation judiciaire d'une personne morale fait apparaître une insuffisance d'actif, le tribunal peut, en cas de faute de gestion ayant contribué à cette insuffisance d'actif, décider que les dettes de la personne morale seront supportées, en tout ou partie, par tous les dirigeants de droit ou de fait ou par certains d'entre eux, ayant contribué à la faute de gestion. En cas de pluralité de dirigeants, le tribunal peut, par décision motivée, les déclarer solidairement responsables* »

2613 ancien article L. 652-1 du Code de commerce : « *Au cours d'une procédure de liquidation judiciaire, le tribunal peut décider de mettre à la charge de l'un des dirigeants de droit ou de fait d'une personne morale la totalité ou une partie des dettes de cette dernière lorsqu'il est établi, à l'encontre de ce dirigeant, que l'une des fautes ci-après a contribué à la cessation des paiements : 1° Avoir disposé des biens de la personne morale comme des siens propres ; 2° Sous le couvert de la personne morale masquant ses agissements, avoir fait des actes de commerce dans un intérêt personnel ; 3° Avoir fait des biens ou du crédit de la personne morale un usage contraire à l'intérêt de celle-ci à des fins personnelles ou pour favoriser une autre personne morale ou entreprise dans laquelle il était intéressé directement ou indirectement ; 4° Avoir poursuivi abusivement, dans un intérêt personnel, une exploitation déficitaire qui ne pouvait conduire qu'à la cessation des paiements de la personne morale ; 5° Avoir détourné ou dissimulé tout ou partie de l'actif ou frauduleusement augmenté le passif de la personne morale* »

textes[2614]. L'ordonnance du 18 décembre 2008 a purement et simplement supprimé l'obligation aux dettes sociales à titre de sanction[2615]. Seule subsiste désormais l'action en comblement de passif[2616].

370. L'exclusion du droit commun. Avant la loi de 1985, l'action en comblement de passif reposait sur une double présomption de faute et de lien de causalité[2617]. Elle était alors considérée comme ayant une nature mixte : réparatrice et sanctionnatrice[2618]. Le cumul de cette action avec la responsabilité civile délictuelle de droit commun était donc admis par la jurisprudence[2619] et la doctrine[2620]. La loi de 1985 a réintroduit l'obligation de prouver une faute et un « début » de lien de causalité[2621] avec le dommage pour entraîner la responsabilité pour insuffisance d'actif du dirigeant social[2622]. Le texte perdant son caractère de sanction, les auteurs se sont trouvés partagés sur son éventuel cumul avec la responsabilité civile délictuelle de droit commun[2623]. La Cour de cassation a mis un terme à ce débat dans un arrêt du 20 juin 1995 selon lequel « *lorsque le redressement ou la liquidation judiciaire d'une*

2614 P. LE CANNU, « La responsabilité civile des dirigeants de personne morale après la loi de sauvegarde des entreprises du 26 juillet 2005 », *Rev. sociétés* 2005, p. 743, spéc. n° 37 et s., p. 756 et s.

2615 article 133 de l'ordonnance n° 2008-1345 du 18 décembre 2008 portant réforme du droit des entreprises en difficulté

2616 article L. 651-2 du Code de commerce - J. VALLANSAN, P. CAGNOLI, L. FIN-LANGER et C. REGNAUT-MOUTIER, *Difficultés des entreprises, commentaire article par article du Livre VI du Code de commerce*, préc. spéc. p. 415 et s.

2617 Cass. com., 16 juill. 1981, n° 80-12722 : *Bull. civ.* 1981, n° 318 : à propos de l'article 99 de la loi lu 13 juillet 1967 : « *la présomption de responsabilité dont l'arrêt retient que M. X... ne s'est pas dégagé comporte à la fois une présomption de faute et une présomption de rapport de causalité entre la faute et le dommage* »

2618 RIPERT et ROBLOT, par PH. DELEBECQUE et M. GERMAIN, *Traité de droit commercial*, t. 2, LGDJ 17e éd. 2004, spéc. n° 3282 p. 1260

2619 Cass. com., 21 juill. 1987, n° 84-17105 : *Bull. civ.* 1987, n° 205 ; *Bull. Joly Sociétés* 1987, p. 642 : arrêt rendu sous l'empire de la loi de 1967, la cour de cassation admet la responsabilité du dirigeant de fait sur le fondement de l'article 1382 du Code civil et non sur l'article 99 de la loi de 1967 : « *Mais attendu, en premier lieu, que la cour d'appel, qui, sans appliquer les dispositions de l'article 99 de la loi du 13 juillet 1967, a noté que le syndic fondait sa demande sur l'article 1382 du Code civil, a relevé, tant par motifs propres qu'adoptés, que M. X..., dirigeant de fait depuis la création de la société avant d'en devenir administrateur, avait laissé fonctionner la société sans qu'aucune comptabilité régulière soit tenue, qu'il signait les chèques émis au nom de la société qui effectuait des achats inconsidérés et qu'il était résulté de ces pratiques la constitution en très peu de temps d'un passif considérable ; qu'en l'état de ces énonciations et constatations la cour d'appel a pu retenir que le comportement de M. X... revêtait un caractère fautif en rapport direct de cause à effet avec le préjudice subi par la masse ; qu'elle a ainsi justifié sa décision des chefs critiqués* »

2620 P. BOUREL, « L'obligation au passif social des dirigeants de sociétés anonyme et à responsabilité limitée en cas d'insuffisance d'actif », *RTD com.* 1960, p. 785, spéc. n° 16 p. 794

2621 sur ce « lien de causalité », V. *infra* n° 385

2622 article 180 de la loi du 25 janvier 1985 : *« Lorsque le redressement judiciaire ou la liquidation judiciaire d'une personne morale fait apparaître une insuffisance d'actif, le tribunal peut, en cas de faute de gestion ayant contribué à cette insuffisance d'actif, décider que les dettes de la personne morale seront supportées, en tout ou en partie, avec ou sans solidarité, par tous les dirigeants de droit ou de fait, rémunérés ou non, ou par certains d'entre eux* »

2623 V. en faveur du cumul : A. BRUNET et M. GERMAIN, « L'article 180 de la loi du 25 janvier 1985 relatif à l'action en contribution au paiement du passif social », *LPA* 23 juill. 1986, p. 51 ; GUYON, *Droit des affaires*, t. 2, 9e éd. 2003, spéc. n° 1394 ; LE CANNU, LUCHEUX, PITRON et SENECHAL, *Entreprise en difficulté*, Joly Ed. 1994 , spéc. n° 1637 et s. ; SOINNE, *Traité théorique et pratique des procédures collectives*, spéc. n° 1246 et s. - Contre ce cumul : RIPERT et ROBLOT, par PH. DELEBECQUE et M. GERMAIN, *Traité élémentaire de droit commercial*, t. 2, préc. , spéc. n° 3283 p. 1262 ; F. DERRIDA, P. GODE et J.-P. SORTAIS, *Redressement et liquidation judiciaires des entreprises*, préc., spéc. n° 578 ; C. SAINT-ALARY-HOUIN, *Droit des entreprises en difficulté*, préc., spéc. n° 1086 p. 723 ; J.-J. DAIGRE, « De l'inapplicabilité de la responsabilité civile de droit commun aux dirigeants d'une société en redressement ou en liquidation judiciaire », *Rev. sociétés* 1988, p. 199, spéc. p. 204 et s.

personne morale fait apparaître une insuffisance d'actif, les dispositions des articles 180 et 183 de ladite loi, qui ouvrent aux conditions qu'ils prévoient, une action en paiement des dettes sociales à l'encontre des dirigeants de droit ou de fait en cas de faute de gestion ayant contribué à l'insuffisance d'actif, ne se cumulent pas avec celles des articles 1382 et 1383 du Code civil »[2624]. A l'inverse, « *lorsque le redressement ou la liquidation judiciaire d'une société ne fait pas apparaître d'insuffisance d'actif, les actions exercées à l'encontre de son dirigeant sur le fondement des articles L. 223-22, L. 225-251 et L. 225-252 du Code de commerce sont recevables* »[2625].

Enfin, à la différence des dispositions relatives à la responsabilité de droit commun des dirigeants sociaux, l'action en comblement de passif s'étend également expressément aux dirigeants de fait. Ces derniers ne se voient donc pas appliquer le droit commun de la responsabilité délictuelle en cas de procédure collective.

PARAGRAPHE 2 : LES DIFFERENTS REGIMES DE LA RESPONSABILITE DES ORGANES DE CONTROLE-DIRECTION

371. L'exigence d'une faute. Quels que soient son fondement et la victime du dommage, la responsabilité des dirigeants sociaux repose sur l'existence d'une faute. Une telle exigence a été consacrée par la jurisprudence. Il en est ainsi lorsque le dirigeant voit sa responsabilité engagée à l'égard de la société, qu'elle soit *in bonis*[2626] ou soumise à une procédure collective[2627], ou envers un tiers[2628].

Nous étudierons dans un premier temps les conditions variées de la responsabilité des dirigeants (A) puis dans un second temps sa mise en oeuvre (B).

2624 Cass. com., 20 juin 1995, n° 93-12810 : *Bull. civ.* 1995, n° 187 - V. également pour le non cumul de ces disposition avec le droit commun de la responsabilité des dirigeants sociaux : Cass. com., 28 févr. 1995, n° 92-17329 : *Bull. civ.* 1995, n° 60 ; *D.* 1995, jurispr. p. 390, note F. DERRIDA : « *Vu les articles 180 et 183 de la loi du 25 janvier 1985 et l'article 52 de la loi du 24 juillet 1966 ; Attendu que lorsque le redressement ou la liquidation judiciaires d'une société à responsabilité limitée fait apparaître une insuffisance d'actif, les dispositions du premier et du deuxième de ces textes qui ouvrent, aux conditions qu'ils prévoient, une action en paiement des dettes sociales ayant contribué à l'insuffisance d'actif, ne se cumulent pas avec celles du troisième* » - V. également Cass. com., 10 juillet 2007, n° 06-16165

2625 Cass. com., 27 juin 2006, n° 05-14271 : *Bull. civ.* IV, n° 152 ; *Dr. sociétés* 2007, comm. 6, note J.-P. LEGROS

2626 Cass. 3e civ., 18 juin 1970, n° 68-13614 : *Bull. civ.* 1970, n° 429 : « *le gérant d'une société à responsabilité limitée ne peut, hors le cas de faillite ou de liquidation judiciaire de la société, être tenu au paiement du passif social que lorsqu'il a commis une faute de gestion* »

2627 Cass. com., 17 mars 1998, n° 95-22160 : *Rev. proc. coll.* 1999, p. 46 : l'arrêt d'une cour d'appel ayant condamné un dirigeant « *au paiement de partie des dettes sociales* », sur le fondement de l'article 180 de la loi de 85, est cassé au motif « *qu'en se déterminant par de tels motifs impropres, par leur imprécision, à caractériser l'existence d'une faute de M. A... ayant contribué à l'insuffisance d'actif, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision* »

2628 Cass. com., 23 juin 2009, n° 08-15312 : *Bull. Joly Société* 2009, p. 1094, note B. DONDERO : l'arrêt condamnant un gérant de SCI à réparer le dommage subi par un tiers est cassé au motif « *qu'en se déterminant ainsi, par des motifs impropres à caractériser à l'encontre de M. X..., pris en sa qualité de gérant de la SCI, une faute intentionnelle d'une particulière gravité, incompatible avec l'exercice normal de ses fonctions sociales, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision* »

A : LES CONDITIONS VARIEES DE LA RESPONSABILITE DES DIRIGEANTS

La mise en jeu de la responsabilité des dirigeants est de plus en plus fréquente[2629]. Si dans l'ordre interne elle reste peu usitée, les associés préférant souvent d'autres sanctions telles la révocation ou l'administration provisoire[2630], il n'en est plus de même dans l'ordre externe, les créanciers étant à l'affut de tout patrimoine *in bonis* susceptible de suppléer à celui défaillant de la société[2631]. Il s'agira donc d'étudier la responsabilité des dirigeants envers la société (1) puis à l'égard des tiers (2).

1 : Responsabilité à l'égard de la société

Classiquement, nous étudierons la responsabilité des organes contrôlaires en nous intéressant d'abord à la faute de contrôle de ces derniers (a), au préjudice subit par la société (b) et au lien de causalité qui doit les lier (c).

a : Typologie des fautes de contrôle du dirigeant à l'égard de la société

La faute du dirigeant résulte soit de la violation des dispositions législatives ou réglementaires (α), soit du non-respect des statuts (β), soit encore d'une faute de gestion (χ)[2632]. Dans tous les cas, il n'est pas nécessaire de démontrer l'existence d'une faute détachable du dirigeant pour engager sa responsabilité envers la société (δ)

α : La violation des dispositions législatives ou réglementaires

372. la violation des dispositions législatives ou réglementaires en cours de vie sociale. Le risque social pris par le dirigeant dans le cadre de son contrôle-direction doit nécessairement respecter la législation en vigueur. Ces dispositions ont pour but d'encadrer l'activité du contrôlaire afin de s'assurer du respect de l'intérêt social soit en lui interdisant certains actes dangereux pour la société, soit en lui imposant certaines obligations pour faciliter le contrôle-surveillance de ses actes. Il serait illusoire de prétendre ici faire la liste de ces possibles infractions. En effet, la vie des sociétés est de plus en plus encadrée par d'innombrables textes auxquels le dirigeant doit se conformer[2633]. Il est néanmoins possible

---

2629 B. PETIT et Y. REINHARD, « Responsabilité civile des dirigeants », *RTD com.* 1997, p. 282, spéc. p. 283
2630 J. MESTRE et Y. CHARTIER, *Les grandes décisions de la jurisprudence, les sociétés*, PUF 1988, spéc. p. 51
2631 D. VIDAL, « La responsabilité civile des dirigeants sociaux », *CDE* 2001, n° 3, p. 16, spéc. p. 17
2632 articles 1850 du Code civil, L. 223-22, L. 225-251 et L. 651-2 du Code de commerce
2633 S. MESSAI-BAHRI, *La responsabilité des dirigeants sociaux*, préc., spéc. n° 66 p. 35

de citer pour l'exemple le refus de procéder à la convocation d'une assemblée générale[2634], le non-respect des règles relatives à la déclaration de cessation de paiement[2635] ou les atteintes au droit à l'information des actionnaires[2636].

La violation de la loi constitue donc une faute de contrôle ouvrant droit à réparation indépendamment de toute éventuelle sanction prévue par la disposition elle-même[2637]. L'obligation de se conformer aux dispositions impératives de la loi ou des règlements est une obligation de résultat. Le non-respect des règles légales fait donc naître une présomption de faute de la part du dirigeant concerné[2638].

373. La violation des dispositions législatives ou réglementaires relatives à la constitution de la société. La responsabilité pour violation des dispositions législatives et réglementaires est encourue y compris, en principe, lorsque celles-ci régissent la constitution

---

2634 Cass. com., 12 mars 1974 : *Gaz. Pal.* 1974, 1, 662, note A.P.S. : « *Mais attendu que la Cour d'appel* […] *énonce que L…* […] *a provoqué la dissolution par son obstination à gérer la société seul et sans contrôle, notamment en se refusant, malgré les demandes de ses coassociés, à les convoquer en assemblée générale depuis 1964* […] ; *qu'ayant ainsi caractérisé le comportement fautif du gérant, la Cour d'appel a pu estimer que ce comportement était en relation de cause à effet avec le dommage résultant pour la société de l'obligation où elle s'était trouvée de verser des indemnités de licenciement* » - Cass. crim., 21 juin 2000, n° 99-85778 : préc. note 1255

2635 Cass. com., 6 févr. 2001, n° 97-22666 : inédit : « *Mais attendu que la cour d'appel a exactement retenu que, sans remettre en cause l'autorité de la chose jugée par la décision d'ouverture de la liquidation des biens de la société, M. Joseph X... était en droit, sur le fondement de l'article 52 de la loi du 24 juillet 1966, de demander réparation de son préjudice personnel né de la faute commise par le gérant de la société pour avoir abusivement déclaré la cessation des paiements de celle-ci* »

2636 Cass. com., 9 mars 2010, n° 08-21547 et 08-21793 : *Bull. civ.* 2010, n° 48, *Dr. et patrimoine* mai 2011, p. 79, note D. PORACCHIA ; *Rev. sociétés* 2010, p. 230, note H. LE NABASQUE ; *D.* 2010, p. 761, note A. LIENHARD ; *RTD civ.* 2010, p. 575, note P. JOURDAIN ; *Dr. sociétés* 2010, comm. 109, note M.-L. COQUELET ; *Bull. Joly Sociétés* 2010, p. 316, note N. RONTCHEVSKY et p. 537, note D. SCHMIDT : « *Mais attendu qu'après avoir relevé que c'est avec la publication au BALO du 3 décembre 2004 des comptes 2003 portant annulation de produits non encore facturés au 31 décembre 2003 à hauteur de 45 056 000 euros que les actionnaires ont, de fait, été avertis de la situation exacte de la société et ont pu constater que tant les comptes que les communiqués portés jusqu'alors à leur connaissance par les dirigeants de la société ne donnaient pas une image fidèle de sa situation, l'arrêt retient que le fait dommageable n'est pas constitué par la difficulté liée à l'absence d'outils de gestion fiables au sein de la société mais par les agissements de ses dirigeants qui, en ce qu'ils ont incité les actionnaires à acquérir ou à conserver les titres de la société, sont à l'origine du préjudice par eux allégué ; que l'arrêt ajoute que la carence de la société à mettre en place les outils de gestion fiables nécessités par l'adoption de la méthode de comptabilisation à l'avancement, est à rapprocher des communiqués très optimistes qui présentaient la société sous un jour particulièrement favorable, en omettant de rappeler les réserves émises par les commissaires aux comptes mais aussi, en faisant état pour certains d'entre eux, de comptes consolidés pro forma sans préciser que les évolutions d'une année sur l'autre n'étaient pas à périmètre constant ; que l'arrêt relève encore que ces informations ne faisaient que corroborer les résultats particulièrement favorables publiés jusqu'en 2002 et donner l'image d'une entreprise florissante alors que les dirigeants n'ignoraient pas leur incapacité à gérer efficacement les informations, s'agissant des produits non encore facturés ; qu'en l'état de ces constatations et appréciations, desquelles il résulte que le dommage invoqué a pour origine la dissimulation par les dirigeants de la société, au moyen de la diffusion d'une information trompeuse, de la situation financière de cette dernière et que le caractère trompeur de cette information leur a été révélé moins de trois ans avant l'introduction de l'instance, la cour d'appel, qui n'a pas modifié les termes du litige, a légalement justifié sa décision ; que le moyen n'est pas fondé* »

2637 D. VIDAL, « La responsabilité civile des dirigeants sociaux », préc., spéc. p. 17 - Cass. com., 9 nov. 1993, n° 89-20660 : *Bull. civ*. 1993, n° 401 : « *l'arrêt énonce à bon droit que la société Y... était recevable à faire état de faits qui, sans être susceptibles d'être qualifiés pénalement, pouvaient constituer des manquements dans l'exécution du mandat social qu'elle avait confié à M. Y...* »

2638 Cass. civ., 26 novembre 1930 : *S.* 1931, 1, 305, 2ème esp., note LAGARDE : la Cour de cassation sanctionne un dirigeant en raison de la nullité de la société « *imputable elle-même à la faute présumée des administrateurs* » - V. également Cass. crim., 19 aout 1997, n° 96-83944 : *Bull. crim.* 1997, n° 285 : « *la présomption de responsabilité du dirigeant social qu'instituent les articles 52 et 244 de la loi du 24 juillet 1966, en ce qu'elle n'a pas d'autre effet que de renverser la charge de la preuve, n'est pas contraire à la présomption d'innocence* »

de la société[2639]. Néanmoins, cette responsabilité semble n'être que très rarement mise en œuvre depuis la loi de 1966. On ne trouve en effet aucun arrêt sur cette question, que ce soit en appel ou en cassation. Cette absence de jurisprudence s'explique par la limitation drastique des causes de nullité de la société liée à l'influence communautaire[2640]. Il en va de même en cas d'irrégularité dans les formalités de constitution ou de modification des statuts n'entrainant pas la nullité de la société, sans doute en raison de l'absence de préjudice réel qu'une telle omission entraine.

β : Le non-respect des statuts

374. Violation des statuts et faute de contrôle. Les statuts fixent le cadre de l'action des dirigeants. Les associés disposent en effet du pouvoir de définir les limites de la mission des organes de contrôle-direction, ce qui constitue en soi un contrôle-surveillance instauré par la loi. En outrepassant ces limites statutaires, le dirigeant remet en cause l'exercice de ce contrôle-surveillance et donc contrevient à l'intérêt social. La violation des statuts par le dirigeant constitue une faute de contrôle qui entraine sa responsabilité à l'égard de la société. Cela inclut également l'éventuel règlement intérieur ou le préambule précédant les statuts[2641].

Parmi les dispositions statutaires susceptibles d'entraîner la responsabilité du dirigeant, on trouve d'abord l'objet social[2642]. Néanmoins, le dépassement de l'objet social ne pourra obliger le dirigeant à réparation que s'il entraine un préjudice. Ce ne sera bien évidemment pas le cas dès lors qu'il est inopposable à la société comme dans les sociétés à responsabilité illimitée[2643]. Il ne semble même pas possible de soulever l'existence d'un mandat apparent puisque l'objet social est publié avec les statuts et que le Code civil n'interdit pas, dans ces sociétés, que ceux-ci puissent être soulevés à titre de preuve[2644]. Dans les sociétés à responsabilité limitée, le dépassement de l'objet social engage la société « *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* »[2645]. Cette responsabilité est par contre écartée dès lors que l'acte en cause ne

---

2639 V. *supra* n° 365
2640 MERLE PH., *Droit commercial, Sociétés commerciales*, préc., spéc. n° 67 p. 99
2641 Y. GUYON, *Traité des contrats, Les sociétés, Aménagements statutaires et conventions entre associés* : préc., spéc. n° 13
2642 CA Paris, 16e ch. B, 28 avril 1983 : *JurisData* n° 1983-023921
2643 articles 1849 du Code civil et L. 221-5 du Code de commerce
2644 S. MESSAI-BAHRI, *La responsabilité des dirigeants sociaux*, préc., spéc. n° 83 p. 41
2645 articles L. 223-18 al. 5, L. 225-35 al. 2 et L. 225-56 al. 2, L. 226-7, et L. 227-6 du Code de commerce

constitue pas un dépassement de l'objet social mais une modification de ce dernier[2646]. En effet, dans ce cas, l'acte redevient inopposable à la société en raison du principe de séparation des pouvoirs.

Les statuts peuvent également prévoir des limitations aux pouvoirs des dirigeants sociaux à condition de respecter la répartition légale des pouvoirs et de ne pas priver l'un deux de ses prérogatives propres[2647]. mais celles-ci seront toujours inopposables au tiers[2648]. Le non-respect des limitations statutaires risque de nuire au bon contrôle-surveillance de la société et peut donc engager la responsabilité du dirigeant. Il en est ainsi, lorsque le gérant contracte seul au nom de la société alors que les statuts imposaient l'accord conjoint de tous les cogérants[2649].

χ : La faute de gestion

375. Distinction entre la faute de gestion et l'erreur de gestion. La faute de gestion est la plus fréquente des fautes de contrôle-direction. Il est pourtant parfois difficile de qualifier la prise d'un risque social de faute. En effet, l'erreur de gestion ne constitue pas une faute de gestion. Au moment où l'acte a été pris, l'acte pouvait être bénéfique à la société, mais ne s'est révélé désastreux qu'à la suite d'évènements ultérieurs, extérieurs à la société, que le dirigeant n'était pas en mesure de prévoir. Il ne s'agit donc pas de juger la décision au regard de ses effets mais de l'intérêt qu'elle présentait au jour où elle a été prise[2650]. Comme l'a très bien dit Monsieur Schmidt : « *l'aléa des affaires exclut la garantie contre les pertes et légitime le droit à l'erreur* »[2651]. Ce qui va entraîner la responsabilité du dirigeant n'est pas

---

2646 Cass. com., 12 janv. 1988, n° 85-12666 : *Bull. civ.* 1988, n° 24 ; *Rev. Sociétés* 1988, p. 263 : « *Mais attendu que, l'arrêt ayant relevé que l'objet social de la SARL était notamment l'exploitation d'un hebdomadaire dénommé " le Journal de Doullens " et que cette dénomination expresse était celle de la SARL, la cession de cet hebdomadaire impliquait nécessairement une modification de ses statuts ; que les modifications des statuts d'une société à responsabilité limitée, pour lesquels la loi attribue expressément compétence aux associés, échappent à la compétence du gérant ; que, par ce motif de pur droit, substitué à celui justement critiqué aux termes duquel la cession litigieuse aurait dû recueillir pour sa validité l'accord des associés parce qu'elle " équivalait pratiquement à la disparition de l'objet social ", l'arrêt attaqué se trouve justifié en ce qu'il a décidé que la cession consentie à la société Rohart par Mme X... n'engageait pas la SARL* »

2647 Cass. civ., 4 juin 1946, « Motte » : préc. note 70

2648 articles L. 1849 al. 3 du Code civil, L. 221-5 al. 3, L. 223-18 al. 6, L. 225-56 al. 3, L. 225-64 al. 3, L. 226-7 al. 3 et L. 227-6 al. 3 du Code de commerce

2649 Cass. com., 3 déc. 2002, n° 99-18987 : *Dr. sociétés* 2003, comm. 131, note J. MONNET ; *RJDA* 2003, n° 397 : « *Mais attendu qu'ayant relevé que M. X... avait signé seul le contrat de crédit-bail litigieux, alors qu'aux termes des statuts de la société Couzedis, pareil engagement devait obtenir l'accord conjoint des cogérants, c'est à bon droit que la cour d'appel a décidé que la société Couzedis devait être garantie par M. X... des condamnations prononcées à son encontre* »

2650 D. VIDAL, « La responsabilité civile des dirigeants sociaux », préc., spéc. p. 17 - A. TUNC, « Rapport sur la responsabilité civile des organes de sociétés et les règles générales de la responsabilité civile en droit français », *in Évolution du droit des sociétés, Travaux de l'association Capitant*, Dalloz 1967, t. XV, p. 26, spéc. p. 30

2651 D. SCHMIDT, « La responsabilité du conseil d'administration du fait de ses actes de gestion», *CDE* 1995, n° 4, p. 15, spéc. p. 16

tant l'effet de la décision que les conditions dans lesquelles elle a été prise[2652]. Autrement dit, le risque social n'est jamais fautif en soi, même s'il entraine des pertes sociales ou manque certains gains. Ne constituera une faute que la décision « *prise à la hâte, sans débat sérieux, ou sans étude suffisante* »[2653]. La mauvaise santé économique de la société ne présume pas de la faute de ses dirigeants, d'autant plus que ces derniers n'ont qu'une obligation de moyens s'agissant de la gestion de la société. Ainsi, selon la Cour d'appel de Versailles, « *la responsabilité d'un dirigeant social implique toujours la commission personnelle par lui d'une faute lors d'un acte de gestion ne relevant pas de la collectivité des associés, étant observé que si celui-ci est tenu d'une obligation générale de compétence, de diligence et d'action dans l'intérêt de la société, il ne contracte sur ce point qu'une obligation de moyens, sans que le mauvais état des affaires sociales ne permette de présumer sa faute de gestion dont la charge de la preuve incombe à la partie qui s'en prévaut* »[2654]. Cet arrêt, s'il a le tort de faire référence aux actes de gestion de l'assemblée générale qui n'existent pas[2655], a le mérite d'expliquer simplement l'obligation de bonne gestion du dirigeant dans l'intérêt social et de rappeler que la prise d'un risque social peut toujours conduire à un échec sans pour autant que ce risque soit fautif.

376. La notion de faute de gestion. La faute de gestion est une faute dans la réalisation d'un acte de gestion. Autrement dit, la faute de gestion résulte d'une faute dans la définition du risque social par le contrôlaire. Cette notion d'acte de gestion ne pose pas de difficulté. La jurisprudence applique un critère organique. Sont des actes de gestions les actes passés par les organes de gestion de la société ce qui exclut donc les décisions de l'assemblée générale[2656]. La faute de gestion ne peut donc, par définition, que concerner les fautes commises par ces organes de gestion.

La question se pose néanmoins de la faute commise par les administrateurs de sociétés anonymes. Madame Magnier considère que depuis la loi NRE, le conseil d'administration a

---

2652 CA Versailles, 17 mars 1998, RG n° 1996-346 : *Rev. sociétés* 1998, p. 828, note Y. GUYON ; *RJ com.* 1999, p. 331, note MAURY : « *les tribunaux n'étant pas juges de l'opportunité des décisions de gestion, les fautes potentielles commises par le président du conseil d'administration doivent s'apprécier en fonction de la régularité du processus qui a conduit à leur adoption, de leur caractère non anormal au moment où elles ont été prises en tenant compte de l'acceptation des risques générés par la gestion de toute société et du contrôle incombant au conseil d'administration* »

2653 D. SCHMIDT, « La responsabilité du conseil d'administration du fait de ses actes de gestion», préc., spéc. p. 16

2654 CA Versailles, 11 juin 1998 : *JurisData* n° 1998-055284 ; *Bull. Joly Sociétés* 1998, p. 1168, note R. BAILLOD

2655 V. *infra* n° 376

2656 V. la jurisprudence relative à l'expertise de gestion : Cass. com., 30 mai 1989, n° 87-18083 : *Bull. civ.* IV, n° 174 ; *JCP G* 1989, IV, p. 285 ; *JCP E* 1989, I, p. 223 ; Rev. sociétés 1989, p. 641 : « *Mais attendu que la cour d'appel a retenu à bon droit que la fixation de la rémunération du gérant d'une société à responsabilité limitée, dès lors qu'elle est décidée par l'assemblée des associés, ne constitue pas un acte de gestion entrant dans les prévisions de l'article 64-2 de la loi du 24 juillet 1966* » - Cass. com., 12 janv. 1993, n° 91-12548 : *Bull. civ.* 1993, n° 10 ; *JCP G* 1993, II, 22029, note Y. GUYON ; *Rev. sociétés* 1993, p. 426, note B. SAINTOURENS

perdu beaucoup de pouvoir et qu'il est aujourd'hui dépourvu d'un véritable pouvoir de gestion. Elle écrit que « *cet organe d'administration voit, à travers ses membres, sa responsabilité croitre, à l'heure où son rôle se réduit, au point que l'on pourrait s'interroger sur la nature des fautes imputables aux administrateurs, dès lors que leur comportement ne peut caractériser une faute de gestion* »[2657]. La jurisprudence n'a pas le même état d'âme. Elle qualifie expressément l'administrateur de dirigeant pour reconnaître sa faute de gestion. Elle l'a fait par exemple dans un arrêt de la Cour de cassation du 31 mai 2011[2658]. Le liquidateur d'une société avait agi en paiement de l'insuffisance d'actif contre ses administrateurs et la Cour d'appel avait fait droit à cette demande. Formant un pourvoi, les administrateurs tentèrent de s'exonérer de cette charge en faisant justement valoir que depuis la loi NRE, la direction générale était exclusivement confiée au directeur général et que le conseil d'administration étant privé du pouvoir de diriger la société ses membres ne pouvaient plus se voir qualifiés de dirigeants de droit. Dès lors, l'article L. 624-3 du code de commerce ne leur était plus applicable. La Cour de cassation rejeta leur argument au motif « *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 oeuvre, 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* ». La Cour était ensuite saisie de la qualification de la faute des administrateurs. La Cour d'appel avait retenu à bon droit que ces derniers avaient « *par leur absence totale et prolongée de réaction, commis une faute de gestion* ». Une telle solution était clairement attendue par la doctrine depuis la loi NRE[2659].

Il n'existe pas de normes de gestion à proprement parlé permettant d'apprécier objectivement la violation d'une obligation préexistante de bonne gestion. Comme l'écrit Monsieur Favario, si le standard de la faute de gestion renvoie « *à un manquement à un corpus de règles préexistant en matière de gestion. La difficulté change de nature car ce*

2657 V. MAGNIER, « Qu'est-ce qu'un administrateur « prudent et diligent », *Bull. Joly Sociétés* 2012, p. 75

2658 Cass. com., 31 mai 2011, n° 09-13975 : *Bull. civ.* 2011, IV ; *D.* 2011, p. 1551, note A. LIENHARD ; *Bull. Joly Sociétés* 2011, p. 817, note B. SAINTOURENS ; *JCP E* 2011, 1655, note B. DONDERO et A. COURET

2659 A. LIENHARD, note sous Cass. com., 31 mai 2011, n° 09-13975, préc. note 2658, spéc. n° 9

corpus n'a pas un contenu clairement défini. Il ne saurait, du reste, en aller différemment dès lors que le principe de la liberté du commerce et de l'industrie prévaut, entraînant dans son sillage la liberté de gestion »[2660]. L'appréciation de cette faute de gestion doit donc se faire au cas par cas, au regard des circonstances de fait. Elle se fait *in abstracto*. Il s'agit d'« *un écart de conduite des affaires de l'entreprise que n'eût point commis un gestionnaire prudent et avisé* »[2661].

377. Les différentes fautes de gestion. Il existe une grande variété de fautes de gestion pouvant se produire à tout moment de la vie de la société. Cela illustre parfaitement l'étendue du contrôle-direction. La première des fautes de gestion est tout simplement de s'être lancé dans la gestion des affaires d'une société dont le capital est manifestement insuffisant. Dans un arrêt de 1983, la Cour d'appel de Rouen a sanctionné les gérants d'une SARL en relevant que « *l'extrême modicité du capital social portait en elle-même le germe des difficultés qui allaient être révélées aux associés* », que « *la mise en fonctionnement de la société dans de telles conditions témoigne d'une légèreté certaine* » et que « *l'audace à entreprendre, louable en-soi, devient imprudence fautive si elle n'est pas servie par de rigoureuses qualités de gestion appliquées à un minimum de moyens* »[2662]. Le dirigeant de société doit donc s'assurer de disposer des moyens suffisants avant d'entreprendre quoi que ce soit. A défaut, il doit procéder à une gestion *a minima* des affaires sociales voire refuser ou quitter son mandat social.

La faute de gestion peut consister en une abstention. Le fait de ne rien faire ne saurait exonérer le dirigeant de sa responsabilité[2663]. En 1992, La Cour d'appel de Chambéry avait jugé qu'un administrateur, ayant accepté son mandat pour rendre service au président du conseil d'administration, ne saurait être responsable du passif de la société dès lors qu'il n'avait effectué aucun acte dans cette dernière et ne s'était aucunement préoccupé de sa bonne marche : son inaction, eu égard au peu d'intérêt qu'il avait dans la société, ne saurait constituer une faute de gestion. La Cour de cassation casse cet arrêt au motif « *qu'ayant accepté les fonctions d'administrateur, M. Y... était tenu à une surveillance et à un contrôle sérieux de l'administration de la société et que l'intérêt limité qu'il avait dans l'affaire ne*

2660 TH. FAVARIO, « La faute de gestion au sens de l'article L. 651-2 du Code de commerce », *Rev. proc. coll.* 2011, étude 15

2661 CH. FREYRIA, « Libres propos sur la responsabilité civile de la gestion d'une entreprise », *in Mélanges dédiés à Louis Boyer*, PUSS 1996, p. 179

2662 CA Rouen, 20 oct. 1983 : *D.* 1985, p. 161, note J.-J. DAIGRE ; *Rev. sociétés* 1984, p. 764, note M.-N. LEGRAND - V. également Cass. com., 19 mars 1996, n° 94-12004 : *Defrénois* 1996, art. 36371, note P. LE CANNU : « *le choix, lors de la création de l'entreprise, d'investissements inadaptés ou excessifs, compte tenu de leurs conditions prévisibles de financement, peut, à supposer les faits établis, constituer une faute de gestion ayant contribué à l'insuffisance d'actif* »

2663 A. BEBE EPALE, « l'administrateur inerte », *LPA* 3 oct. 2011, p. 6

pouvait justifier sa passivité »[2664]. Les dirigeants doivent s'assurer du bon fonctionnement social et engagent leur responsabilité en cas d'incompétence de leurs subordonnés[2665].

La faute de commission peut, quant à elle, être volontaire ou involontaire. Dans le premier cas, le dirigeant agit dans son propre intérêt au détriment de celui de la société. Il s'agit d'un comportement malhonnête qui consistera le plus souvent en un abus de biens sociaux. Ce dernier constitue d'ailleurs en lui-même une faute de gestion et ouvre droit à réparation[2666]. Constitue également une faute de gestion, le fait, pour le dirigeant, de concurrencer la société[2667] ou de privilégier le financement d'une autre société dans laquelle il a des intérêts[2668].

La faute de commission involontaire démontre quant à elle l'incompétence du dirigeant. Là où l'erreur est permise, l'inaptitude directoriale est sanctionnée[2669]. Les exemples sont encore

---

2664 Cass. com., 31 janv. 1995, n° 92-21548 : préc. note 491 - Cass. com., 3 févr. 1982, n° 80-10832 : préc. note 1422 - Cass. com., 31 mai 2011, n° 09-13975, préc. note 2658

2665 Cass. com., 14 déc. 1993, n° 91-20839 : *Bull. civ.* 1993, n° 473 : « *Mais attendu que l'arrêt relève que Mme X... s'était abstenue de " mettre en place une structure compétente et des outils de gestion fiables, permettant à la société et à elle-même, d'appréhender la situation économique et financière exacte et, en conséquence, de prendre en temps utile les mesures de redressement qui s'imposaient ", et que " cette anarchie totale dans la gestion... est... à l'origine de l'insuffisance d'actif qui a pu ainsi se créer et s'accroître, sans que la dirigeante puisse l'appréhender " ; que la cour d'appel a ainsi caractérisé l'existence d'une faute de gestion de Mme X... ayant contribué à l'insuffisance d'actif* » - V. également Cass. com., 11 juin 1991, n° 89-20653 : *RJDA* 1991, n° 852 : « *M. X... n'a pas accordé toute son attention à la gestion d'une entreprise naissante et fragile, comptant sur des subventions aléatoires et sur le soutien des banques pour se constituer une trésorerie, qu'il n'était présent au siège de l'entreprise qu'un jour par semaine, déléguant la plupart de ses pouvoirs à des collaborateurs recrutés dans la société en liquidation des biens dont le fonds de commerce avait été repris et où ils avaient fait preuve, pour le moins, d'une certaine incompétence* » - Cass. com., 7 juill. 1992, n° 90-19323 : *Bull. Joly Sociétés* 1992, p. 1192

2666 Cass. com., 29 févr. 2000, n° 96-15827 : *Bull. civ.* 2000, n° 42 ; *Bull. Joly Sociétés* 2000, p. 597 note B. SAINTOURENS ; *Dr. sociétés* 2002, comm. 88, note J.-P. LEGROS : « *Mais attendu, en premier lieu, que l'arrêt retient qu'au-delà de la qualification pénale d'abus de biens sociaux du prêt consenti par M. X... à un ami personnel, la privation de trésorerie qui en est résultée pour la société Semade a été à l'origine d'une faute de gestion, la société ayant été contrainte de souscrire de nouveaux emprunts et augmenter ainsi ses frais financiers ; que la cour d'appel a ainsi justifié sa décision* » - Cass. com., 16 sept. 2008, n° 07-15693 : inédit

2667 Cass. com., 4 mars 1969 : *Bull. civ.* 1969, n° 81 : « *qu'ayant enfin constaté que Claude Z... avait méconnu ses obligations de gérant de la société en continuant à percevoir son traitement tout en s'occupant des intérêts d'une entreprise concurrente, en contravention aux dispositions des statuts, la cour d'appel a pu retenir à la charge des époux A... le détournement de clientèle allégué* » - Cass. com., 6 oct. 1992, n° 90-19823 : *Bull. civ.* 1992, n° 287

2668 Cass. com., 14 déc. 1993, n° 91-21362 : *Rev. sociétés* 1994, p. 778, note M. PARIENTE : « *Mais attendu, en premier lieu, que la cour d'appel a relevé que la société Coquet avait, sur ses fonds propres et par le moyen d'emprunts souscrits par elle à moyen terme, financé, pour une somme totale de 3 200 000 francs, au seul profit de la SCI La Source, créée par les époux X..., tous les aménagements du bâtiment que cette dernière lui avait donné à bail moyennant un loyer annuel de 675 000 francs qu'elle a commencé à payer avant même d'avoir pu "prendre livraison des locaux" et que cette charge financière hors de proportion avec le profit pouvant résulter pour elle du transfert de son lieu d'exploitation avait, dès le mois de janvier 1985, absorbé la quasi totalité de ses bénéfices et contribué de façon directe à sa ruine, toute possibilité de redressement étant exclue par le manque de fonds propres ; qu'elle a ainsi, en effectuant les recherches demandées et en répondant, pour les écarter, aux conclusions invoquées, caractérisé à la charge de M. X... une faute de gestion ayant contribué à l'insuffisance d'actif* » - Cass. com., 7 oct. 1974, n° 73-13067 : *JCP G* 1975, II, 18129, note J. GRUA ; *RTD com*. 1976, p. 544, note R. HOUIN

2669 Cass. com., 14 mai 1991, n° 89-19081 : *Bull. civ.* 1991, n° 164 ; *JCP G* 1991, IV, p. 267 ; *BRDA* 30 juin 1991, p. 12 ; *RJDA* 1991, n° 852 : « *Mais attendu que, tant par motifs propres qu'adoptés, l'arrêt a retenu que MM. François et Jean-Louis X... qui, en créant au cours de 3 années d'activité de la société une insuffisance d'actif de 13 millions de francs, ont fait preuve d'une totale incompétence, ont malgré une cessation des paiements acquise en mai 1986, poursuivi abusivement l'exploitation déficitaire jusqu'en février 1987, ne procédant au " dépôt de bilan " qu'après avoir été assignés en redressement judiciaire ; qu'en l'état de ces constatations et appréciations, la cour d'appel qui a caractérisé la faute de gestion des dirigeants sociaux et le lien de causalité avec l'insuffisance d'actif constatée, à*

une fois nombreux. On peut par exemple reprocher au dirigeant d'avoir poursuivi des dépenses excessives de publicité et de communication alors même qu'il ne pouvait ignorer la situation déjà largement obérée de la société notamment en raison des délais de paiement qu'il avait demandés aux fournisseurs[2670]. Il fait également preuve d'incompétence lorsqu'il ne prend aucune mesure pour réduire le déficit d'exploitation tout en poursuivant des investissements disproportionnés au besoin de la société[2671] ou lorsqu'il se trompe en affirmant que les appels de fonds réalisés par un associé de SCI sont suffisants pour finir les travaux de construction[2672] ou en traitant les marchés de la société à des prix inférieurs au prix de revient suite à son incapacité à évaluer leur coût réel[2673] ou enfin en ne payant pas les dettes sociales exigibles[2674].

---

laquelle cette faute a contribué, n'a fait qu'user des pouvoirs qu'elle tient de l'article 180 de la loi du 25 janvier 1985 en les condamnant au paiement d'une partie des dettes sociales »

2670 Cass. com., 10 oct. 1995, n° 92-11412 : inédit : « *Mais attendu que l'arrêt retient que M. Y... n'a pu ignorer, dès la fin de l'année 1985, la situation très compromise de la société ; que c'est ainsi qu'il a dû, en janvier 1986, demander des délais de paiement aux fournisseurs et que les organismes sociaux ont engagé, en 1987, des poursuites pour des créances exigibles depuis 1985 ; que cette situation, provoquée par la défaillance de certains clients, ne s'est pas redressée puisqu'en 1987, le passif relevant des seules créances dues au fisc et aux organismes sociaux était passé de 900 000 francs à 1 800 000 francs ; que malgré cet ensemble d'éléments révélant une situation gravement obérée, le gérant a considérablement augmenté les frais de publicité et d'activités promotionnelles sans rapport avec les bénéfices immédiats susceptibles de profiter à la société ; qu'à défaut de fonds propres, le gérant n'a eu d'autres ressources, pour dégager une trésorerie, que de recourir de façon permanente à des mobilisations de créances professionnelles, l'effet principal de cette politique ayant été d'alourdir considérablement les frais financiers, tandis que la garantie Coface mise en place s'est révélée inadaptée, compte tenu de la complexité des procédures et des délais d'intervention ; qu'en l'état de ces constatations et appréciations, qui répondent, en les écartant, aux conclusions invoquées, la cour d'appel, effectuant les recherches prétendument omises, a pu estimer que M. Y... avait commis une faute de gestion au sens de l'article 180 de la loi du 25 janvier 1985* »

2671 Cass. com., 19 déc. 1995, n° 93-21340 : inédit : « *Mais attendu que l'arrêt retient, par motifs adoptés des premiers juges, que M. X... s'est contenté de rechercher des palliatifs à une situation de trésorerie de plus en plus obérée, et par motifs propres, que ce dirigeant n'a pris aucune mesure propre à faire face à la situation de la société en n'allégeant pas ses charges d'exploitation au regard d'une chute importante de son chiffre d'affaires, aggravant ainsi une situation déficitaire, tandis qu'à la même époque il effectuait de nouveaux investissements inadaptés aux besoins des activités de la société ; que la cour d'appel, répondant par là -même aux conclusions invoquées, a pu décider, l'application de l'article 180 de la loi du 25 janvier 1985 n'étant pas subordonnée à la constatation que la faute ayant contribué à l'insuffisance d'actif résulte d'une atteinte volontaire à l'actif social commise dans l'intérêt personnel du dirigeant, que M. X... avait commis une faute de gestion* »

2672 Cass. 3e civ., 2 juill. 1974, n° 73-11364 : *Bull. civ*. 1974, n° 277 ; *D.* 1974, inf. rap. p. 224 : « *qu'en second lieu, l'arrêt constatant que Winterrer a faussement affirmé le caractère suffisant des versements accomplis pour la parfaite terminaison des locaux, la cour d'appel a pu décider qu'il avait engagé sa responsabilité envers la société en commettant une erreur lourde dans l'accomplissement de ses fonctions, erreur qui avait engagé la responsabilité de la société à l'égard de Collard, et condamner Winterrer à garantir celle-ci de la totalité des condamnations prononcées contre elle* »

2673 Cass. com., 4 févr. 1980, n° 78-13760 : *Bull. civ*. 1980, n° 55 : « *mais attendu que l'arrêt constate que Renaud avait traité les marchés de son entreprise à des prix inférieurs aux prix de revient ou qu'il avait mal calculé leur coût eu égard au nombre et à la dispersion des chantiers ainsi qu'au manque de qualification du personnel, qu'il avait surestimé les créances sur la clientèle inscrites au bilan et en avait laissé prescrire certaines et qu'il avait "conservé les fonctions de gérant qu'il était incapable d'assurer, ce qui a amené la ruine de la société" ; que par ces seuls motifs, et abstraction faite de tous autres, la cour d'appel, qui a respecté le principe de la contradiction et les droits de la défense, sans relever d'office aucun moyen et sans excéder les termes du litige, a caractérisé aussi bien la faute commise par Renaud que son lien de causalité avec le préjudice subi par la société établissements Renaud* »

2674 Cass. com., 12 janv. 1993, n° 91-11558 : *Bull. Joly Sociétés* 1993, p. 336, note A. COURET : « *Mais attendu qu'ayant retenu que M. X..., qui était le dirigeant de la Sadia, avait différé le remboursement des sommes dont cette société s'est reconnue débitrice envers Mme Z..., la cour d'appel a pu décider que M. X... avait, en ne payant pas en temps utile la créance de Mme Z..., commis une faute, préjudiciable à ladite société, qu'il devait réparer en la garantissant du paiement des intérêts moratoires* »

378. L'appréciation de la faute de gestion. En principe, la faute de gestion s'apprécie *in abstracto* mais au regard des circonstances de l'espèce. Le comportement dénoncé doit donc être comparé à celui qu'aurait adopté un dirigeant normalement « *prudent* », « *diligent* », « *actif* » et « *expérimenté* » placé dans la même situation[2675]. De même, on ne saurait reprocher au dirigeant des évènements postérieurs à sa décision et imprévisibles. Comme l'énonçait Lagarde, « *pour émettre un jugement équitable, il faut se reporter à la date des fautes prétendues et ne pas accabler les défendeurs sous le poids d'une perspicacité rétroactive, suscitée par la connaissance de la catastrophe finale. Ce qu'on est en droit d'exiger des administrateurs sur le terrain de la responsabilité civile, ce n'est pas un don prophétique, mais seulement le souci d'éviter des mesures que l'on devait considérer comme déraisonnables au moment où elles ont été prises* »[2676].

δ : L'absence de faute détachable

379. Une indifférence du droit des sociétés. En matière de responsabilité du dirigeant à l'égard de la société, la jurisprudence a expressément exclu la nécessité d'une preuve d'une faute détachable. Ainsi, dans un arrêt du 15 mai 2007, la Cour de cassation a cassé un arrêt de la cour d'appel de Lyon qui avait rejeté l'action en responsabilité engagée par une société contre son gérant en retenant l'absence de faute de celui-ci qui fut détachable de ses fonctions de gérant et qui lui fut personnellement imputable. La Cour de cassation rend sa décision au motif que « *ces conditions ne sont exigées que pour la responsabilité du gérant envers les tiers* »[2677]. On ne peut d'ailleurs que constater qu'aucun texte ne prévoit de telles conditions s'agissant de la responsabilité des dirigeants sociaux.

Une telle sévérité à l'égard du dirigeant est parfaitement justifiée. D'abord, dans la relation entre la société et son représentant l'écran de la personnalité morale est totalement absent. Par définition, ce dirigeant est chargé d'agir au nom et pour le compte de la société. Il entretient une relation personnelle, directe, avec elle. Cela ne fait que conforter l'idée que le dirigeant social n'a pas pour rôle de définir l'intérêt social mais bien de l'apprécier, de tenter de s'en rapprocher au mieux. Dès lors, toute violation de cet intérêt social doit être sanctionnée et

---

2675 Y. GUYON, *Droit des affaires*, t. I, *Droit commercial général et sociétés*, préc., spéc. n° 459 p. 502 - G. RIPERT et R. ROBLOT, par M. GERMAIN et V. MAGNIER, *Traité de droit de affaires*, t. 2, *Les sociétés commerciales*, préc., spéc. n° 1758 p. 571

2676 G. LAGARDE, note sous CA Douai, 11 juill. 1957, *D.* 1957, p. 715, spéc. p. 718

2677 Cass. 1re civ., 17 mai 2007, n° 06-12317 : *Dr. sociétés* 2007, comm. 151, note R. MORTIER

cette sanction est d'autant plus justifiée que la société se trouve en position d'infériorité face à son représentant[2678].

ε : L'appréciation de la faute

380. Une appréciation en fonction de la rémunération du dirigeant. L'appréciation de la faute du dirigeant se fait *in abstracto*, autrement dit au regard d'un dirigeant normalement compétent et diligent[2679]. Cela lui interdira normalement de se prévaloir de toute considération personnelle pour voir sa faute atténuée, et notamment « *sa bonne foi ou son inexpérience* »[2680]. Par contre, il sera tout à fait possible au juge de tenir compte de la situation particulière dans laquelle se trouvaient le dirigeant et la société au moment de l'acte en cause. Un arrêt de la Cour d'appel de Reims a même pu retenir l'erreur commune au profit du dirigeant[2681]. En vertu de l'article 1992 alinéa 2 du Code civil, les magistrats tiennent également compte du fait que le dirigeant soit rémunéré ou non. Cette disposition énonce en effet que « *la responsabilité relative aux fautes est appliquée moins rigoureusement à celui dont le mandat est gratuit qu'à celui qui reçoit un salaire* ». Elle est reprise en droit spécial des sociétés où la responsabilité des administrateurs représentants des salariés dans les sociétés du secteur public s'apprécie « *en tenant compte du caractère gratuit de leur mandat* »[2682].

b : Un préjudice

381. L'exigence d'un préjudice réparable. La mise en jeu de la responsabilité, en droit français, nécessite l'existence d'un dommage réparable[2683]. Cette exigence est reprise par le Code civil et le Code de commerce dans le cadre de la responsabilité des dirigeants. En effet, les différents articles relatifs à cette responsabilité évoquent la contribution de chacun des

---

2678 PH. DIDIER, *De la représentation en droit privé*, LGDJ 2000, spéc. n° 206 - PH. DIDIER, « Les fonctions de la responsabilité civile des dirigeants sociaux », *in* « Colloque du 16 décembre 2002 sur la responsabilité des dirigeants sociaux », *Rev. sociétés* 2003, p. 238, spéc. p. 240 - S. MESSAI-BAHRI, *La responsabilité des dirigeants sociaux*, préc. spéc. n° 458 p. 160

2679 N. DEJEAN DE LA BATIE, *Appréciation* in concreto *et appréciation* in abstracto *en droit civil français*, LGDJ 1965

2680 D. GIBIRILA, *Le dirigeant de société*, préc., spéc. n° 522 p.430

2681 CA Reims, 10 nov. 1975 : préc. note 505 : le dirigeant ayant commis de graves irrégularités comptables, la Cour d'appel, au regard des circonstances de l'espèce, considère ces « *pratiques certes erronées mais excusables dans de telles conditions* »

2682 article 22 de la Loi n° 83-675 du 26 juillet 1983 relative à la démocratisation du secteur public : *JO* 27 Juillet 1983

2683 M. BACACHE-GIBEILI, *Traité de droit civil,* t. 5*, Les obligations ; la responsabilité civile extracontractuelle*, C. LARROUMET (dir.), Economica 2e éd. 2012, spéc. n° 355, p. 391 - G. VINEY et P. JOURDAIN, *Les conditions de la responsabilité*, préc. n° 247, p. 10 – X. PRADEL, *Le préjudice dans le droit de la responsabilité civile*, LGDJ 2003

éventuels codirigeants dans « *la réparation du dommage* »[2684]. Dans le cadre de la responsabilité pour insuffisance d'actif, c'est cette dernière qui constitue le préjudice subi par la société et qui doit être réparée[2685].

Un arrêt de la chambre commerciale de 1975 illustre cette condition. Une SARL avait agi en responsabilité pour faute contre son gérant. Ce dernier ayant personnellement pris à sa charge le passif social, la cour d'appel avait rejeté la demande en raison de l'absence de « *preuve d'un préjudice précis et déterminé* ». La Cour de cassation rejeta le pourvoi formé aux motifs que la cour d'appel n'avait fait qu'user de son pouvoir souverain d'apprécier les éléments de preuve qui lui étaient soumis. En effet, ses motifs ne limitaient « *nullement au montant du passif social la somme pour laquelle* [pouvait] *être mise en cause la responsabilité d'un gérant, mais* [faisaient] *seulement ressortir qu'en l'espèce la société n'apportait la preuve d'aucun préjudice dont la réparation dut être cumulée avec le passif dont X...* [avait] *assumé la charge* »[2686].

Le dommage doit, en outre, être direct, certain, personnel et porter atteinte à un droit acquis, conformément au droit commun de la responsabilité[2687].

382. Nature et évaluation du préjudice subi par la société *in bonis*. La plupart du temps, le préjudice est matériel. Il s'agit d'une perte subie ou d'un gain manqué[2688]. On peut citer, par exemple, le fait pour la société de ne pouvoir rembourser un compte courant d'associé[2689], de devoir répondre d'infraction[2690], de verser une prime au gérant et de payer du matériel pour une autre société[2691], de subir un redressement fiscal[2692], ou d'être « *ruinée* »[2693]. Le préjudice

---

2684 articles 1850 al. 2 du Code civil pour les sociétés civiles, L. 223-22 al. 2 du Code de commerce pour la SARL, L. 225-251 al. 2 et L. 225-256 al. 1 pour la SA, L. 225-251 al. 2 sur renvoi des articles L. 226-7, L. 227-8 et L. 229-1 pour la SCA, la SAS et la SE

2685 article L. 651-2 al. 1er du Code de commerce

2686 Cass. com., 3 nov. 1975, n° 74-12441 : *Bull. civ*. IV, n° 252

2687 D. GIBIRILA, *Le dirigeant de société*, préc., spéc. n° 527 p. 434

2688 articles 1149 du Code civil : « *Les dommages et intérêts dus au créancier sont, en général, de la perte qu'il a faite et du gain dont il a été privé* »

2689 Cass. com., 1er juill. 2008, n° 07-16215 : inédit : « *il y avait faute de gestion à avoir remboursé à M. X... au nom de la SCI, le compte courant d'associés des époux X... parce que ce faisant la SCI ne se serait pas acquittée de sa dette envers Mme X...* »

2690 Cass. com., 20 nov. 2007, n° 06-13993 et 06-13994 : inédit : « *le fait d'imposer les services spécifiques à tous les étudiants recherchant un logement, en violation du Code de la consommation constitue une faute de gestion du gérant qui, en mettant ainsi la société qu'il représente en infraction avec une règle d'ordre public dont elle doit répondre, agit contre l'intérêt social* »

2691 Cass. com., 7 juill. 2004, n° 01-11470 : inédit : « *M. Y... s'est rendu coupable de fautes de gestion commises au moyen de manœuvre frauduleuses caractérisées en s'étant fait attribuer une prime de 90 000 francs qui n'apparaissait pas dans ses feuilles de paie, en revendant à une société dont il était gérant du matériel acquis par la société ADI et en ne s'expliquant pas sur la disparition de matériel* »

2692 Cass. com., 7 oct. 1997, n° 94-18553 : *Bull. Joly Sociétés* 1997, p. 1074, note J.-J. DAIGRE ; *Dr. Sociétés* 1998, comm. 32, note D. VIDAL « *cette société s'étant vue notifier un redressement fiscal concernant le produit, non facturé, de la mutation du fonds de commerce transféré à la société Décor Hall, a assigné M. Z... devant le tribunal de commerce de la Roche-sur-Yon, en responsabilité pour faute* »

peut également consister en une perte de chance, par exemple de gagner un procès[2694] ou de réaliser des « *profits commerciaux* » en raison de la perte du contrôle d'une filiale[2695]. Enfin, il peut également être moral[2696].

L'évaluation du préjudice subi par la société *in bonis* est complexe car la faute du dirigeant s'insère dans une suite de décisions et d'évènements qui, sans être eux-mêmes fautifs, ont pu avoir des incidences sur le résultat réalisé par la société[2697]. Le préjudice doit donc faire l'objet d'une appréciation globale, non seulement des conséquences dommageables de la faute mais également des actes ultérieurs du dirigeant, dont l'objet a été de limiter le préjudice[2698].

383. Nature et évaluation du préjudice subi par la société en liquidation judiciaire. Lorsque la société est placée en liquidation judiciaire à la suite d'une procédure collective, le dirigeant fautif peut se voir condamner à supporter en tout ou partie l'insuffisance d'actif[2699]. C'est donc cette dernière qui constitue le préjudice social. Elle est caractérisée dès lors que

---

2693 Cass. com., 28 mai 2002, n° 98-20333 : *Dr. sociétés* 2003, comm. 105, note J.-P. LEGROS : « *Mais attendu qu'ayant relevé, par motifs adoptés, que M. X... s'était discrédité vis-à-vis de la clientèle en faisant preuve de déloyauté sur le plan commercial, n'établissait pas les avoirs correspondant aux retours, n'exécutait pas les livraisons, faisait contracter à la société des emprunts envers des membres de son personnel, s'était fait octroyer une rémunération mensuelle de 31 000 francs bruts alors que la société avait subi une perte nette de 898 823 francs, que certains clients avaient procédé à des paiements en espèces qui n'avaient fait l'objet d'aucune écriture comptable, et que ces fautes de gestion dolosives avaient conduit à la ruine de la société Meyric, lui causant ainsi un grave préjudice, la cour d'appel a légalement justifié sa décision* »

2694 Cass. com., 23 juin 2009, n° 08-15909 : inédit : « *Mais attendu qu'après avoir relevé qu'il appartenait à M. X..., en sa qualité de gérant de la SCI, chargé de l'intérêt collectif des associés, de contacter utilement ces derniers et de leur laisser la possibilité d'argumenter dans un sens différent de sa propre appréciation des obligations souscrites par la SCI, l'arrêt retient qu'en s'abstenant de le faire, il avait privé cette dernière, et indirectement ses associés qui l'avaient mandaté, d'une chance de voir l'association déboutée de ses prétentions, même si demeurait inconnu le résultat envisageable dans l'hypothèse où la SCI avait présenté une défense argumentée ; qu'en l'état de ces constatations et énonciations, caractérisant le lien de causalité entre cette carence et la perte de chance d'éviter la condamnation de la SCI, la cour d'appel a pu statuer comme elle a fait* »

2695 CA Lyon, 27 mai 2004, n° 2002/06151 : inédit : « *Attendu que la S.A.R.L. Institut des Algues Benthiques a subi un préjudice résultant pour le moins du fait qu'elle a perdu le contrôle de sa filiale, la société IBA (Malte) qu'elle entendait conserver comme prolongeant sa propre activité et par conséquence au minimum une chance de réaliser des profits commerciaux* »

2696 Cass. crim., 14 oct. 1985 : *BRDA* 1985, n° 23, p. 9 - V. également TGI Seine, 18 févr. 1966 : *RTD com*. 1967, p. 190, note R. HOUIN

2697 PH. MERLE, *Droit commercial, Sociétés commerciales*, préc., spéc. n° 405 p. 483

2698 Cass. soc., 3 avril 1990, n° 87-44904 : *Rev. sociétés* 1990, p. 625, note Y. G. : rendu à propos de la responsabilité d'une société mère, en qualité de dirigeante de sa filiale, envers les salariés de cette dernière : « *Mais attendu qu'ayant relevé à la fois que l'organisation du service commercial plus onéreux pour la société MF n'avait pas été mis en place par la société mère pour en tirer un bénéfice hors de proportion avec sa capacité de production, que l'utilisation des licences et du savoir-faire facturée par la société MSLPA n'avait jamais été réglée, que les frais excessifs supportés par la société MF n'étaient pas consécutifs à des prélèvements injustifiés mais à la poursuite d'une exploitation déficitaire compensée par des augmentations de capital réelles et que la signature en 1978 d'un moratoire coûteux avait été négociée dans le but de ne pas interrompre la production et donc de sauvegarder les emplois des salariés, qu'enfin, aucune solution n'avait pu être trouvée, le seul "repreneur" sérieux exigeant une importante subvention, la cour d'appel a pu en déduire que la société n'avait pas abusé de sa position à l'égard de sa filiale et n'avait donc pas commis de faute* »

2699 article L. 651-2 al. 1er du Code de commerce

l'actif social ne suffit plus à désintéresser les créanciers et donc à payer les dettes de la société[2700].

Le passif pris en compte est celui résultant des seules dettes antérieures au jugement d'ouverture[2701]. Il ne doit pas comprendre le passif né de la poursuite de l'activité[2702]. Il doit également être évalué au moment de la fin des fonctions du dirigeant si celle-ci a eu lieu avant le jugement d'ouverture[2703]. Enfin, le juge doit vérifier la prise en compte et la bonne évaluation de l'actif afin de s'assurer du caractère certain, et supérieur au montant de la condamnation, de l'insuffisance d'actif[2704]. Il faut toutefois noter qu'il n'est pas nécessaire que le montant de l'insuffisance d'actif soit définitivement fixé dès lors qu'il est certain[2705].

c : Un lien de causalité

384. Le principe : la preuve du lien de causalité. Il est nécessaire de prouver le lien de causalité entre la faute du dirigeant et le dommage subi par la société[2706]. Quand bien même

---

2700 C. SAINT-ALARY-HOUIN, *Droit des entreprises en difficulté*, préc. n° 1266 p. 854

2701 Cass. com., 18 mars 2008, n° 02-21616 : *JCP E* 2008, p. 2022, note CH. DELATTRE ; *Dr. société* 2008, comm. 151, note J.-P. LEGROS : « *Attendu qu'en se déterminant ainsi, sans vérifier si les indemnités de licenciement constituaient des dettes nées avant le jugement d'ouverture, qui seules peuvent être prises en compte pour la détermination de l'insuffisance d'actif, la cour d'appel a privé sa décision de base légale* »

2702 Cass. com., 28 avril 1998, n° 95-21969 : *Bull. Joly Sociétés* 1998, p. 1285, note PH. DELEBECQUE : « *Mais attendu que le moyen se borne à prétendre que la déclaration de la cessation des paiements de la société Normandie faite dans le délai légal par Mme Y... aurait, par suite de la possibilité de renoncer à la poursuite du contrat de bail en cours qu'offrait l'ouverture de la procédure collective, évité l'accumulation d'une dette de loyer postérieurement à cette renonciation ; que, dès lors que les dettes nées après le jugement d'ouverture et, par conséquent, celles postérieures à la renonciation, n'entrent pas dans le passif pris en compte pour la détermination de l'insuffisance d'actif pouvant être mise à la charge des dirigeants, ce moyen est inopérant* » - V. également Cass. com., 24 janv. 1989, n° 86-15246 : inédit - Cass. com., 28 févr. 1995, n° 92-18572 : inédit

2703 Cass. com., 28 sept. 2004, n° 02-10680 : inédit : « *Attendu que pour condamner la société Thalés, MM. Y..., Z..., A... et B... à payer partie des dettes sociales, l'arrêt, après avoir relevé que de 1994 à 1996, les capitaux propres de la société sont passés de moins 193 000 000 francs à moins 289 000 000 francs et à plus 22 000 000 francs, après recapitalisation à hauteur de 449 900 000 francs, retient qu'il existe une insuffisance d'actif proche de 190 000 000 francs et en tout cas supérieure à la somme de 125 000 000 francs ; Attendu qu'en se déterminant ainsi, sans préciser si l'insuffisance d'actif existait à la date à laquelle la société Thalés, MM. Y..., Z..., A... et B... avaient cessé leurs fonctions, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision* » - Cass. com., 1er févr. 2005, n° 03-13140 : inédit

2704 Cass. com., 26 juin 2001, n° 98-16520 : *Rev. proc. coll.* 2003, p. 164, note A. MARTIN-SERF : « *en se déterminant ainsi sans vérifier que l'insuffisance d'actif était certaine et supérieure au montant de la condamnation au jour où elle statuait, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision* »

2705 Cass. com., 28 mai 1991, n° 89-21116 : *Bull. civ.* 1991, n° 187 ; *D.* 1992, somm. p. 184, note A. HONORAT : « *Mais attendu que la cour d'appel a constaté que le passif social était de 2 643 294,40 francs tandis que l'actif s'élevait à 750 000 francs selon Mme Y... et à 265 000 francs selon le liquidateur, ce dont il résultait que l'insuffisance d'actif se montait à 1 893 294,40 francs suivant la gérante et à 2 348 294,40 francs suivant le liquidateur ; qu'ayant ainsi fait apparaître que l'insuffisance d'actif était, selon la propre estimation de Mme Y..., certaine et supérieure à la somme de 200 000 francs, la cour d'appel a justifié légalement sa décision* »

2706 Cass. com., 27 sept. 2005, n° 03-18952 : *Bull. Joly Sociétés* 2006, p. 512, note p. SCHOLER : « *Mais attendu que l'arrêt retient que la société AS Design connaissait les difficultés financières de la société pour les années 1996, 1997 et 1998 ; qu'en l'état de cette constatation, la cour d'appel, qui n'était pas tenue de répondre à la simple allégation d'un détournement d'actif, non assortie d'offre de preuve, a pu en déduire que l'absence de convocation d'une assemblée générale, à la supposer établie, était dépourvue de lien de causalité avec le préjudice allégué* » - Cass. req., 28 janv. 1908 : *DP* 1909, 1, p. 453 - Cass. com., 12 mars 1974 : préc. note 2634

cette preuve serait souvent difficile à rapporter[2707]. Néanmoins, la jurisprudence est relativement clémente à l'égard de la victime. Elle déduit souvent le lien causalité du simple constat d'un préjudice et d'une faute du dirigeant[2708], faisant naître ainsi une présomption de causalité pesant sur le dirigeant fautif[2709]. De même, lorsqu'il y a une pluralité de dirigeants responsables, ils peuvent être condamnés solidairement sans qu'il soit nécessaire de démontrer la contribution exacte de chacun dans le dommage[2710].

385. L'exception : la preuve de la contribution au dommage. La question du lien de causalité se pose essentiellement dans l'action pour insuffisance d'actif. En effet, l'article L. 651-2 alinéa 1er du Code de commerce ne fait pas référence expressément au lien de causalité mais à la simple « contribution » de la faute du dirigeant dans la réalisation du dommage : « *Lorsque la liquidation judiciaire d'une personne morale fait apparaître une insuffisance d'actif, le tribunal peut, en cas de faute de gestion ayant contribué à cette insuffisance d'actif, décider que le montant de cette insuffisance d'actif sera supporté, en tout ou en partie, par tous les dirigeants de droit ou de fait, ou par certains d'entre eux, ayant contribué à la faute de gestion* ». L'emploi de ce terme se justifiait, selon Monsieur Badinter, ministre de la Justice pendant les débats relatifs à la loi de 1985, car « *si l'on écrivait ayant causé cette insuffisance d'actif, on se heurterait pratiquement à une impossibilité de preuve. Ayant contribué signifie qu'il s'agit d'un des éléments intervenus dans le cadre de la création du passif. Le lien de causalité se trouve rétabli* »[2711]. Le législateur aurait donc préféré consacrer le principe de l'équivalence des conditions pour caractériser le lien de causalité dans l'action pour insuffisance d'actif[2712].

La théorie de l'équivalence des conditions a été développée à la fin du XIXème siècle par l'allemand Von Buri. Selon cet auteur, « *la somme totale des conditions qui ont pris une part quelconque à la production du phénomène doit être regardée comme cause de ce phénomène. Mais on peut, avec le même droit, considérer chacune de ces conditions isolément comme la*

2707 *JCl. Sociétés Traité*, Fasc. 132-10, par Y. GUYON et B. LE BARS, spéc. n° 57

2708 S. MESSAI-BAHRI, *La responsabilité des dirigeants sociaux*, préc., spéc. n° 48 p. 28

2709 D. GIBIRILA, *Le dirigeant de société*, préc., spéc. n° 528 p. 435

2710 Cass. req., 11 déc. 1929 : *Gaz. Pal.* 1930, 1, p. 300 : « *Attendu, d'une part, que l'art. 44 de la loi du 24 juillet 1867 dispose que les administrateurs d'une société anonyme peuvent être condamné individuellement ou solidairement, conformément au droit commun ; Attendu d'autre part, que, lorsqu'il y a une participation de plusieurs personnes à une faute dommageable, la réparation peut être ordonnée pour le tout contre chacune d'elles, s'il est impossible de déterminer la proportion dans laquelle chaque faute a concouru au dommage…* »

2711 *JOAN*, 11 avril 1984, p. 1382

2712 F. DERRIDA, P. GODE et J.-P. SORTAIS, *Redressement et liquidation judiciaires des entreprises*, préc., spéc. n° 579 p. 440 - D. GIBIRILA, *Le dirigeant de société*, préc., spéc. n° 598 p. 484 - S. MESSAI-BAHRI, *La responsabilité des dirigeants sociaux*, préc., spéc. n° 49 p. 29 - J.-P. SORTAIS, « Les contours de l'action en comblement de l'insuffisance d'actif », *in Le juge et le droit de l'économie - Mélanges en l'honneur de Pierre Bézard*, Montchrestien 2002, p. 321, spéc. p. 322

cause du phénomène. Car l'existence de celui-ci dépend à tel point de chacune d'entre elles que si l'on supprime une seule condition le phénomène lui-même disparaît »[2713]. La doctrine moderne s'accorde pour définir « l'équivalence des conditions » *a contrario* : constitue une cause du dommage tout événement sans lequel le dommage ne se serait pas produit[2714]. On peut alors se demander si la « contribution » à l'insuffisance d'actif constitue réellement une application de la théorie de l'équivalence des conditions. En effet, la loi n'établit pas de rapport entre la faute de gestion du dirigeant et le *quantum* de réparation dont il est tenu. L'article L. 651-2 alinéa 1er du Code de commerce dispose que « *le tribunal peut, en cas de faute de gestion ayant contribué à cette insuffisance d'actif, décider que le montant de cette insuffisance d'actif sera supporté, en tout ou en partie, par tous les dirigeants de droit ou de fait, ou par certains d'entre eux, ayant contribué à la faute de gestion* ». Il ne s'agit pas de mettre à la charge des dirigeants la part du passif engendrée par leur faute de gestion mais une fraction plus ou moins étendue de l'insuffisance d'actif sans qu'il n'y ait la moindre référence à une quelconque proportionnalité. Or ce passif peut trouver son origine non seulement dans la faute de gestion mais également en raison d'événements qui, même en l'absence de faute, auraient conduit à la déconfiture de la société. La Cour de cassation n'a d'ailleurs pas hésité à appliquer un tel raisonnement dans un arrêt du 30 novembre 1993 en énonçant que « *le dirigeant d'une personne morale peut être déclaré responsable sur le fondement de l'article 180 de la loi du 25 janvier 1985 même si la faute de gestion qu'il a commise n'est que l'une des causes de l'insuffisance d'actif et qu'il peut être condamné à supporter la totalité des dettes sociales, même si sa faute n'est à l'origine que d'une partie d'entre elles* »[2715]. La responsabilité pour insuffisance d'actif a donc pour particularité de ne nécessiter qu'un lien de causalité partiel avec le dommage pour que ce dernier puisse être intégralement réparé. On peut comprendre la responsabilité pour insuffisance d'actif comme une forme de sanction civile de l'incompétence des contrôlaires. Il s'agit d'un dévoiement de la responsabilité civile qui normalement a vocation réparatrice. Cette disposition serait donc une consécration des dommages et intérêts punitifs[2716]. Madame Vatinet justifie pourtant différemment cette

---

2713 M. VON BURI, *Über Causalität und deren Verantwortung*, Leipzig 1873, spéc. p. 1, traduit et cité par R. GUEX, *La relation de cause à effet dans les obligations extracontractuelles*, Thèse Lausanne 1904, spéc. p. 104

2714 J. FLOUR et J.-L. AUBERT, par E. SAVAUX, *Les obligations*, t. 2, *Le fait juridique*, Sirey 14e éd. 2011, spéc. n° 157 p. 192 - G. VINEY et P. JOURDAIN, *Les conditions de la responsabilité*, spéc. n° 339 p. 188 - PH. BRUN, *Responsabilité civile extracontractuelle*, Litec 2e éd. 2009, spéc. n° 232 p. 150

2715 Cass. com., 30 nov. 1993, n° 91-20554 : *Bull. civ.* 1993, n° 440 ; *Bull. Joly Sociétés* 1994, p. 410, note PH. PETEL - confirmé par Cass. com., 17 févr. 1998, n° 95-18510 : *Bull. civ.* 1998, n° 78 ; *D. affaires* 1998, p. 475, note A. L. ; *Bull. Joly Sociétés* 1998, p. 644, note J.-J. DAIGRE

2716 M. BACACHE-GIBEILI, *Traité de droit civil,* t. 5*, Les obligations ; la responsabilité civile extracontractuelle*, Economica 2e éd. 2012, spéc. n° 58 et s., p. 55 et s. et n° 585 et s., p. 664 et s. - S. CARVAL, *La responsabilité civile dans sa*

disposition qui en réalité interviendrait généralement en faveur des dirigeants sociaux. Elle s'expliquerait par le montant du préjudice subi par la société qui est bien souvent hors de proportion avec les capacités financières réelles du dirigeant ou de son assureur. Il serait illusoire de croire que le dommage subi serait intégralement réparé[2717].

2 : Responsabilité à l'égard des associés et des tiers

386. L'écran de la personnalité morale et la notion de tiers. La société étant dotée de la personnalité morale, elle est personnellement engagée par les actes accomplis en son nom par ses représentants[2718]. Il arrive pourtant que ces derniers, prétendant agir en qualité d'organe social, outrepassent les pouvoirs qui leur ont été conférés et causent un dommage à un tiers ou à un associé. Dès lors, il paraît souhaitable de pouvoir engager la responsabilité personnelle de ces dirigeants indélicats[2719].

Le fondement de la responsabilité des organes de gestion diffère donc selon la victime de leurs agissements. Il est donc nécessaire de s'intéresser à la distinction tiers, associé. Au sens large, un tiers est « *toute personne étrangère à une situation juridique* »[2720], autrement dit, toute personne étrangère à la relation entre la société et ses dirigeants. La difficulté réside dans la qualité de tiers ou non des associés. En vertu de la personnalité morale, les patrimoines de l'associé et de la société sont distincts. Les associés sont donc nécessairement des tiers dans les actes juridiques passés par la société[2721]. A l'inverse, en qualité de partie au contrat de société et de membre d'un groupement, les associés ne sauraient être considérés comme des tiers dans les relations sociales les unissant à la société et à ses dirigeants[2722].

Il s'agira donc d'étudier successivement la responsabilité personnelle du dirigeant à l'égard des tiers en général (a) puis plus particulièrement l'égard des associés (b).

---

fonction de peine privée, LGDJ 1995 – A. JAULT, *La notion de peine privée*, LGDJ 2005 - C. GRARE, *Recherche sur la cohérence de la responsabilité délictuelle*, Dalloz 2005

2717 R. VATINET, « La réparation du préjudice causé par la faute des dirigeants sociaux devant les juridictions civiles », *in* « colloque du 16 décembre 2002 sur la responsabilité civile des dirigeants sociaux », *Rev. Sociétés* 2003, p. 247, spéc. n° 6 p. 249

2718 L. MICHOUD, *La théorie de la personnalité morale, Son application au droit français*, 2ème éd. 1924, t.2 LGDJ spéc. p. 222, n° 271 - G. VINEY et P. JOURDAIN, *Les conditions de la responsabilité*, préc., spéc. p. 1072 et s.

2719 V. en faveur d'une mise en œuvre plus fréquente de cette responsabilité : F. DESCORPS DECLERE, « Pour une réhabilitation de la responsabilité civile des dirigeants sociaux », *RTD com*. 2003, p. 25

2720 CORNU G., ASSOCIATION HENRI CAPITANT, *Vocabulaire juridique*, préc., spéc. p. 1016

2721 D. CHOLET, « La distinction des parties et des tiers appliquée aux associés », *D*. 2004, p. 1141, spéc. n° 9 p. 1143

2722 H. LE NABASQUE, note sous Cass. com., 9 mars 2010, n° 08-21547 et 08-21793, préc. note 2636

a : La responsabilité personnelle du dirigeant à l'égard des tiers

387. Vers un assouplissement de la responsabilité pour faute détachable à l'égard des tiers ?. Abrité derrière l'écran de la personnalité morale qu'il représente, le dirigeant ne peut pas voir sa responsabilité personnelle engagée envers les tiers sauf lorsqu'il a commis une faute détachable de ses fonctions. Il n'en a pas toujours été ainsi[2723]. Dans un arrêt de 1961, la Cour de cassation avait retenu qu'un acte commis par un dirigeant dans le cadre de ses fonctions ne saurait « *soustraire ce dernier à la responsabilité personnelle encourue conformément aux règles du droit commun* »[2724]. La jurisprudence a également progressivement abandonné l'idée de faute de gestion pour admettre qu'une faute quelconque suffit pour engager la responsabilité du dirigeant à l'égard des tiers[2725]. Dans le même temps, on assistait à une évolution en faveur d'une limitation de cette responsabilité s'inspirant du droit administratif[2726].

Dès 1978, la jurisprudence a utilisé la notion de « *faute extérieure à l'exécution du contrat conclu entre la société et la victime* » pour écarter la responsabilité d'un gérant de société[2727]. Puis c'est le critère de la faute séparable des fonctions qui a été retenu par les magistrats. La Cour de cassation a ainsi relevé que « *la responsabilité personnelle d'un dirigeant à l'égard des tiers ne peut être retenue que s'il a commis une faute séparable de ses fonctions et qui lui soit imputable personnellement* »[2728]. La notion de faute séparable des fonctions a ensuite fait l'objet d'hésitations et de critiques doctrinales en raison de l'absence de définition précise[2729]. Elle semblait même quasiment impossible à démontrer. La jurisprudence avait ainsi écarté la responsabilité personnelle d'un dirigeant ayant délibérément violé un contrat de franchise

---

2723 M. BACACHE-GIBEILI, *Traité de droit civil,* t. 5*, Les obligations ; la responsabilité civile extracontractuelle*, préc., spéc. n° 187 et s., p. 218 et s.

2724 Cass. com., 28 nov. 1961 : *Bull. civ.* 1961, n° 446 ; *JCP G* 1962, II, 12504, note J. R. ; *RTD com.* 1962, p. 425, note RODIERE

2725 Cass. com., 4 mai 1982, n° 80-11460 : *Bull. civ.* 1982, n° 150 ; *Rev. sociétés* 1983, p. 573, 2ème esp., note Y. GUYON : « *en se décidant par ces motifs, alors que l'existence d'une faute de gestion n'était pas nécessaire pour retenir la responsabilité de M. A... à l'égard de M. Y..., la cour d'appel a violé le texte susvisé* »

2726 J.-P. METIVET, « Les articles 52, al. 1er, et 244 de la loi du 24 juillet 1966 et la responsabilité du dirigeant social envers les tiers », *in Rapp. C. Cass.* 1998, p. 111

2727 Cass. 1re civ., 31 mai 1978, n° 76-13667 : *Bull. civ.* 1978, n° 213 - Cass. com., 8 mars 1982, n° 79-10412 : *Bull. civ.* 1982, n° 92 ; *Rev. sociétés* 1983, p. 573, note Y. GUYON - Cass. com., 4 oct. 1988, n° 86-18974 : *Bull. civ.* 1988, n° 265 ; *Rev. sociétés* 1989, p. 213, note A. VIANDIER ; *RTD civ.* 1989, p. 86, note P. JOURDAIN

2728 Cass. com., 28 avril 1998, n° 96-10253 : *Bull. civ.* 1998, n° 139 ; *Bull. Joly Sociétés* 1998, p. 808, note P. LE CANNU ; *JCP E* 1998, p. 1258, note Y. GUYON ; *Dr. sociétés* 1998, comm. 114, note D. VIDAL ; *JCP G* 1998, II, 10177, note D. OHL ; *Rev. sociétés* 1998, p. 767, note B. SAINTOURENS - Cass. com., 9 mai 2001, n° 98-10260 : *Dr. sociétés* 2001, comm. 118, note F.-X. LUCAS ; *Bull. Joly Sociétés* 2001, p. 1020, note J.-F. BARBIERI ; *Banque et droit* 2001, n° 79, p. 36, note M. STORCK - Cass. com., 22 mai 2001, n° 98-16379 : *Dr. sociétés* 2001, comm. 146, note D. VIDAL ; *Bull. Joly Sociétés* 2001, p. 995, note J.-F. BARBIERI

2729 V. notamment B. PETIT et Y. REINHARD, « Responsabilité civile des dirigeants », *RTD com.* 1997, p. 282, spéc. p. 292 ; G. AUZERO, « L'application de la notion de faute personnelle détachable des fonctions en droit privé », *D. affaires.* 1998, p. 502, spéc. p. 503 et s. : ces auteurs proposant plutôt l'usage de la notion de faute lourde - WESTER-OUISSE, « Critique d'une notion imprécise : la faute du dirigeant séparable de ses fonctions », *D. affaires* 1999, p. 782

entrainant un acte de concurrence déloyale à l'égard du franchiseur[2730], ou ayant octroyé un cautionnement au nom de la société sans autorisation du conseil d'administration[2731], ou encore ayant menti sur l'existence d'une clause de réserve de propriété pour obtenir un crédit[2732], ou enfin, ayant déversé dans une cuve d'une propriété voisine le pétrole non conforme lui ayant été livré mais resté impayé[2733]. Une telle rigueur des juges dans l'admission de la faute détachable a pu faire dire à certains auteurs que les dirigeants sociaux bénéficiaient d'une véritable irresponsabilité personnelle[2734]. Un tel sentiment ne pouvant qu'être confirmé par les propos de Monsieur le Conseiller Métivet dans le rapport de la Cour de cassation de 1998[2735].

Il a fallu attendre un arrêt du 20 mai 2003 pour que la Cour de cassation définisse enfin la faute séparable des fonctions. Elle a énoncé que « *la responsabilité personnelle d'un dirigeant à l'égard des tiers ne peut être retenue que s'il a commis une faute séparable de ses fonctions ; qu'il en est ainsi lorsque le dirigeant commet une faute intentionnelle d'une particulière gravité incompatible avec l'exercice normal des fonctions sociales* »[2736]. L'emploi de l'expression « *il en est ainsi* » a conduit certains auteurs à penser que la notion de faute séparable ne se limitait pas à la seule faute intentionnelle d'une particulière gravité incompatible avec l'exercice normal des fonctions sociales mais constituait une catégorie

---

2730 Cass. com., 17 décembre 2002, n° 00-13484 : *Bull. Joly Sociétés* 2003, p. 423, note L. GODON : « *en se déterminant par ces seuls motifs, sans préciser en quoi M. X... aurait commis une faute personnelle détachable de ses fonctions de gérant de la société JVC Vaise, et après avoir relevé que les contrats de franchise sur le fondement desquels elle a estimé que les obligations y figurant avaient été violées, avaient été conclus entre la société Formaholt et différentes sociétés dont M. X... avait le contrôle, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision* »

2731 Cass. com., 20 oct. 1998, n° 96-15418 : *Bull. civ.* 1998, n° 254 ; *Dr. sociétés* 1999, comm. 3, note TH. BONNEAU ; *D.* 1999, jurispr. p. 639, note M.-H. DE LAENDER ; *JCP E* 1998, p. 2025, note A. COURET ; *Bull. Joly Sociétés* 1999, p. 88, note J. F. BARBIERI ; *RTD com.* 1999, p. 142, note PETIT ; *Rev. sociétés* 1999, p. 111, note B. SAINTOURENS : « *Mais attendu, en premier lieu, que c'est à bon droit que la cour d'appel a retenu que si M. X... avait commis une faute en ne vérifiant pas qu'il détenait toujours le pouvoir de consentir des cautionnements au nom de la société, cette faute n'était pas séparable de ses fonctions de directeur général et qu'il n'était ainsi pas établi que sa responsabilité personnelle était engagée* »

2732 Cass. com., 28 avril 1998, n° 96-10253 : préc. note 2728

2733 Cass. com., 27 janv. 1998, n° 93-11437 : *Bull. civ.* 1998, n° 48 ; *JCP E* 1998, pan. p. 302 ; *JCP G* 1998, n° 1629, p. 516 ; *Bull. Joly Sociétés* 1998, p. 535, note P. LE CANNU ; *D.* 1998, jurispr. p. 605, note D. GIBIRILA

2734 M. BACACHE-GIBEILI, *Traité de droit civil,* t. 5*, Les obligations ; la responsabilité civile extracontractuelle*, préc., spéc. n° 192, p. 218 - M. LAUGIER, « L'introuvable responsabilité du dirigeant social envers les tiers pour faute de gestion », *Bull. Joly Sociétés* 2003, p. 1231, spéc. n° 11 p. 1236 - WESTER-OUISSE, « Critique d'une notion imprécise : la faute du dirigeant séparable de ses fonctions », préc. spéc. p. 784 - F. DESCORPS DECLERE, « Pour une réhabilitation de la responsabilité civile des dirigeants sociaux », *RTD com.* 2003, p. 25, spéc. p. 29 - OHL, note sous Cass. com., 28 avril 1998, préc. note 2728, spéc. p. 1921

2735 J.-P. METIVET, « Les articles 52, al. 1er, et 244 de la loi du 24 juillet 1966 et la responsabilité du dirigeant social envers les tiers », préc. : « *Clairement et fortement affirmé ce principe, tirant la conséquence de la personnalité morale de la société, dont le dirigeant n'est que l'organe, met ce dernier à l'abri d'actions en responsabilité abusives, qui ne sont bien souvent qu'un palliatif recherché à la défaillance de la société, à la condition, contrôlée par la Cour de cassation, que la faute ne soit pas séparable des fonctions* »

2736 Cass. com., 20 mai 2003, n° 99-17092 : *JCP E*, 2003, 1399, p. 1580, note HADJI-ARTINIAN ; *Bull. Joly Sociétés* 2003, p. 786, note H. LE NABASQUE ; *JCP G* 2003, II, 10178, note S. REIFERGERSTE ; *D.* 2003, p. 2623, note B. DONDERRO

ouverte[2737]. Un arrêt du 28 mars 2010 l'a confirmé. Il dispose que *« le gérant d'une société à responsabilité limitée 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 »*[2738]. La faute pénale intentionnelle constitue donc également un cas de faute séparable des fonctions[2739].

Enfin, même si un arrêt de 2005 a mis l'accent sur le caractère intentionnel de l'acte dommageable, l'arrêt de 2003 ne ferme pas la porte à une extension de la définition de la faute de gestion. En effet, l'application de l'adage *Culpa lata dolus est*[2740] permettrait d'assimiler la faute lourde à la faute intentionnelle, comme le souhaitent de nombreux auteurs[2741].

388. Exemples de fautes détachables. En pratique, la mise en jeu de la responsabilité des organes de contrôle-direction à l'égard des tiers est rare, tant en raison des difficultés juridiques qu'elle entraine[2742], que du choix des victimes de s'adresser en priorité à la société souvent plus solvable que ses dirigeants[2743]. Néanmoins, la faute détachable, que l'on pensait « introuvable » en 2003, a permis depuis de sanctionner certains dirigeants. Peuvent ainsi être qualifiés de faute séparable : le fait de commettre des actes de contrefaçon[2744], de rompre brutalement des relations contractuelles[2745], d'opérer des prélèvements dans la trésorerie pour les faire échapper aux créanciers sociaux[2746], de signer trois contrats de sous-licence, en

---

2737 H. LE NABASQUE, note sous Cass. com. 20 mai 2003, préc. note 2736, spéc. p. 794 - M. BACACHE-GIBEILI, *Traité de droit civil,* t. 5*, Les obligations ; la responsabilité civile extracontractuelle*, préc. spéc. n° 193, p. 220

2738 Cass. com., 28 sept. 2010, n° 09-66255 : *Bull. civ.* 2010, n° 146 ; *D.* 2010, p. 2290, note A. LIENHART ; *Rev. sociétés* 2011, p. 97 note B. DONDERO ; *Bull. Joly Sociétés* 2010 p. 976, note A. COURET

2739 M. ROUSSILLE, « Responsabilité du gérant de SARL : la faute pénale intentionnelle est détachable », *JCP E* 2010, 2084

2740 H. ROLAND et L. BOYER, *Adages du droit français*, Litec 4e éd. 1999, spéc. n° 72 p. 133

2741 B. DONDERRO, note sous Cass. com., 20 mai 2003 : préc. note 2736 spéc. n° 8 p. 2625 - V. également les auteurs cités note 2734

2742 V. M. LAUGIER, « L'introuvable responsabilité du dirigeant social envers les tiers pour faute de gestion », préc.

2743 B. LE BARS, « Faute séparable des fonctions : la porte demeure ouverte à une analyse extensive », note sous Cass. com., 25 janv. 2005 : *Bull. Joly Sociétés* 2005, p. 599

2744 Cass. com., 7 juillet 2004, n° 02-17729 : *Bull. Joly Sociétés* 2004, p. 1531, note H. LE NABASQUE ; *Option fin.* 28 févr. 2005, p. 30, note A. CHARVERIAT ; *Propr. intell.* 2005, n° 16, p. 363, note J. PASSA : « *Attendu que la cour d'appel a constaté, sans dénaturer les conclusions déposées devant elle par M. X..., que celui-ci avait participé de façon active et personnelle aux actes dénoncés dont il a revendiqué la qualité d'initiateur ; qu'ayant ainsi fait ressortir qu'il avait intentionnellement commis des actes de contrefaçon, la cour d'appel, abstraction faite du moyen inopérant évoqué à la deuxième branche, en a exactement déduit que M. X... avait commis une faute séparable de ses fonctions engageant sa responsabilité personnelle* » - Cass. com., 25 janv. 2005, n° 01-10740 : *Bull. Joly Sociétés* 2005, p.599, note B. LE BARS

2745 Cass. com., 26 juin 2007, n° 06-13566 : *RTD com.* 2008, p. 128, note B. DONDERO et P. LE CANNU : « *Mais attendu qu'en se déterminant ainsi, sans rechercher si le fait pour M. X..., dirigeant des sociétés Proservices, Procom et Nort'on, par l'intermédiaire de ces sociétés, d'interrompre brutalement de façon injustifiée ses relations avec une société en réduisant à néant son activité, de s'opposer à la désignation judiciaire d'un mandataire demandée par cette société et, enfin, de cesser la livraison des commandes passées par ses clients directement à son dirigeant, ne constituait pas des fautes détachables de ses fonctions, la cour d'appel à privé sa décision de base légale* »

2746 Cass. com., 6 nov. 2007, n° 05-13402 : *Dr. sociétés* 2008, comm. 27, note R. MORTIER ; *Rev. Lamy dr. aff.* janv. 2008, p. 15, note A. FAUSSURIER : « *Mais attendu, en premier lieu, qu'après avoir constaté que la SCI avait été informée dès les 6 et 14 juin 1988 du contentieux qui prenait naissance avec les acquéreurs, l'arrêt relève qu'aucune provision n'a*

sachant que les brevets correspondants n'avaient été, ni délivrés, ni publiés[2747], de ne pas provisionner le montant des dommages et intérêts dus à un cocontractant en vertu de condamnations judiciaires[2748], ou encore de ne pas avoir souscrit au nom de la société une assurance obligatoire[2749].

389. Une jurisprudence *contra legem*. Si l'on s'intéresse plus en détail au fondement textuel de cette responsabilité personnelle pour faute séparable des dirigeants sociaux, on ne peut que se trouver surpris de la construction juridique soutenant ce principe. Les magistrats eux-mêmes semblent peu sûrs de leur fait. En effet, si à l'origine les décisions rendues l'étaient au visa de l'article 1382 du Code civil[2750], les arrêts plus récents le sont au visa des

---

été comptabilisée pour le montant prévisible de ces litiges et qu'au contraire, la SARL a pratiqué dans la trésorerie de la SCI, dès le 16 juin 1988, soit alors qu'elle venait de prendre connaissance des litiges à venir, un prélèvement par anticipation sur les bénéfices dont le montant excessif a suffi à mettre en péril la société et l'a conduite à la cessation des paiements, et retient que la faute ainsi commise traduit la volonté délibérée de faire échapper cette somme au gage des créanciers de la SCI ; qu'en l'état de ces constatations et appréciations établissant que la SARL avait commis une faute intentionnelle d'une particulière gravité incompatible avec l'exercice normal de ses fonctions de gérante de la SCI, la cour d'appel, qui a fait la recherche visée par la deuxième branche, a légalement justifié sa décision »

2747 Cass. com., 26 février 2008, n° 05-18569 : *Bull. Joly Sociétés* 2008, p. 657, note P. LE CANNU : « *mais attendu que le dirigeant qui commet intentionnellement une faute d'une particulière gravité, incompatible avec l'exercice normal des fonctions sociales, engage sa responsabilité personnelle ; que la cour d'appel, relevant que M. X... avait, en qualité de gérant, signé trois contrats de sous-licence, alors qu'il savait que les brevets correspondants, pour lesquels il avait personnellement déposé une demande en son nom, n'avaient été, ni délivrés, ni publiés, a, abstraction faite des motifs surabondants critiqués par les deux dernières branches du moyen, pu en déduire qu'il avait engagé sa responsabilité personnelle* »

2748 Cass. com., 10 février 2009, n° 07-20445 : *Rev. sociétés* 2009, p. 328, note J.-F. BARBIERI ; *Bull. Joly Sociétés* 2009, p. 499, note S. MESAÏ-BAHRI ; *JCP E* 11 juin 2009, p. 34, note B. DONDERO ; *Dr. sociétés* 2009, comm. 143, note J.-P. LEGROS ; *RTD civ.* 2009, p. 537, note P. JOURDAIN : « *Attendu que pour rejeter la demande formée par la société de gestion Pierre X..., l'arrêt, après avoir relevé qu'il était reproché à MM. Albert et Yves Z... de ne pas avoir provisionné au bilan de la société MMS International, à compter de l'exercice 2000, le montant des redevances dues par cette société jusqu'au terme des trois contrats de licence abusivement résiliés, puis le montant des condamnations mises à sa charge par les trois jugements prononcés par le tribunal de commerce en 2002, en dépit des réserves émises de façon répétée par le commissaire aux comptes, retient que la décision de ne pas constituer de provision particulière pour les années 2000 à 2003 a été prise par le conseil d'administration et approuvée par l'assemblée générale de la société MMS International et qu'à supposer même qu'elle soit susceptible de constituer une faute à l'encontre des dirigeants de celle-ci, elle ne pourrait être considérée comme détachable de leurs fonctions, une telle décision entrant parfaitement dans le cadre de celles-ci ; Attendu qu'en se déterminant ainsi, sans rechercher si les décisions litigieuses ne constituaient pas de la part de leurs auteurs, même agissant dans les limites de leurs attributions, des fautes intentionnelles d'une particulière gravité incompatibles avec l'exercice normal de leurs fonctions sociales, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision* »

2749 Cass. com., 18 mai 2010, n° 09-66172 : *Bull. Joly Sociétés* 2010, p. 812, note B. DONDERO ; *JCP E* 16 sept. 2010, p. 33, note M. ROUSSILLE ; *Dr. société* 2010, comm. 161, note M. ROUSSILLE : « *Mais attendu que l'arrêt constate qu'il résulte du registre du commerce et des sociétés que la société J.J. Y... avait pour objet la création et l'entretien de jardins et d'espaces verts ; qu'il retient que les travaux que cette société a réalisés pour le compte de Mme X..., à savoir notamment la pose de pavés et d'un dallage sur une dalle en béton armé dosé à 250 kg et la construction de trois piliers d'une hauteur de deux mètres en béton armé avec habillage en plaquettes de pierre n'entraient pas dans l'objet social de la société J.J. Y... ; que l'arrêt ajoute que ces travaux, réalisés en 2001, faisaient appel aux techniques de travaux du bâtiment et étaient par conséquent soumis à l'assurance obligatoire instituée par l'article L. 241-1 du Code des assurances dans sa rédaction alors applicable ; qu'il relève encore que M. Y... a accepté que la société dont il était le gérant exécute des travaux qui n'entraient pas dans l'objet social de cette société et qui n'étaient pas couverts par une assurance de responsabilité décennale ; qu'en l'état de ces constatations et appréciations établissant que M. Y... a commis une faute intentionnelle d'une particulière gravité incompatible avec l'exercice normal de ses fonctions de gérant de la société J.J. Y... la cour d'appel a légalement justifié sa décision* » - Cass. com., 4 juillet 2006, n° 05-13930 : *Bull. civ.* 2006, n° 166 : *Bull. Joly Sociétés* 2007, p. 93, note B. DONDERO ; *RTD com.* 2006, p. 848, note C. CHAMPAUD, et D. DANET ; *Dr. sociétés* 2006, comm. 143, note J. MONNET et H. HOVASSE - Cass. com. 28 sept. 2010, n° 09-66255 : préc. note 2738

2750 V. par ex. Cass. 1re civ., 31 mai 1978, n° 76-13667 : préc. note 2727 - Cass. com., 8 mars 1982, n° 79-10412 : préc. note 2727 - Cass. com., 4 oct. 1988, n° 86-18974 : préc. note 2727

articles L. 223-22 ou L. 225-251 du Code de commerce, ou 1850 du Code civil[2751]. La notion de faute détachable doit donc être rattachée, semble-t-il, au droit spécial de la responsabilité des dirigeants sociaux et non au droit commun de la responsabilité délictuelle. Un tel constat impose une observation. La responsabilité des dirigeants sociaux repose sur une faute légalement définie. Celle-ci est constituée dès lors que le dirigeant a commis une infraction aux dispositions législatives ou réglementaires, ou une violation des statuts ou enfin une faute de gestion. Pourtant, le dirigeant n'est personnellement responsable à l'égard des tiers que s'il commet une faute « *séparable de ses fonctions* » : une faute « *incompatible avec l'exercice normal des fonctions sociales* »[2752]. Par définition, cette faute ne peut donc pas constituer une faute de gestion. Elle en est même l'exact opposé. La responsabilité personnelle des dirigeants à l'égard des tiers devrait donc être fondée sur le droit commun de la responsabilité délictuelle[2753]. Néanmoins, fonder la responsabilité pour faute détachable sur les textes relatifs au droit commun de la responsabilité des dirigeants sociaux a pour intérêt d'unifier le régime de ces actions et notamment la prescription abrégée de trois ans[2754].

b : La responsabilité personnelle du dirigeant à l'égard des associés

390. La réparation d'un préjudice distinct de celui de la société. La loi prévoit la possibilité pour un associé de voir son propre préjudice réparé. Les articles 1843-5 du Code civil, L. 223-22 et L. 225-252 du Code de commerce le visent expressément. La première difficulté relative à la réparation du préjudice des associés du fait du dirigeant repose encore une fois sur l'écran de la personnalité morale. En effet, la société est une personne morale distincte des associés partis au contrat. Elle est donc la première victime des agissements de son représentant légal. L'atteinte aux droits patrimoniaux des associés sera, en principe, automatiquement réparée par la reconstitution du patrimoine social anormalement diminué. Ainsi, l'associé qui se plaint de la vente à perte de ses droits sociaux « *ne fait pas valoir un préjudice qui lui soit spécial* […] ; *il ne s'agit en l'espèce que du préjudice subi par la société elle-même par suite d'une mauvaise gestion* […], *le dommage causé à l'actionnaire n'en est*

2751 V. par ex. Cass. com., 23 nov. 2010, n° 09-15339 : *Bull. Joly Sociétés* 2011, p. 186, note J. COUARD ; *Rev. sociétés* 2011, p. 33, note A. LIENHARD - Cass. com., 18 mai 2010, n° 09-66172 : préc. note 2749 - Cass. com., 10 février 2009, n° 07-20445 : préc. note 2748 - Cass. com. 27 sept. 2005, n° 04-11183 : *Dr. sociétés* 2006, comm. 7, note J. MONNET - Cass. com. 25 janv. 2005, n° 01-11377 : inédit

2752 Cass. com., 20 mai 2003, n° 99-17092 : préc. note 2736

2753 V. en ce sens, WESTER-OUISSE, « Critique d'une notion imprécise : la faute du dirigeant séparable de ses fonctions », préc. spéc. p. 784

2754 B. PETIT et Y. REINHARD, « Responsabilité civile des dirigeants », préc., spéc. p. 290

que le corollaire »[2755]. La jurisprudence réaffirme donc régulièrement que « *la dépréciation des titres d'une société découlant des agissements délictueux de ses dirigeants constitue, non pas un dommage propre à chaque associé, mais un préjudice subi par la société elle-même* »[2756]. L'action *ut singuli* leur permet alors de passer outre l'obstruction des organes sociaux pour obtenir réparation du préjudice social.

Les juridictions pénales ont pu sembler, un temps, plus souples en matière d'admission du préjudice personnel de l'associé. Elles admettaient ainsi facilement que ce dernier puisse se porter partie civile en cas de présentation ou publication de comptes infidèles[2757], ou d'abus de biens sociaux[2758]. La chambre criminelle a pourtant fini par se ranger du côté des juridictions civiles et admettre à son tour que la perte de valeur des titres ne pouvait constituer en soi un préjudice personnel de l'associé[2759].

L'associé ne sera donc considéré comme un tiers que s'il démontre qu'il a subi « *un préjudice personnel, distinct de celui subi par la société* »[2760]. Il ne pourra donc s'agir que de l'atteinte à un droit propre de l'associé. En premier lieu, le comportement fautif du dirigeant a pu porter atteinte aux droits pécuniaires de l'associé. On peut, par exemple, citer l'obtention

---

2755 Cass. com., 26 janv. 1970 n° 67-14787 : *Bull. civ*. 1970, n° 30 ; *Rev. société* 1970, p. 477, note G.-J. ; *D*. 1970, p. 643 note J. GUYENOT ; *JCP E* 1970, II, 16385 note Y. GUYON

2756 Cass. crim., 13 déc. 2000, n° 99-80387 : *Bull. crim*. 2000, n° 373 ; *RTD com.* 2000, p. 446, note C. CHAMPAUD et D. DANET ; *Dr. et patrimoine* oct. 2001, p. 103, note D. PORACCHIA - Cass. com., 4 mars 1986, n° 84-15282 : *Bull. civ.* 1986, n° 42 ; *RJ com.* 1987, p. 174, note CHERCHOULY-SICARD - Cass. com., 1er avril 1997, n° 94-18912 : *Bull. Joly Sociétés* 1997, p. 650, note J.-F. BARBIERI ; *RTD com*. 1997, p. 647, note PETIT et REINHARD ; *RJDA* 1997, n° 659

2757 Cass. crim., 30 janv. 2002, n° 01-84256 : *Bull. crim*. 2000, n° 14 ; *D.* 2002, act. jurispr. p. 1144 ; *Dr. et patrimoine* mai 2002, p. 99, note J.-F. RENUCCI ; *JCP E* 2002, p. 1201 ; note J. CELLIER ; *Bull. Joly Sociétés* 2002, p. 797, note J.-F. BARBIERI : « *Attendu que, le 10 mai 2000, l'avocat de Y..., mis en examen pour présentation de comptes infidèles, diffusion de fausses informations, distribution de dividendes fictifs, faux et usage et abus de biens sociaux, a saisi le juge d'instruction d'une demande tendant à voir déclarer irrecevable la constitution de partie civile de Z... ; que, par ordonnance du 29 mai 2000, le juge d'instruction a rejeté cette demande ; Attendu que, pour confirmer cette décision, les juges retiennent que Z... a acheté ses titres avant la publication des comptes de l'exercice 1993 et qu'il agit en son nom propre afin d'obtenir réparation du préjudice résultant de la publication de comptes infidèles ; Attendu qu'en l'état de ces motifs, exempts d'insuffisance, et dès lors que le délit de présentation ou publication de comptes infidèles peut causer un préjudice personnel direct aux associés ou porteurs de titres d'une société, la chambre de l'instruction, qui a répondu aux chefs péremptoires des conclusions dont elle était saisie, a justifié sa décision* »

2758 Cass. crim., 9 nov. 1992, n° 92-81432 : *Bull. crim*. 1992, n° 361 ; *Rev. sociétés* 1993, p. 433, note B. BOULOC ; *Bull. Joly Sociétés* 1993, p. 317 : « *Attendu que le délit d'abus des biens ou du crédit d'une société ne cause de préjudice direct qu'à la société elle-même et à ses actionnaires ; que les créanciers de la société ne peuvent souffrir que d'un préjudice qui, à le supposer établi, serait indirect et dont la réparation, dès lors, ne pourrait être demandée qu'aux juridictions civiles* »

2759 Cass. crim., 13 déc. 2000, n° 99-84855 : *Bull. crim.* 2000, n° 378 ; *D.* 2001, act. jurispr., p. 926, note M. BOIZARD ; *Bull. Joly Sociétés* 2001, p. 499, note J.-F. BARBIERI ; *JCP E* 2001, p. 1138, note J.-H. ROBERT : « *Attendu que la dévalorisation du capital social découlant du délit d'abus de pouvoirs, commis par un dirigeant de société, constitue non pas un dommage propre à chaque associé, mais un préjudice subi par la société elle-même* » - Cass. crim., 12 sept. 2001, n° 01-80895 : *Dr. pén*. janv. 2002, p. 16, note J.-H. ROBERT - Cass. crim., 5 déc. 2001, n° 01-80065 : *Bull. Joly Sociétés* 2002, p. 492, note H. LE NABASQUE - Cass. crim., 5 mai 2004, n° 03-82801 : *Dr. sociétés* 2004, comm. 159, note SALOMON

2760 Cass. com., 9 mars 2010, n° 08-21547 : préc. note 2636 - D. CHOLET, *La distinction des parties et des tiers appliquée aux associés*, préc., spéc. n° 25 p. 1148 - J. HEMARD, F. TERRE et P. MABILAT, *Sociétés commerciales*, t. II, préc., spéc. n° 1194 p. 951

dolosive de souscriptions[2761] ou le détournement des fonds versés à cet effet[2762], le refus de délivrer les actions souscrites[2763], les manœuvres d'un dirigeant visant à empêcher le versement des dividendes dus[2764] ou leur détournement[2765], ou enfin la perte des titres sociaux, par exemple suite à leur vente motivée par de fausses informations[2766]. L'associé peut aussi subir un dommage du fait de l'atteinte à l'un de ses droits politiques. Il en est ainsi lorsqu'il est empêché de participer aux assemblées générales[2767], lorsqu'on lui refuse la communication de certains documents[2768] ou lorsqu'il est obligé de recourir aux services d'un

---

2761 Cass. crim., 26 janv. 1938 : *S.* 1939, JP, p. 49, note ROUSSEAU ; *Gaz. pal.* 1938, 2, 193 : dans le cadre d'une augmentation de capital, administrateur avait « *par publication de fait faux, obtenu des souscriptions et des versements* », un associé ayant souscrit demanda la réparation de son préjudice. L'administrateur soulèva que quitus lui avait été donné. La Cour de cassation rejeta le pourvoi au motif que l'action tendait à la réparation « *du dommage causé personnellement* » à l'associé et qu'elle constituait « *non une action sociale mais une action individuelle, et qu'à l'exercice de cette action ne pouvait faire échec le quitus de sa gestion accordé* [à l'administrateur] » - CA Lyon, 16 sept. 1960 : *Gaz. Pal.* 1961, 1, p. 164

2762 Cass. req., 30 oct. 1945 : *S.* 1947, JP p. 45, note PLAISANT : « *c'est à bon droit que la Cour, constatant que les souscripteurs d'actions demandaient le remboursement, à titre de dommages-intérêts, des sommes versées par eux, que Marcais, fondateur de la société, avait laissé dilapider avant même la constitution régulière de celle-ci, a décidé que les actionnaires n'exerçaient pas une action sociale, mais des actions individuelles tendant à la réparation d'un préjudice personnel* »

2763 Cass. civ., 26 nov. 1912 : *DP* 1913, 1, p. 377, note THALLER : des associés demandèrent réparation de leur préjudice après que l'augmentation de capital à laquelle ils avaient participé fut annulée par la faute du dirigeant. Ils demandaient notamment réparation du fait des sommes remises à la société « *pour achat de titres non livrés* ». La Cour de cassation cassa l'arrêt les ayant déboutés de cette demande au motif « *que les demandeurs n'étaient pas investis d'une action individuelle* »

2764 Cass. req., 5 juill. 1933 : *S.* 1935, JP, p. 89, note ROUSSEAU : « *Mais attendu que la Cour d'appel déclare que l'action engagée par Girard et autres tend à faire prononcer la nullité des décisions prises par les assemblées générales des 11 juin 1927, 16 juin 1928 et 12 juin 1929, motif pris de ce que le vote de ces assemblées a été obtenu par la production de comptes volontairement erronés qui, en faisant disparaître l'existence de tous bénéfices, ont, par la même, empêché la distribution de dividendes ; qu'ainsi, en alléguant les agissements dolosifs des administrateurs et en sollicitant l'allocation de dommages-intérêts destinés à réparer le préjudice en résultant pour chacun des porteurs de titres, les demandeurs ont, en l'espèce, à coté de l'action sociale exercé, comme ils en avaient le droit, une action présentant bien le caractère d'une action individuelle ; d'où il suit qu'en statuant comme elle l'a fait, la Cour de Lyon n'a violé aucun des textes visés au moyen* »- Cass. req., 29 oct. 1934 : *DP* 1934 p. 538

2765 CA Paris, 2 mai 1935 : *Gaz Pal.* 1935, 2, p. 113 : La Cour d'appel de Paris admet l'action individuelle formée par un associé en paiement des dividendes qui ne lui avaient jamais été versés au motif « *qu'en votant la distribution d'un dividende, l'assemblée générale d'une société consacre au profit de l'actionnaire un droit de créance…* »

2766 Cass. com., 8 nov. 2005, n° 03-19679 : *RJDA* 2006, n° 271 : en l'espèce, les majoritaires avaient proposés aux minoritaires une réduction de capital par voie de rachat d'action : « *Mais attendu que l'arrêt relève que l'opération de réduction du capital, enfermée dans la limite de 300 000 francs correspondant au montant du capital détenu par les actionnaires minoritaires, était en fait réservée à ceux-ci, que l'offre de rachat des titres a été faite pour une valeur notoirement inférieure à leur valeur réelle, que les actionnaires majoritaires et dirigeants de la société avaient pleinement conscience de cette valeur dont les actionnaires minoritaires n'ont pas été informés et que l'opération a été faussement présentée comme motivée par l'existence d'excédents de trésorerie alors que sa cause réelle résidait dans l'élimination des actionnaires minoritaires ; qu'en l'état de ces constatations, d'où il résulte que les administrateurs avaient intentionnellement induit en erreur les actionnaires minoritaires sur les causes et les conditions de l'opération proposée et ainsi commis des fautes engageant leur responsabilité à l'égard de ceux-ci, la cour d'appel, abstraction faite du motif surabondant que critique la dernière branche, a légalement justifié sa décision* »

2767 CA Montpellier, 17 déc. 1930 : *DP* 1933, 2, p. 45 : « *comme président du conseil d'administration, Descous a commis et laissé commettre les diverses irrégularités dont l'objet était d'éloigner Tardieu des assemblées* […] ; *qu'à ce titre il doit répondre des fautes préjudiciables à Tardieu ; que l'action dirigée contre Descous est donc une action individuelle et n'a pas la caractère d'une action sociale…* »

2768 Cass. civ., 29 juin 1899 : *S.* 1899, 1, p. 409 : un associé forme une action individuelle en réparation de son préjudice personnel du fait de l'absence de communication de la liste des actionnaires et des feuilles de présence aux assemblées générales dans les délais légaux. En l'espèce sa demande est rejetée en raison de l'absence de préjudice réel.

expert de gestion[2769]. Enfin, un arrêt de 1971 a sanctionné les dirigeants d'une société coopérative dont la mauvaise gestion avait empêché le paiement des livraisons effectuées par un associé conformément aux modalités prévues par les statuts[2770].

Deux arrêts plus récents semblent aller dans le sens d'une plus grande responsabilisation des dirigeants à l'égard des associés. Dans la première espèce, les dirigeants d'une société spécialisée dans la fabrication de machine d'emballage alimentaire avaient fourni aux associés des bilans mensongers et gonflé le carnet de commandes de la société. Poursuivis et convaincus de présentation de comptes infidèles et diffusion d'information trompeuse, ils firent appel de la décision du tribunal correctionnel de leur condamnation à réparer le préjudice personnel subi par les associés. Dans un arrêt du 17 octobre 2008, la Cour d'appel de Paris a confirmé le jugement de première instance au motif que ces infractions avaient « *concouru à fausser la perception par les investisseurs de la situation réelle de l'entreprise et ses perspectives* ». Ils ont dès lors « *été empêchés de prendre des décisions sur la base d'informations sincères […], n'ont pu prendre en connaissance de cause leur décision d'investissement et ont été privés de la chance d'effectuer des arbitrages éclairés, de mieux investir leur argent* ». La Cour d'appel relève que leur préjudice consiste en « *une perte de chance* » et que « *le préjudice direct et personnel ainsi subi par les actionnaires, en achetant ou conservant une action aux perspectives prometteuses surévaluées, est distinct de celui subi par la société elle-même* ». Les magistrats précisent encore que ce dommage « *ne se confond pas avec le montant des pertes subies par les parties civiles lors de la revente des titres, en raison du risque et de l'aléa propre à tout investissement boursier* »[2771]. Ce qui est donc réparé, en l'espèce, n'est pas la perte de valeur des titres due aux fautes des dirigeants mais l'impossibilité pour les associés d'abandonner cette qualité pour mieux investir ailleurs. Ceci est d'autant plus grave que la société était une société cotée, une société de capitaux où règne

---

2769 CA Paris, 10 juill. 1991 : *RJDA* 1991, p. 870 : un associé de SARL avait demandé la désignation d'un expert judicaire pour faire établir la faute de gestion du gérant. Il demande le remboursement des honoraires de ce dernier « *dont il a personnellement assumé le débours* ». La Cour d'appel fait droit à sa demande : *« considérant qu'en l'état ces frais constitue des pertes pour* [l'associé], *portant un préjudice propre ; - qu'il peut dès lors en poursuivre le recouvrement contre le responsable réel, nonobstant l'utilité de la nomination pour la société* »

2770 Cass. com., 15 mars 1971, n° 68-13137 : *Bull. civ.* 1971, n° 81 : « *mais attendu, d'une part, que l'arrêt déclare que si les agissements reprochés par Marceau Moeneclaye aux administrateurs de la coopérative ont pu entrainer un dommage pécuniaire pour celle-ci, et, par voie de conséquence, pour chacun de ses adhérents, se traduisant par la perte du capital investi, l'instance actuellement engagée par Marceau Moeneclaye n'a pas pour objet l'indemnisation d'un tel dommage, mais tend exclusivement a la réparation du préjudice, distinct et personnel, que Marceau Moeneclaye, a subi dans la mesure ou par la faute de ses dirigeants, la coopérative n'a pas pu lui payer le montant de livraisons auxquelles il n'était pas tenu* »

2771 CA Paris, 17 oct. 2008 : *Bull. Joly Sociétés* 2009, p. 143, note J.-F. BARBIERI - Confirmant T. corr. Paris, 12 sept. 2006 : *Bull. Joly Sociétés* 2007, p. 119, note J.-F. BARBIERI ; *Bull. Joly Bourse* 2007, p. 37, note E. DEZEUZE : *D.* 2006, p. 2308 et p. 2522, note D. SCHMIDT ; *D.* 2007, p. 2423, note B. LE BARS et S. THOMASSET-PIERRE ; *Rev. sociétés* 2007, p. 102, note J.-J. DAIGRE ; *RJDA* 2007, n°269

la libre cessibilité des droits sociaux. Une telle solution n'aurait sans doute pas pu être rendue dans une société de personne ou les associés ne disposent pas de la même liberté d'aller voir si l'herbe est plus verte ailleurs.

Dans la seconde espèce, la gérante d'une SCI avait vendu l'immeuble de la société sans l'autorisation des associés. Ces deniers ont saisi la justice aux fins de voir réparer leur préjudice personnel, moral et financier. La Cour d'appel a jugé leur demande irrecevable car « *l'action individuelle ne peut être exercée que par un associé ayant subi un préjudice personnel distinct de celui causé à la société, tel n'étant pas le cas du préjudice financier résultant pour l'associé de la perte qu'il subit proportionnellement aux parts sociales par lui détenues dans la société* ». La Cour de cassation casse cette décision au motif qu'« *en statuant ainsi, sans examiner la recevabilité de la demande tendant à la réparation d'un préjudice moral, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision* »[2772]. Une telle décision favorise la mise en jeu de la responsabilité personnelle du dirigeant à l'égard des associés. Comme l'écrit Monsieur Poracchia, « *la violation des droits d'associé par le dirigeant place l'associé dans une situation où ses prérogatives d'associé sont niées par celui qui, le plus souvent, doit matériellement en assurer la plénitude* »[2773].

Ces deux arrêts semblent d'autant plus importants qu'ils s'inscrivent dans une évolution jurisprudentielle mettant en exergue le lien particulier qui unit le dirigeant et les associés : la sanction du devoir de loyauté et le rejet de la faute détachable s'agissant de l'action individuelle de l'associé.

391. Le devoir de loyauté du dirigeant. Le devoir de loyauté des dirigeants trouve son origine dans le droit anglais des affaires[2774]. La jurisprudence française en a fait une application extensive[2775]. En effet, en droit anglais les *fiduciary duties* des dirigeants sociaux ne s'exercent qu'à l'égard de la communauté des associés, autrement dit de la société elle-même[2776]. Cette obligation particulière pesant sur les dirigeants sociaux est apparue dans le célèbre arrêt Vilgrain du 27 février 1996[2777]. En l'espèce, le dirigeant d'une société s'était vu confier le soin de trouver un acheteur pour les parts détenues par un associé minoritaire.

2772 Cass. 3e civ., 22 sept. 2009, n° 08-18785 : *Bull. Joly Sociétés* 2010, p. 50, note D. PORACCHIA ; *Dr. sociétés* 2010, comm. 1, note M.-L. COQUELET ; *RTD com*. 2009, p. 750, note C. CHAMPAUD et D. DANET

2773 D. PORACCHIA, note sous Cass. 3e civ., 22 sept. 2009, préc. note 2772, spéc. p. 52

2774 M.-P. SUBRAMANIAM, « Droit anglais des sociétés », *Dr. et patrimoine* juill.-août 2000, p. 80, spéc. p. 83

2775 J.-J. DAIGRE, « Le petit air anglais du devoir de loyauté des dirigeants », *in Le juge et le droit de l'économie - Mélanges en l'honneur de Pierre Bézard*, Montchrestien 2002, p. 79, spéc. p. 84

2776 J.-J. DAIGRE, « Le petit air anglais du devoir de loyauté des dirigeants », préc., spéc. p. 82

2777 Cass. com., 27 févr. 1996, n° 94-11241 : *Bull. civ.* 1996, n° 65 ; *Bull. Joly Sociétés* 1996, p. 485 note A. COURET ; *JCP E* 1996, II, 838, note D. SCHMIDT et N. DION ; *JCP G*, 1996 II, 22665, note J. GHESTIN ; *D.* 1996, p. 518, note PH. MALAURIE

Ayant lui-même connaissance d'une proposition d'achat, il se porte acquéreur pour un prix bien inférieur pour revendre les titres et réaliser une plus-value. L'associé minoritaire cédant agit alors pour obtenir réparation sur le fondement de l'article 1382 en reprochant une réticence dolosive au dirigeant. La Cour de cassation fait droit à sa demande au motif que ce dernier « *a manqué au devoir de loyauté qui s'impose au dirigeant d'une société à l'égard de tout associé, en particulier lorsqu'il en est intermédiaire pour le reclassement de sa participation* ». La portée de cet arrêt fut incertaine. On pouvait en effet hésiter sur le fondement exact de l'obligation du dirigeant. Puisqu'il agissait en qualité de cessionnaire, son obligation pouvait très bien relever du droit commun des contrats[2778]. En effet, elle n'avait aucun lien direct avec les fonctions de dirigeant social.

Le principe posé par l'arrêt Vilgrain a été plusieurs fois réaffirmé par la Cour de cassation. On doit toutefois relever que toutes les décisions sanctionnant la violation du devoir de loyauté du dirigeant l'ont été dans des circonstances similaires. A chaque fois, le dirigeant est sanctionné pour avoir acheté, directement ou par le biais d'une autre société dans laquelle il a des intérêts, des droits sociaux à des associés pour les revendre ensuite. Les cédants lui reprochent alors de ne pas les avoir informés de négociations en cours portant sur le rachat des titres à un prix supérieur à celui auquel ils ont consenti la vente[2779]. L'intervention du dirigeant dans l'opération semble être une condition nécessaire à la mise en œuvre de son obligation de loyauté. Un arrêt du 11 octobre 2005 le confirme. Des associés envisageaient de céder leurs actions à un tiers. Ils en informent le dirigeant et réalisent l'opération. Un mois plus tard, le dirigeant céda ses propres actions au même cessionnaire mais à un prix bien supérieur. Les associés agissent alors en responsabilité contre le dirigeant pour manquement à son obligation de loyauté. Les juges du fond les déboutent et la Cour de cassation rejette leur pourvoi au motif que le dirigeant « *n'était pas intervenu lors de la cession des actions des* [associés] *et que ceux-ci ne rapportaient pas la preuve de l'existence d'une collusion entre* [le cessionnaire] *et* [le dirigeant], *à la date de la cession de leurs actions* »[2780].

L'obligation de loyauté fait donc peser une responsabilité particulière sur le dirigeant social mais qui ne repose pas sur l'application du droit des sociétés. En effet, tous les arrêts

---

2778 PH. MALAURIE, note sous Cass. com., 27 févr. 1996, préc. note 2777, spéc. p. 520

2779 Cass. 3e civ., 15 nov. 2000, n° 99-11203 : *Bull. civ.* 2000, n° 171 ; *Contrats, conc. consom.* 2001, comm. 23, note L. LEVENEUR ; *Defrénois* 2001, 242, note E. SAVAUX ; *RTD civ.* 2001, p. 355, note J. MESTRE et B. FAGES - Cass. com., 12 mai 2004, n° 00-15618 : préc. note 2596 - Cass. com., 22 févr. 2005, n° 01-13642 : *Bull. Joly Sociétés* 2005, p. 1105, note TH. MASSART - Cass. com., 14 juin 2005, n° 03-12339 : *Bull. civ.* 2005, n° 130 ; *RTD civ.* 2005, p. 774, note J. MESTRE et B. FAGES - Cass. com., 11 juill. 2006, n° 05-12024 : *Dr. sociétés* 2007, comm. 1, note H. LECUYER - Cass. com., 6 mai 2008, n° 07-13198 - Cass. 1re civ., 25 mars 2010, n° 08-13060 : *RDC* 2010 p. 811, note D. MAZAUD ; *Bull. Joly Sociétés* 2010, p. 707, note J.-J. DAIGRE

2780 Cass. com., 11 oct. 2005, n° 04-14188 : *Bull. Joly Sociétés* 2006, p. 632 note T. MASSART

rendus relatifs à ce devoir propre au dirigeant le sont au visa des articles 1116, 1134 ou 1382 du Code civil et non des dispositions légales relatives à la responsabilité des dirigeants sociaux. La responsabilité pour violation du devoir de loyauté est donc intimement liée à la réticence dolosive dans le cadre du contrat[2781]. En effet, en matière de contrat de vente, le principe veut que le cessionnaire ne soit tenu d'aucune obligation d'information s'agissant de la valeur de la chose vendue. Il ne saurait y avoir réticence dolosive dans ce cas[2782]. La Cour de cassation, dans un arrêt du 12 mai 2004, a d'ailleurs expressément rejeté la responsabilité pour réticence dolosive du cessionnaire alors que dans le même temps elle retenait celle du dirigeant de la société dont les actions étaient cédées[2783]. Selon Monsieur Mazeaud, l'obligation pesant sur le dirigeant n'est donc qu'une exception à ce principe[2784]. Elle est liée à la relation de confiance particulière née de la « *relation de nature fiduciaire* » qui unit le dirigeant aux associés[2785]. Ainsi, comme l'écrit Monsieur Daigre, « *il faut donc comprendre que, pour la cour régulatrice, une obligation d'information particulière pèse sur le dirigeant en tant que dirigeant, que celle-ci se rattache à une obligation plus large de loyauté vis-à-vis des associés, et que la sanction n'en est pas autonome mais se rattache à la réticence dolosive, de sorte que tout manquement à cette obligation peut faire l'objet d'une demande de nullité pour vice du consentement ou, à défaut, de dommages et intérêts* »[2786].

392. Le rejet de la faute détachable. Puisqu'un associé ne peut agir individuellement contre le dirigeant que s'il démontre qu'il a subi un préjudice personnel, distinct de celui de la société, doit-il être considéré comme un tiers ou peut-il s'affranchir de la preuve d'une faute détachable ? Les juges du fond semblaient avoir pris le parti de ne pas faire de distinction et

---

2781 J.-J. DAIGRE, note sous Cass. 1re civ., 25 mars 2010, préc. note 2779, spéc. n° 5 p. 710

2782 Cass. 1re civ., 3 mai 2000, n° 98-11381 : *Bull. civ.* 2000, n° 131 ; *Contrats, conc. consom.* 2000, comm. 140, note L. LEVENEUR ; *D.* 2002, somm., p. 928, note O. TOURNAFOND ; *JCP G* 2000, I, 272, note G. LOISEAU et II, 10510, note C. JAMIN ; *Defrénois* 2000, p. 1110, note P. DELEBECQUE et D. MAZEAUD ; *LPA* 5 déc. 2000, p. 14, note B. FROMION-HEBRARD ; *RTD civ.* 2000, p. 566, note J. MESTRE et B. FAGES - Cass. 3e civ., 17 janv. 2007, n° 06-10442 : *Bull. civ.* 2007, n° 5 ; *Contrats, conc. consom.* 2007, comm. 117, note L. LEVENEUR ; *D.* 2007, p. 1051, notes D. MAZEAUD et P. STOFFEL-MUNCK, et p. 2969, note S. AMRANI-MEKKI ; *Defrénois* 2007, 443, note E. SAVAUX ; *JCP G* 2007, II, 10042, note C. JAMIN ; *RDC* 2007, p. 703, note Y.-M. LAITHIER ; *RTD civ.* 2007, p. 335, note J. MESTRE et B. FAGES : « *l'acquéreur, même professionnel, n'est pas tenu d'une obligation d'information au profit du vendeur sur la valeur du bien acquis* »

2783 Cass. com., 12 mai 2004, n° 00-15618 : préc. note 2596 : « *le cessionnaire n'est tenu d'informer le cédant ni des négociations tendant à l'acquisition par un tiers d'autres titres de la même société ni de celles qu'il conduit lui-même avec ce tiers en vue de lui céder ou de lui apporter les titres faisant l'objet de la cession* »

2784 D. MAZEAUD, note sous Cass. 1re civ., 25 mars 2010, n° 08-13060, préc. note 2779, spéc. p. 813

2785 *GAJ civ.* 2008, t. 2, spéc. n° 7 p. 72 - M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations*, t. 1, *Contrat et engagement unilatéral*, préc., spéc. p. 325 - D. MAZEAUD, note sous Cass. 1re civ., 25 mars 2010, n° 08-13060, préc. note 2779, spéc. p. 813

2786 J.-J. DAIGRE, note sous Cass. 1re civ., 25 mars 2010, n° 08-13060, préc. note 2779, spéc. n° 5 p. 710

de traiter l'associé comme n'importe quel tiers[2787]. Un arrêt de la Cour d'appel de Versailles de 2002 justifie ainsi cette solution[2788] :

> *« Considérant que l'article 225-251 dispose que les administrateurs sont responsables individuellement ou solidairement selon le cas, envers la société ou envers les tiers, soit des infractions aux dispositions législatives ou réglementaires applicables aux sociétés anonymes soit des violations des statuts, soit des fautes commises dans leur gestion ;*
>
> *Considérant que ce texte distingue « l'action sociale » de la société demandant réparation de son préjudice aux dirigeants, de « l'action des tiers », c'est-à-dire de toutes les autres personnes physiques ou morales, demandant réparation de leur préjudice personnel aux dirigeants ;*
>
> *Considérant que les actionnaires sont des personnes physiques, distinctes de la SA IFP, et demandent la réparation de leur propre préjudice, et non celui de la société ; qu'ils exercent donc « l'action des tiers » contre les administrateurs ;*
>
> *Considérant que la SA Lehning Laboratoires exerce donc en l'espèce une « action des tiers » contre les dirigeants et doit, pour établir le bien-fondé de son action, démontrer que les administrateurs ont commis des fautes séparables de leurs fonctions »*

Dans un arrêt de 1984, la Cour de cassation semblait avoir initié cette jurisprudence en retenant que la société gérante d'une SCI avait pu commettre envers un associé « *une faute personnelle, détachable des obligations du contrat la liant à la société civile immobilière, qui engageait donc sa responsabilité sur le fondement de l'article 1382 du Code civil* »[2789]. En 2010, elle revient très clairement sur cette solution en énonçant expressément 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* »[2790]. Les associés sont donc dispensés de démontrer une faute séparable des fonctions du dirigeant social lorsqu'ils agissent pour la réparation de leur préjudice personnel.

2787 CA Bordeaux, 2e ch. civ., 4 févr. 2009 : *Dr. sociétés* 2009, comm. 159, note D. GALLOIS-COCHET : l'appelant « *est recevable à agir en sa qualité d'associé en réparation du préjudice personnel que lui a directement causé le dirigeant de la société mais, dans ce cas, son préjudice doit avoir trouvé sa source dans la faute de ce dirigeant détachable de ses fonctions* » - CA Versailles, 13e ch., 17 janv. 2002 : *Bull. Joly Sociétés* 2002, p. 515, note J.-F. BARBIERI ; *Dr. et patrimoine* mai 2002, p. 96, note D. PORACCHIA ; *LPA* 26 juin 2003, p. 8, note V. MERCIER - CA Nancy, 2e ch. civ., 21 nov. 2002 : *Dr. sociétés* 2003, comm. 74, note J. MONNET - CA Paris, 25e ch., sect. B., 26 sept. 2003 : *JCP E* 2004, 695, note G. DE VRIES ; *Bull. Joly Sociétés* 2004, p. 84 note J.-J. DAIGRE - T. com. Paris, 2e ch., 25 nov. 2003 : *Bull. Joly Sociétés* 2004, p. 376, note B. SAINTOURENS

2788 CA Versailles, 13e ch., 17 janv. 2002 : préc. note 2787

2789 Cass. com., 4 oct. 1984, n° 82-11114 : *Bull. civ*. 1984, n° 46 ; *Bull. Joly Sociétés* 1984, p. 641 ; *RTD com*. 1984, p. 685, note E. ALFANDARI et M. JEANTIN

2790 Cass. com., 9 mars 2010, n° 08-21547 et n° 08-21793 : préc. note 2636

c : Fondement de la particularité de la responsabilité des organes de contrôle-direction à l'égard des associés.

393. Une responsabilité non liée à la qualité de contrôlaire. La responsabilité personnelle du dirigeant à l'égard des tiers et des associés n'est pas liée à l'exercice de son contrôle-direction. Cela se déduit de l'extrême encadrement de l'exercice de cette action. Les tiers sont tenus de démontrer l'existence d'une faute détachable : faute intentionnelle, d'une particulière gravité incompatible avec l'exercice normal de la direction sociale. Cette faute n'est pas liée à la définition du risque social puisque par définition elle sort du champ d'exercice de la fonction de direction : elle est « séparable » ou « détachable » des fonctions. De même, pour les associés, il convient de démontrer l'existence d'un préjudice personnel, distinct de celui subi par la société. Nous l'avons vu, il s'agit d'atteintes aux droits propres de l'associé. Encore une fois, par définition, il s'agit d'actes du dirigeant qui n'ont aucune incidence sur le risque social. La société n'est pas concernée par les actes en cause et ses intérêts ne se trouvent pas lésés du fait du contrôle-direction exercé par son dirigeant.

B : LA MISE EN ŒUVRE DE LA RESPONSABILITE DES DIRIGEANTS

Afin d'étudier le régime de la responsabilité des dirigeants, nous verrons successivement qui sont les titulaires de l'action en responsabilité contre les dirigeants (1), puis ses effets (2).

1 : Le titulaire de l'action

394. L'action *ut universi*. La société étant dotée de la personnalité morale, elle est capable d'agir seule en justice pour la protection de ses intérêts. Elle sera alors représentée par son dirigeant[2791]. Il s'agit d'une compétence propre de ce dernier qui ne saurait être subordonnée à l'avis ou à l'autorisation de l'assemblée générale[2792]. Il va de soi que le dirigeant fautif sera rarement coopératif dans une telle situation. Il y a peu de chance pour qu'il engage sa propre responsabilité en qualité de représentant social. Ce n'est pas pour autant impossible[2793] mais le plus souvent, l'action sera engagée par les codirigeants de la société, par un nouveau

---

2791 V. *supra* n° 12

2792 articles 1843-5 du Code civil, L. 223-22 et L. 225-253 du Code de commerce

2793 Cass. com., 7 déc. 1982, n° 81-11504 : *Bull. civ.* 1982, n° 403 ; *JCP G* 1982, IV, 69 ; *Rev. sociétés* 1984, p. 54, note D. RANDOUX ; *RTD civ.* 1983, p. 536, note DURRY : « *Vu l'article 1842 du Code civil ; Attendu que, pour débouter Mme Z... de l'action en responsabilité par elle intentée en sa qualité de gérante en raison des fautes de gestion imputées à Vidal, la cour d'appel a retenu que Mme Z... avait été complice des fautes qu'elle reprochait a ce dernier ; Attendu qu'en statuant ainsi, alors que le fait pour Mme Z... d'avoir concouru a des faits fautifs pouvant être préjudiciables à la société n'était pas de nature a priver cette dernière de la réparation qui pouvait lui être due, la cour d'appel a viole le texte susvisé* »

dirigeant après révocation de l'ancien[2794], ou par un mandataire *ad hoc* désigné par le tribunal[2795].

395. L'action *ut singuli*. Elle permet de pallier l'inaction des dirigeants sociaux. En effet, si, comme nous venons de le voir, l'action en responsabilité au profit de la société est exercée en principe par son représentant légal, ce dirigeant sera sans doute peu enthousiaste à agir contre lui-même[2796]. Il ne sera pas non plus toujours possible de le révoquer, notamment lorsqu'il est majoritaire au sein de l'assemblée générale ou statutairement inamovible. La loi a donc permis aux associés d'agir eux-mêmes au nom de la société contre le dirigeant[2797]. Elle est cependant cantonnée au domaine de la responsabilité. Un associé ne peut donc agir au nom de la société pour obtenir l'annulation d'une délibération sociale[2798] ou faire appel d'une décision de justice[2799]. La jurisprudence a toutefois admis qu'un associé puisse demander des mesures conservatoires à l'encontre du dirigeant dont la responsabilité est engagée[2800].

L'exercice de l'action *ut singuli* est un droit propre de l'associé. Il n'est pas conditionné à la détention d'une quelconque fraction du capital social et peut donc être exercé par un associé seul[2801]. Ce dernier doit cependant nécessairement avoir la qualité d'actionnaire au jour où il agit[2802], ce qui interdit par exemple à un associé de la société mère d'agir en

---

2794 D. GIBIRILA, *Le dirigeant de société*, préc., spéc. n° 555 p. 453

2795 article R. 225-170 al. 2 du Code de commerce : « *Le tribunal peut désigner un mandataire ad hoc pour représenter la société dans l'instance, lorsqu'il existe un conflit d'intérêt entre celle-ci et ses représentants légaux* »

2796 G. DELMOTTE, « L'action sociale *ut singuli* », *Journ. not.* 1981, p. 945 - G. CHESNE, « L'exercice "*ut singuli*" de l'action sociale dans la société anonyme », *RTD com.* 1962, p. 347 - GIVERDON, « L'action individuelle des membres d'un groupement », *JCP G* 1955, II, 1244

2797 articles 1843-5 du Code civil, L. 223-22 et L. 225-252 du Code de commerce

2798 Cass. com., 16 oct. 1972, n° 70-13691 : *Bull. civ.* 1972, n° 251 ; *JCP G* 1973, II, 17532, note N. BERNARD : « *attendu qu'en statuant ainsi, alors que les textes susvisés autorisent seulement les actionnaires à exercer l'action sociale en responsabilité contre les administrateurs pour faute commise dans l'accomplissement de leur mandat aux fins d'obtenir réparation de leur propre préjudice, mais ne leur permettent pas d'agir à ce titre pour faire prononcer la nullité d'un acte social passe par les organes d'administration de la société, la cour d'appel a violé, par fausse application, les textes susvisés* »

2799 Cass. com., 6 déc. 1977, n° 76-11061 : *Bull. civ.* 1977, n° 291 ; *Rev. sociétés* 1979, p. 373, note D. SCHMIDT : « *il résulte des dispositions combinées des articles 244 et 245 de la loi du 24 juillet 1966 que les actionnaires disposent de l'exercice de l'action sociale lorsque la société a subi un préjudice en raison soit des infractions aux dispositions législatives ou réglementaires applicables aux sociétés, soit des violations des statuts, soit des fautes commises par les dirigeants sociaux, que dès lors l'action qui tend à s'opposer au prononce de la liquidation des biens d'une société n'entre pas dans la catégorie de celles qui peuvent être exercées par les actionnaires au titre de l'action sociale et que seuls les dirigeants sociaux ont qualité pour agir* »

2800 Cass. 2e civ., 14 sept. 2006, n° 05-16266 : *Bull. civ.* 2006, n° 228 ; *Dr. sociétés* 2006, comm. 175, note H. LECUYER - Cass. com., 7 juill. 2009, n° 0815.835 : *Bull. civ.* 2009, n° 106 ; *Dr. sociétés* 2009, comm. 205, note D. GALLOIS-COCHET ; *JCP E* 2010, 1088, note K. RODRIQUEZ : « *l'actionnaire trouve dans les pouvoirs qui lui sont attribués par ce texte en vue de poursuivre la réparation de l'entier préjudice subi par la société, qualité pour demander au juge de l'exécution, pour le compte de la personne morale, d'assortir d'une astreinte une décision exécutoire ayant accueilli l'action sociale en responsabilité exercée ut singuli* »

2801 Cass. com., 6 mai 1991, n° 89-16900 : *Dr. sociétés* 1991, comm. 337 : « *l'action sociale peut être exercée par un actionnaire agissant individuellement* »

2802 V. en cas de cession des titres après la survenue de l'acte dommageable : Cass. 2e civ., 12 nov. 1987, n° 85-11008 : *Gaz. Pal.* 1988, pan. p. 31 : « *Attendu que seuls les actionnaires peuvent, soit en agissant individuellement, soit en se groupant s'ils représentent au moins le vingtième du capital social, intenter l'action sociale en responsabilité contre les dirigeants ou encore demander réparation du préjudice subi personnellement ; Attendu qu'en déclarant*

responsabilité contre le dirigeant d'une filiale[2803]. Par contre, il importe peu que l'associé le fût le jour où le dommage a été causé à la société[2804]. Enfin, les associés doivent agir personnellement : ils ne peuvent pas demander la désignation d'un mandataire *ad hoc* chargé d'agir à leur place[2805]. La loi les autorise cependant à se regrouper. L'action ut singuli est ainsi ouverte aux associations d'actionnaires de société cotée[2806] et aux associations agréées d'investisseurs[2807], mais pas aux associations de droit commun[2808].

La jurisprudence a cependant élargi le domaine de l'action *ut singuli* aux groupes de sociétés. En principe, seuls les associés de la société dont le dirigeant est fautif peuvent agir[2809]. Pourtant, un arrêt de la chambre criminelle du 13 décembre 2000 a admis la recevabilité de l'action *ut singuli* formée par un associé de la société mère au nom de celle-ci et au nom de sa filiale[2810]. En l'espèce, cette solution paraissait opportune : la société mère étant associée unique de sa filiale, cela permettait d'éviter une éventuelle paralysie de l'action.

L'action *ut singuli* pourrait également être exercée par voie oblique[2811]. Les créanciers des associés et de la société pourraient donc agir en responsabilité contre les dirigeants au profit

---

l'ordonnance du 19 juillet 1984 commune à la société Dicorop et à M. X..., président-directeur général de cette société, à la demande de M. Z... qui n'étant plus actionnaire de cette société, ne pouvait plus intenter l'action en réparation d'un préjudice né avant qu'il ait perdu cette qualité, la cour d'appel a violé les textes susvisés » - Cass. com., 26 janv. 1970, n° 67-14787 : préc. note 2755

2803 CA Lyon, 3e ch., 19 févr. 2004 : *JurisData* n° 2004-238535 : « *Attendu que la circonstance* [que le demandeur] *invoque selon laquelle les associés d'une société mère seraient en droit de rechercher la responsabilité des dirigeants de sa filiale qui auraient commis une faute préjudiciable à la société mère - quand bien même, comme c'est le cas en l'espèce, celle-ci détiendrait 99,99% du capital de sa filiale - est dépourvue de portée, aucune disposition de la loi ne permettant une telle action dans ces conditions, en dehors du cas prévu à l'article L.225-252 du Code du Commerce (ancien article 245 de la loi du 24 juillet 1966), qui est d'application restrictive* »

2804 Cass. crim., 27 nov. 1978, n° 77-92287 : *Bull. crim.*, 1978, n° 329 ; *D.* 1979, juripr. p. 123 note J. C. : « *aucun texte n'exige des actionnaires d'une société anonyme qui se constituent parties civiles devant le juge d'instruction à raison du préjudice qu'ils auraient subi du fait d'infractions pénales commises par les dirigeants de la société, qu'ils prouvent avoir été détenteurs de leurs titres a la date des faits frauduleux allégués* »

2805 Cass. com., 14 déc. 2004, n° 04-13059 : *Bull. civ.* 2004, n° 229, *Rev. sociétés* 2005, p. 448, note B. BOULOC ; *Bull . Joly Sociétés* 2005, p. 512, note D. SCHMIDT ; *Dr. sociétés* avr. 2005, comm. p. 26, note H. HOVASSE : « *les actionnaires, disposant du droit propre de présenter des demandes en réparation au profit de la société, ne sont pas recevables à solliciter la désignation d'un mandataire ad hoc chargé de présenter de telles demandes* »

2806 articles L. 225-120 et L. 225-252 du Code de commerce

2807 articles L. 452-1 al. 1er et L. 452-2 à L. 452-4 du Code monétaire et financier

2808 Cass. com., 3 mars 2004, n° 02-10484 : *Dr. et patrimoine* juill. 2004, p. 106, note D. PORACCHIA : « *Mais attendu qu'en retenant que la SOSCPI, association régie par la loi du 1er juillet 1901, n'avait de par sa forme et ses statuts, qualité pour agir qu'au nom et dans l'intérêt commun de ses membres, la cour d'appel, bien que relevant que l'association était porteuse de parts de certaines de dix SCPI, a légalement justifié sa décision en la déclarant irrecevable à exercer l'action "ut singuli", s'agissant d'une action sociale qui ne peut être exercée qu'à titre individuel, par les associés d'une société, en réparation d'un préjudice causé à la seule société* »

2809 C. ARMAND et A. VIANDIER, « Réflexions sur l'exercice de l'action sociale dans le groupe de sociétés : transparence des personnalités et opacité des responsabilités » *Rev. Sociétés* 1986, p. 557

2810 Cass. crim., 13 déc. 2000, n° 99-82875 : *Bull. Joly Sociétés* 2001, p. 386, note J.-F. BARBIERI : « *Attendu que pour allouer à la société A., agissant par un de ses actionnaires, la somme de 3,1 MF de dommages-intérêts, la cour d'appel énonce que la société peut obtenir, non seulement la réparation du préjudice qu'elle a subi du fait de l'abus de ses biens, mais également l'indemnisation du dommage résultant des abus de biens sociaux subis par une société filiale. Attendu qu'en cet état, les juges du second degré ont justifié leur décision* »

2811 Sur la notion d'action oblique, V. *supra* n° 236

de la société[2812]. Quand bien même ils agiraient alors en leur nom propre, ils ne pourraient prétendre à aucun privilège par rapport aux autres créanciers. Ils devraient également assumer tous les frais de procédures. Ceci explique sans doute que cette possibilité ne semble jamais avoir été mise en œuvre en pratique.

Une telle extension du domaine de l'action *ut singuli* n'est pas sans avantage. Elle permettrait de compléter utilement l'action individuelle des tiers qui ne peut être exercée contre le dirigeant que si celui-ci a commis une faute détachable. En effet, elle favoriserait un contrôle accru par les tiers intéressés afin de pallier l'éventuelle inaction de la société insolvable contre ses dirigeants[2813].

2 : Effets de l'action

396. Responsabilité individuelle, collective, solidaire. En principe, chaque dirigeant est individuellement responsable des conséquences dommageables de ses actes[2814]. Néanmoins, la direction de la société pouvant être assurée collectivement, la loi a prévu l'éventuelle responsabilité solidaire des dirigeants[2815]. Il s'agissait également d'une volonté politique de faciliter l'indemnisation des victimes[2816]. Ainsi, la collégialité d'un organe directorial fait peser une responsabilité solidaire entre ses membres. Pour la Cour de cassation, « *commet une faute individuelle chacun des membres du conseil d'administration ou du directoire 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* »[2817]. Autrement dit, il existe une présomption de faute pesant sur chacun des administrateurs individuellement dès lors que l'organe est fautif[2818]. Il ne suffit pas pour l'un d'eux de montrer qu'il a voté contre la

---

2812 D. GIBIRILA, *Le dirigeant de société*, préc., spéc. n° 553 p. 457 - J. REDENIUS-HOEVERMANN, *La responsabilité des dirigeants dans les sociétés anonymes en droit français et droit allemand*, LGDJ 2010, spéc. n° 449 p. 210

2813 V. *infra* n° 512 et s.

2814 Ce principe est expressément affirmé pour les sociétés civiles à l'article 1850 du Code civil - V. pour les société commerciales : Cass. req., 1er déc. 1931 : *DP* 1933, 1, 89, note J. HAMEL : pour mettre en cause le président du conseil d'administration du fait d'un administrateur délégué, il faut, conformément au droit commun, « *qu'une faute soit retenue à sa charge* », or, en l'espèce, il n'avait pas « *manqué aux obligations qui s'imposaient à lui* » et avait toujours ignoré la convention litigieuse - Cass. civ., 10 mai 1948 : préc. note 494

2815 Articles 1840 et 1850 du Code civil, L. 210-8, L. 223-22, L. 225-251 et L. 651-2 du Code de commerce

2816 J. HAMEL, « La responsabilité individuelle ou solidaire des membres du conseil d'administration dans les sociétés anonymes », *Rev. Sociétés* 1923 p. 131 - J. COPPER-ROYER, « De la solidarité aux dommages-intérêts entre les administrateurs poursuivis pour des infractions connexes », *Rev. Spéc. sociétés* 1938, p. 491 - H. DECUGIS, « La responsabilité solidaire des administrateurs des sociétés anonymes », *Journ. soc*. 1935, p. 1

2817 Cass. com., 30 mars 2010, n° 08-17841 : *Bull. civ.* 2010, n° 69 ; *Bull. Joly Sociétés* 2010, p. 533, note R. RAFFRAY ; D. 2010, p. 1678, note B. DONDERO ; *Rev. sociétés* 2010, p. 304, note P. LE CANNU ; *Dr. sociétés* 2010, comm. 117, note M. ROUSSILLE ; *JCP E* 2010, 1416, note A. COURET

2818 A. COURET, note sous Cass. com., 30 mars 2010, n° 08-17841, préc. note 2817 - R. RAFFRAY, note sous Cass. com., 30 mars 2010, n° 08-17841, préc. note 2817

délibération litigieuse pour s'exonérer[2819], ou encore qu'il était absent[2820]. Il lui faudra soit apporter la preuve que son opposition a été clairement exprimée et inscrite dans le procès-verbal de délibération, soit même démissionner purement et simplement de son mandat[2821].

SOUS-SECTION 2 : LA RESPONSABILITE DES ORGANES DE CONTROLE-SURVEILLANCE

Les organes contrôleurs de la société peuvent engager leur responsabilité envers la société ou les tiers lorsqu'ils ont failli dans leur mission de contrôle-surveillance. A nouveau, nous ne pourrons que constater que le régime de responsabilité applicable à chacun est différent.

Paragraphe 1 : La responsabilité des membres du conseil de surveillance

Paragraphe 2 : La responsabilité des associés

Paragraphe 3 : La responsabilité des commissaires aux comptes

PARAGRAPHE 1 : LA RESPONSABILITE DES MEMBRES DU CONSEIL DE SURVEILLANCE

Il s'agira dans un premier temps de s'intéresser au fondement de la responsabilité du conseil de surveillance (A) puis d'en étudier le régime (B).

A : LE FONDEMENT DE LA RESPONSABILITE DU CONSEIL DE SURVEILLANCE

397. Une responsabilité spéciale. La responsabilité des membres du conseil de surveillance repose sur des textes spéciaux du droit des sociétés. L'article L. 210-8 du Code de commerce dispose tout d'abord que les premiers membres des organes de surveillance sont civilement responsables « *du préjudice causé par le défaut d'une mention obligatoire dans les statuts ainsi que par l'omission ou l'accomplissement irrégulier d'une formalité prescrite par la loi et les règlements pour la constitution de la société* ». Il en va de même « *en cas de modification des statuts* ».

En cours de vie sociale, la responsabilité des membres du conseil est fondée sur les articles L. 225-257 du Code de commerce pour la SA et L. 226-13 pour la SCA. Ces deux articles disposent de la même manière qu'ils sont « *responsables des fautes personnelles commises*

2819 *JCl. Sociétés Traité*, Fasc. 131-10, par J.-C. PAGNUCCO, spéc. n° 48

2820 elle ne le serait que si elle était justifiée : D. GIBIRILA, *Le dirigeant de société*, préc., spéc. n° 530 p. 436

2821 E. SCHOLASTIQUE, *Le devoir de diligence des administrateurs de sociétés*, préc., spéc. n° 458 et 624 - COURET, note sous Cass. com., 30 mars 2010, n° 08-17841, préc. note 2817

dans l'exécution de leur mandat » et « *des délits commis par les* [dirigeants] *si, en ayant eu connaissance, ils ne les ont pas révélés à l'assemblée générale* ».

En revanche, les membres du conseil de surveillance ne peuvent pas se voir condamnés pour insuffisance d'actif en cas de procédure collective. En effet, l'article L. 651-2 du Code de commerce ne vise que les dirigeants or telle n'est pas la qualité du conseil[2822]. Pourtant, la jurisprudence a admis la responsabilité des membres du conseil de surveillance à l'égard de la masse des créanciers mais il lui faudra alors prouver une faute de surveillance[2823].

B : LE REGIME DE LA RESPONSABILITE DU CONSEIL DE SURVEILLANCE

398. Une faute de surveillance. N'étant pas un organe de direction de la société, le conseil de surveillance ne saurait se voir reprocher une faute de gestion. L'article L. 225-257 le rappelle expressément en disposant que ses membres « *n'encourent aucune responsabilité, en raison des actes de la gestion et de leur résultat* ». Pour engager leur responsabilité, la victime devra donc démontrer une faute de contrôle-surveillance. Il faut prouver que leur comportement n'a pas permis de mettre à jour les fautes de gestion commises par le dirigeant : soit qu'ils les ont volontairement ignorées, soit que leur incompétence ne leur a pas permis de les découvrir[2824]. On pourrait également leur reprocher de ne pas avoir révoqué le dirigeant alors que cela se trouvait nécessaire ou, au contraire, une révocation abusive en l'absence de juste motif[2825]. Enfin, lorsqu'une clause catalogue soumet certains actes de gestion à l'autorisation du conseil, pourront être considérées comme fautifs l'autorisation d'un acte contraire à l'intérêt social[2826] ou, à l'inverse, le refus d'autoriser un acte indispensable pour la société[2827]. Il y a donc faute du conseil de surveillance dès lors que le risque social est contraire à l'intérêt social et que la finalité du contrôle exercé n'a pas été mise en œuvre. Le conseil tenu d'une mission de contrôle-surveillance est fautif lorsqu'il n'a pas révélé aux associés l'atteinte à l'intérêt social ou qu'il n'a pas pris une décision permettant d'y mettre fin, ou au contraire lorsque sa décision était contraire à cet intérêt alors que le risque social s'y conformait.

2822 V. *supra* n° 10

2823 Cass. com., 6 févr. 1979, n° 77-13264 : *Bull. civ.* 1979, n° 53 ; *Dr. sociétés* 1979, comm. n° 97 ; *Bull. Joly Sociétés* 1979, p. 225 ; *Rev. sociétés* 1979, p. 539, note J.-G. : rejette le pourvoi formé contre un arrêt ayant retenu « *des fautes dans l'exercice de leurs fonctions respectives de présidente et de vice-présidente du conseil de surveillance* » pour les condamner à des dommages et intérêt à l'égard du syndic

2824 J.-J. CAUSSAIN, *Le directoire et le conseil de surveillance de la société anonyme*, Litec 2002, spéc. n° 347 p. 206

2825 A. VIANDIER, *Sociétés et loi NRE*, préc., spéc. n° 308

2826 B. PIEDELIEVRE, « Le directoire », *Gaz. Pal.* 1968, 1, doctr. p. 94, spéc. n° 93 p. 107 - G. RIPERT et R. ROBLOT, par M. GERMAIN et V. MAGNIER, *Traité de droit de affaires*, t. 2, *Les sociétés commerciales*, préc., spéc. n° 1711 p. 531

2827 J. HEMARD, F. TERRE et P. MABILAT, *Sociétés commerciales*, t. II, préc., spéc. n° 1254

PARAGRAPHE 2 : LA RESPONSABILITE DES ASSOCIES

Nous étudierons en premier lieu le fondement de la responsabilité civile des associés (A) puis, en second lieu, son régime (B).

A : LE FONDEMENT DE LA RESPONSABILITE DES ASSOCIES

399. La loi. La loi ne vise la responsabilité civile des associés que dans le cadre de la constitution de la société[2828]. Les articles 1850 du Code civil et L. 210-8 du Code de commerce disposent que les fondateurs de la société sont solidairement responsables du préjudice causé par le défaut d'une mention obligatoire dans les statuts ainsi que par l'omission ou l'accomplissement irrégulier d'une formalité prescrite par la loi et les règlements pour la constitution de la société.

400. Le droit commun de la responsabilité. Dans le silence de la loi, la jurisprudence n'a pourtant pas hésité à sanctionner l'usage fautif du droit de vote de l'associé. Elle fonde cette action sur l'article 1382 du Code civil.

Le premier exemple est celui de l'abus de majorité ou de minorité. Si un arrêt du 30 novembre 2004 a pu être rendu sur le fondement de l'article 1833 du Code civil, il semble qu'il soit isolé[2829]. L'abus du droit de vote reste sanctionné par le biais de l'article 1382[2830]. La doctrine est critique quant à ce fondement et lui préférerait l'article 1833[2831]. Selon cet article, la société doit « *être constituée dans l'intérêt commun des associés* ». L'abus du droit de vote contrevient bien à cette disposition puisque par définition, il privilégie l'intérêt d'un groupe d'associés au détriment des autres. En outre, la jurisprudence rechigne à admettre

---

2828 Il ne s'agit pas de traiter ici de l'obligation aux dettes sociales, qui ne repose pas proprement dit sur un mécanisme de responsabilité mais sur la qualité de codébiteur subsidiaire de l'associé : M. COZIAN, A. VIANDIER et F. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, préc., spéc. n° 1188 p. 609

2829 Cass. com., 30 nov. 2004, n° 01-16581 : *Bull. Joly Sociétés 2*005, p. 241, note P. LE CANNU ; *JCP E* 2005, 17 et 131, chron. n° 2 et 3, note J.-J. CAUSSAIN, FL. DEBOISSY et G. WICKER : « *Vu l'article 1833 du Code civil ; Attendu que la résolution d'une assemblée d'actionnaires prise contrairement à l'intérêt social et dans l'unique dessein de favoriser des membres de la majorité au détriment de membres de la minorité constitue un abus de majorité et engage la responsabilité de ses auteurs* »

2830 V. par ex. Cass. com., 17 mars 2009, n° 08-11268 : *Rev. Lamy dr. aff.* mai 2009, p. 14, note J. MESTRE : « *Vu l'article 1382 du Code civil* […] *Attendu qu'en se déterminant ainsi, par référence aux décisions de mise en réserve dont elle retenait par ailleurs qu'elles répondaient à une politique de prudence et ne procédaient pas d'un abus de majorité, sans expliquer en quoi les décisions allouant les rémunérations litigieuses, considérées en elles-mêmes, avaient été prises contrairement à l'intérêt social et dans l'unique dessein de favoriser les membres de la majorité au détriment de la minorité, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision* »

2831 D. SCHMIDT, *Les conflits d'intérêts dans la société anonyme*, préc., spéc. n° 317 p. 313 - P. LE CANNU, note sous Cass. com., 22 janv. 1991, *Defrénois* 1991, n°35083 et note sous Cass. com., 30 nov. 2004, *Bull. Joly Sociétés* 2005, p. 241 - Y. GUYON, *Droit des affaires*, t. I, *Droit commercial général et sociétés*, préc. spéc. n° 443 - C. PRIETO, *La société contractante*, PUAM 1994, spéc. n° 236 p 156 - A.-L. CHAMPETIER DE RIBES-JUSTEAU, *Les abus de majorité, de minorité et d'égalité*, Dalloz 2010, spéc. n° 424 p. 298

l'action des tiers en responsabilité contre les associés. Or une telle limitation ne se justifie pas au regard de l'article 1382 et ne peut s'expliquer que par l'article 1833[2832].

Le second exemple est la révocation fautive du dirigeant. Lorsque ce pouvoir relève de l'assemblée générale, ce dernier peut être amené à engager la responsabilité des associés ayant voté sa révocation. Une première décision de la Cour de cassation du 1er février 1994 avait écarté une telle action sauf à démontrer « *la faute personnelle* » de l'associé, ce qui n'était pas le cas en l'espèce[2833]. Ce n'est qu'en 2001 que la Cour de cassation a admis pour la première fois l'existence d'une telle faute[2834]. Celle-ci se trouvait établie par la « *violation flagrante des règles légales relatives à la tenue et à la convocation des assemblées des associés* » et du fait « *qu'une décision inspirée par une intention vexatoire et contraire à l'intérêt social caractérise de la part de ses auteurs une volonté de nuire constitutive d'une faute* ». Ces deux décisions ont été rendues au visa de l'article 1382 du Code civil. En l'absence de texte spécifique, il ne peut y avoir d'autre fondement à cette action.

B : LE REGIME DE LA RESPONSABILITE DES ASSOCIES

Nous verrons dans un premier temps que la mise en cause des associés trouve toujours son origine dans le vote fautif de ces derniers (1) causant à la société ou aux tiers un préjudice (2). Nous étudierons ensuite la mise en œuvre de l'action en responsabilité civile contre les associés (3).

1 : Un vote fautif

401. L'abus du droit de vote. La première faute que peut commettre l'associé est d'abuser de son droit de vote, autrement dit de la sanction de son pouvoir de contrôle-surveillance. Cette faute ne sera caractérisée qu'à la condition de démontrer une double atteinte à l'intérêt social et à l'intérêt des associés victimes[2835]. Les exemples ne manquent pas.

2832 A.-L. CHAMPETIER DE RIBES-JUSTEAU, *Les abus de majorité, de minorité et d'égalité*, préc., spéc. n° 353 p. 252 et n° 424 p. 298

2833 Cass. com., 1er févr. 1994, n° 92-11171 : *Bull. civ.* 1994, n° 53 ; *Bull. Joly Sociétés* 1994, p. 413, note BAILLOD ; *JCP G* 1995, II, 22432, note D. GIBIRILA ; *Rev. sociétés* 1995, p. 281, note CHARTIER

2834 Cass. com., 13 mars 2001, n° 98-16197 : *Bull. civ*. 2001, n° 60 ; *Bull. Joly Sociétés* 2001, p. 891, note C. PRIETO ; *JCP E* 2001, p. 953, note A. VIANDIER ; *D.* 2001, act. jurispr. p. 1175, note A. LIENHARD ; *Dr. sociétés* 2001, comm. 78, note TH. BONNEAU ; *Dr. sociétés* 2001, comm. 101, note F.-X. LUCAS et D. VIDAL ; *RTD com.* 2001, p. 443, note CHAMPAUD et DANET ; *RJ com.* 2001, p. 235, note D. GIBIRILA

2835 V. *supra* n° 109

L'abus du droit de vote peut d'abord être le fait des majoritaires. Est constitutive d'un tel abus l'attribution d'une rémunération excessive au dirigeant majoritaire[2836] ou la mise en réserve systématique des bénéfices ayant permis aux dirigeants associés majoritaires de s'octroyer de tels avantages[2837]. Sont également sanctionnées l'approbation de conventions passées au détriment de la société et au profit d'une autre dont les associés sont majoritaires dans la première[2838] ou encore la prise en charge du passif d'une filiale pour masquer la gestion désastreuse de son dirigeant lui-même associé de la société mère[2839]. Une délibération abusive modifiant les statuts peut également ouvrir droit à réparation. Il en est ainsi lorsqu'un « coup d'accordéon » n'a comme but que de priver un associé minoritaire du bénéfice d'une promesse d'achat de ses parts par les majoritaires[2840].

Les minoritaires peuvent également engager leur responsabilité lorsqu'ils font un usage anormal de leur minorité de blocage. La jurisprudence a notamment sanctionné le refus de

---

2836 T. com. Paris, 21 mai 1996 : *JurisData* n° 1996-042179 ; *Dr. sociétés* 1996 comm. 215, note D. VIDAL : « *Attendu que l'abus de majorité se définit comme la résolution "prise contrairement à l'intérêt social dans l'unique dessein de favoriser les membres de la majorité au détriment des membres de la minorité".* […] *Attendu qu'il est patent que cette prime très importante au regard des résultats et du salaire indiqués est sans intérêt pour la société ; Que cette somme pouvait être provisionnée au profit du développement de l'entreprise ou distribuée aux associés. Attendu donc que la résolution est prise contrairement à l'intérêt social* » - CA Grenoble, 6 mai 1964 : *Gaz. Pal.* 1964, 2, jurispr. p. 208 ; *D.* 1964, p. 783, note A. DALSACE ; *JCP CI* 1964, 74830 ; *Rev. sociétés* 1965, p. 52

2837 Cass. com., 1er juill. 2003, n° 99-19328 : *RJDA* 2003, n° 1074, note RDM ; *JCP E* 2003, 1417 ; *Bull. Joly Sociétés* 2003, p. 1137, note A. CONSTANTIN ; *Rev. sociétés* 2004, p. 337, note B. LECOURT : « *Mais attendu que l'arrêt retient qu'entre 1988 et 1995, les bénéfices d'exploitation de l'entreprise sont venus systématiquement accroître le montant des capitaux propres, qui s'élevait en décembre 1995 à la somme de 1 927 814 francs dont 1 647 314 francs au titre du "report à nouveau", sans que cette mise en réserve n'ait eu aucun effet sur la politique d'investissement de l'entreprise tandis que les associés majoritaires ont voté des résolutions octroyant au gérant une prime de bilan de 340 000 francs pour les exercices 1991 et 1992 correspondant à deux fois le montant du bénéfice de l'exercice 1991 et à quatre fois le montant du bénéfice de l'exercice 1992, et approuvant pour les mêmes exercices la rémunération versée à la gérance de 270 920 francs pour 1991 et de 279 110 francs pour 1992 ; que la cour d'appel, qui a ainsi fait ressortir que l'affectation systématique des bénéfices aux réserves n'a répondu ni à l'objet ni aux intérêts de la société et que ces décisions ont favorisé les associés majoritaires au détriment de l'associé minoritaire, a caractérisé l'abus du droit de majorité ; que l'abus commis dans l'exercice du droit de vote d'une assemblée générale affecte par lui-même la régularité des délibérations de cette assemblée ; que le moyen n'est fondé en aucune de ses branches* » - Cass. com., 22 avril 1976 : *Rev. sociétés* 1976, p. 479, note D. SCHMIDT

2838 Cass. 1re civ., 20 mars 1989, n° 87-16862 : *Bull. Joly Sociétés* 1989, p. 411, note P. LE CANNU ; *RTD com*. 1990, p. 54, note E. ALFANDARI et M. JEANTIN : « *Mais attendu qu'ayant constaté que la réduction de loyer très excessive et anormale consentie à la SCP avait fait bénéficier celle-ci d'une réduction de ses charges en créant pour la SCI un déficit d'exploitation que M. X... devait contribuer à couvrir, la cour d'appel, qui n'était pas tenue de répondre à un simple argument a pu déduire de ces constatations que la délibération critiquée, contraire à l'intérêt de la société et prise dans le dessein de favoriser les deux associés majoritaires au détriment du troisième, constituait un abus de droit* » - Cass. com., 8 janv. 1973 : *RTD com.* 1973, p. 586, note R. HOUIN

2839 Cass. com., 29 mai 1972, n° 71-11739 : *Bull. civ.* 1972, n° 164 ; *JCP G* 1973, II, 17337, note Y. GUYON ; *RTD com.* 1972, p. 930, note R. HOUIN « *en l'absence de toute autre motivation justifiée la délibération litigieuse avait été prise sans aucun égard pour l'intérêt social et à l'encontre de celle-ci au seul avantage de Jean X... en vue de couvrir la gestion de ce dernier en tant que gérant de la société Aubert et de le dégager de la responsabilité encourue par lui en disposant les fonds de la société Pernot pour consentir, sans y avoir été habilite, des prêts d'un montant de 400 000 francs a la société Aubert* »

2840 Cass. com., 28 févr. 2006, n° 04-17566 : *Dr. sociétés* 2006, comm. 75, note H. HOVASSE ; *RDC* 2006, p. 798, note F.-X. LUCAS : « *Mais attendu que c'est dans l'exercice de son pouvoir souverain que la cour d'appel, par motifs propres et adoptés, a retenu que les réductions et augmentations successives du capital qui n'avaient pas eu pour seul objectif de satisfaire à l'obligation légale de recapitaliser la société SI conformément à l'article L. 225-248 du Code de commerce mais avait aussi permis aux sociétés de ne pas honorer leurs engagements envers M. Le X... ; qu'en ayant déduit que cette opération était constitutive d'un abus de majorité, elle a pu statuer comme elle a fait* »

voter une augmentation de capital exigée par la loi sous peine de dissolution de plein droit[2841]. Il en va de même en cas d'abus d'égalité, par exemple lorsqu'un associé refuse systématiquement d'accepter la nécessaire mise en réserve des bénéfices, entrainant de ce fait un appauvrissement injustifié de la société[2842].

402. La révocation fautive du dirigeant. La responsabilité de l'associé du fait de la révocation du dirigeant a été admise pour la première fois dans un arrêt de 2001. La Cour d'appel avait rejeté les prétentions de la gérante d'une SARL au motif que « *quelle que soit leur gravité, les reproches adressés* [aux associés] *concernant la décision de révocation, s'adressent à des associés qui, usant de leur liberté de vote, ont pris une décision d'associés engageant la société et que ces manquements, fussent-ils à finalité vexatoire et contraires à l'intérêt social, sont impropres à caractériser une faute personnelle des associés susceptible d'engager leur responsabilité* ». Les juges du fond n'écartèrent donc pas le caractère fautif de la révocation mais firent peser sur la seule société les conséquences de cet acte. La Cour de cassation fit pourtant droit à la demande du dirigeant et cassa cette décision au motif « *qu'en statuant ainsi, alors qu'elle avait relevé que la décision de révocation avait été prise en violation flagrante des règles légales relatives à la tenue et à la convocation des assemblées des associés et alors qu'une décision inspirée par une intention vexatoire et contraire à l'intérêt social, caractérise de la part de ses auteurs une volonté de nuire constitutive d'une faute, la cour d'appel a violé* [l'article 1382 du Code civil] »[2843].

2841 Cass. com., 9 mars 1993, n° 91-14685 : préc. note 879 : « *Attendu qu'après avoir retenu à bon droit que M. X... avait commis un abus de minorité en s'opposant à l'augmentation de capital à hauteur de 50 000 francs qui était légalement requise et était nécessaire à la survie de la société, l'arrêt, pour décider qu'il y avait eu abus de minorité, retient également que l'augmentation de capital demandée à hauteur de 500 000 francs était justifiée par les documents produits, que le silence et l'absence de M. X... aux assemblées générales extraordinaires, bloquant une décision nécessaire de façon injustifiée, procédaient par leur caractère systématique d'un dessein de nuire aux majoritaires, et par là-même, à l'intérêt social ; Attendu qu'en se déterminant par de tels motifs, impropres à établir en quoi l'attitude de M. X... avait été contraire à l'intérêt général de la société en ce qu'il aurait interdit la réalisation d'une opération essentielle pour celle-ci, et dans l'unique dessein de favoriser ses propres intérêts au détriment de l'ensemble des autres associés, et alors qu'elle retenait que les résultats de la société étaient bons et que celle-ci était prospère, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision* »

2842 Cass. com., 16 juin 1998, n° 96-13997 : *Bull. Joly Sociétés* 1998, p. 1083, note P. LE CANNU ; *Rev. sociétés* 1999, p. 103, note K. MEDJAOUI : « *Mais attendu qu'ayant relevé, par motifs propres et adoptés, que la société ELC a besoin de l'autofinancement le plus large pour ses investissements et son fonds de roulement du fait des délais existants entre le financement des fabrications et l'encaissement du prix des ventes, l'arrêt retient que ce fonds serait entamé si, comme le veut M. Gilbert X..., la totalité du résultat comptable était distribuée sous forme de dividendes et, en outre, qu'une telle distribution diminuerait le crédit de la société auprès des banques, alors que l'ancienneté du litige entre les associés a empêché l'affectation des bénéfices et qu'à présent elle doit procéder à la réhabilitation de son tènement industriel pour un coût qui, malgré le montant important de ses fonds propres, sera, pour les cinq sixièmes, couvert par un emprunt; qu'ayant, par ces constatations justifié son appréciation selon laquelle les exigences de M. Gilbert X... répondaient à un intérêt égoïste et étaient contraires à l'intérêt de la société et qu'en interdisant toute décision de l'assemblée générale y faisant obstacle il commettait un abus de son droit de vote, la cour d'appel a pu, sans encourir aucun des griefs du moyen, statuer comme elle a fait* » - Cass. com., 20 oct. 1998, n° 96-19477 : *Bull. Joly Sociétés* 1999, p. 66, note P. LE CANNU

2843 Cass. com., 13 mars 2001, n° 98-16197 : préc. note 2834

Deux autres arrêts du 22 novembre 2005 évoquent également la faute personnelle de l'associé. Dans le premier, elle est écartée au motif que « *même si la révocation est intervenue dans des conditions de forme irrégulières, elle a été décidée par les associés pour un juste motif et non pas dans le dessein de nuire à la gérante ; qu'en l'état de ces constatations et appréciations, c'est à bon droit que la cour d'appel, qui n'a pas dit qu'une révocation pour jute motif ne pouvait présenter un caractère vexatoire, a, justifiant légalement sa décision, décidé qu'aucune faute personnelle ne pouvait être retenue à l'encontre des associés majoritaires* ». Le second arrêt, au contraire, retient la faute personnelle. Il énonce « *qu'ayant relevé que, lors de la révocation* [du gérant], *aucune explication n'avait été fournie, qu'il n'avait été fait état d'aucun événement grave et imprévu justifiant l'urgence d'une telle décision, non inscrite à l'ordre du jour de la réunion, prise sans que l'intéressé puisse préparer ses observations et manifestement inspirée par une animosité de l'associé majoritaire à l'égard de son unique associé, la cour d'appel, qui n'a pas dit que la révocation était irrégulière pour être intervenue sur incident de séance, a retenu à bon droit l'existence d'une faute personnelle de* [l'associé] *de nature à engager sa responsabilité personnelle* »[2844].

La faute personnelle de l'associé exige donc la réunion de deux conditions : la violation de la procédure de révocation et la volonté de nuire. L'atteinte à l'intérêt social évoquée dans l'arrêt du 13 mars 2001 ne semble plus être exigée à la différence de l'abus du droit de vote. Un arrêt de la Cour d'appel de Versailles est allé encore plus loin. Il a condamné *in solidum* les associés et la société à réparer le dommage subi par le gérant sans pour autant relever une faute « personnelle ». En l'espèce, le dirigeant avait été révoqué suite à plusieurs fautes de sa part. Les associés avaient néanmoins omis de l'inviter à s'expliquer sur ses actes et ne l'avaient informé de sa révocation que postérieurement à l'assemblée générale. La Cour d'appel fait droit à la demande de dommages et intérêts du gérant au motif que « *même si les associés avaient de justes motifs de révoquer M. M., ils se devaient de le faire en respectant le principe du respect des droits de la défense et du devoir de loyauté dans les rapports sociaux* »[2845]. La faute de l'associé pourrait donc se limiter au non-respect des dispositions légales ou réglementaires. Même l'intention de nuire ne serait plus exigée. Il serait donc plus facile d'engager la responsabilité personnelle de l'associé que celle du dirigeant, cette dernière nécessitant la preuve d'une faute intentionnelle, d'une particulière gravité, incompatible avec les fonctions normales d'un dirigeant[2846]. Il est vrai, néanmoins que les

---

2844 Cass. com., 22 nov. 2005, n° 03-19860 et n° 03-18651 : *Rev. sociétés* 2006, p. 526, note L. GODON

2845 CA Versailles, 29 mars 2007, n° 06/01432 : *Bull. Joly Sociétés* 2007, p. 973, note S. MESSAÏ-BARHI

2846 V. *supra* n° 387

circonstances ouvrant droit à réparation du fait du vote de l'associé semblent très rares en pratique. Mais si l'on doit admettre la nullité des décisions collectives contraires à l'intérêt social comme l'invite à le faire un arrêt de la Cour de cassation du 13 novembre 2007[2847], ces actions pourraient devenir de plus en plus fréquentes. Les associés verraient alors leur responsabilité facilement mise en jeu. On peut notamment penser à l'autorisation des conventions réglementées. Pour ces actes particuliers, la loi ne prévoit que la responsabilité des dirigeants et éventuellement des associés parties au contrat[2848]. Les autres associés pourraient également voir leur responsabilité engagée du fait d'une autorisation fautive. Le contrôle qu'ils sont censés opérer sur ces conventions dangereuses serait fautif si l'acte est contraire à l'intérêt social entendu comme l'intérêt propre de la société.

2 : Un préjudice

403. Le préjudice de la société. Outre la nullité de la délibération en cause[2849] ou la désignation d'un mandataire *ad hoc*[2850], l'abus du droit de vote ouvre droit à dommages et intérêts au profit de la société[2851]. La Cour de cassation a eu l'occasion d'affirmer que la société n'était pas l'auteur de l'acte dommageable émanant de l'assemblée générale mais bien sa victime[2852]. Une telle affirmation va de soi puisque l'atteinte à l'intérêt social est une condition nécessaire de la sanction de l'abus du droit de vote. La violation de l'intérêt social est ainsi constituée dès lors que la société doit supporter des charges injustifiées au profit d'un dirigeant ou d'un tiers, lorsqu'on la prive des recettes prévues ou espérées, ou encore que l'on risque d'entrainer sa dissolution[2853].

2847 Cass. com., 13 nov. 2007, n° 06-15826 : préc. note 1020 - V. *supra* n° 132

2848 articles L. 223-19 et L. 225-41 du Code de commerce

2849 Cass. com., 6 juin 1990, n° 88-19783 : *Bull. civ.* 1990, n° 171 ; *Bull. Joly Sociétés* 1990, p. 782, note P. LE CANNU ; *Rev. sociétés* 1990, p. 607, note CHARTIER ; *D.* 1992, p. 56, note J.-Y. CHOLEY-COMBE : « *l'abus commis dans l'exercice du droit de vote lors d'une assemblée générale affecte par lui-même la régularité des délibérations de cette assemblée* »

2850 Cass. com., 9 mars 1993, n° 91-14685 : préc. note 879 : « *Attendu qu'en statuant ainsi, alors que le juge ne pouvait se substituer aux organes sociaux légalement compétents et qu'il lui était possible de désigner un mandataire aux fins de représenter les associés minoritaires défaillants à une nouvelle assemblée et de voter en leur nom dans le sens des décisions conformes à l'intérêt social mais ne portant pas atteinte à l'intérêt légitime des minoritaires, la cour d'appel a violé les textes susvisés* »

2851 Cass. com., 21 janv. 1997, n° 94-18883 : *Bull. civ.* 1997, n° 26 ; *JCP E* 1997, II, 965 note J.-J. DAIGRE ; *Rev. sociétés* 1997, p. 527, note B. SAINTOURENS ; *Bull. Joly Sociétés* 1997, p. 312, note P. LE CANNU : « *le gérant de la société Contact sécurité avait vocation à agir au nom de la société, sur le fondement des pouvoirs légaux qui lui sont conférés, pour faire constater par la juridiction compétente la nullité des conventions litigieuses et l'atteinte portée à l'intérêt social par les agissements de son ancien gérant et de la SIFB, constitutifs d'abus de majorité* » - F.-X. LUCAS, « La réparation du préjudice causé par un abus de minorité », *LPA* 12 sept. 1997, n° 15, p. 10, spéc. n° 15

2852 Cass. com., 6 juin 1990, n° 88-19783 : préc. note 2849 : « *la cour d'appel, après avoir retenu que les délibérations litigieuses avaient été adoptées par abus du droit de majorité, a décidé à bon droit que seuls les associés majoritaires qui avaient commis cet abus devaient en répondre à l'égard des demandeurs et qu'en conséquence, l'action dirigée contre la société Huber n'était pas recevable* » - V. également M.-C. PINIOT, *Rapport annuel de la Cour de cassation 1993*, p. 118

2853 V. la jurisprudence citée *supra* n° 401

Les arrêts condamnant effectivement les associés à réparer par équivalent le dommage subi par la société sont pourtant rares[2854]. Ils préfèrent prononcer la réparation en nature du dommage[2855]. Celle-ci suffit généralement à réparer le préjudice subi par la société et il pourrait paraître incongru de faire payer aux associés fautifs des dommages et intérêts qui vont leur profiter indirectement par l'accroissement du patrimoine social[2856]. En outre, la mise en jeu de la responsabilité des associés exige la preuve d'un lien de causalité entre la faute et le préjudice. Or la jurisprudence admet restrictivement ce lien[2857].

404. Le préjudice des tiers. Si la société est la première victime des agissements des associés, elle est loin d'être la seule. L'abus du droit de vote ouvre droit à réparation au profit des associés lésés. Là encore, la rupture d'égalité est une condition nécessaire de l'abus. La Cour de cassation ne le dit pas expressément mais seul le préjudice personnel de l'associé, distinct du préjudice social, fait l'objet d'une indemnisation. Il en est ainsi lorsque l'abus avait pour effet de réduire le pouvoir politique ou les droits financiers des associés[2858]. La Cour de cassation a ainsi reconnu comme préjudice de l'associé la perte de chance de céder ses parts suite à une dissolution[2859], l'impossibilité d'invoquer une promesse d'achat en raison de la disparition des parts sociales par un « coup d'accordéon »[2860], l'absence de remboursement

---

2854 V. cependant Cass. com., 10 mai 2011, n° 10-16323 : *Bull. Joly Sociétés* 2011, p. 874, note F.-X. LUCAS ; *Rev. sociétés* 2011, p. 566, note B. SAINTOURENS ; *Dr. sociétés* 2011, comm. 148, note R. MORTIER : « *Vu l'article 1382 du Code civil ; Attendu que pour rejeter la demande de Mme X... en paiement de dommages-intérêts pour abus de minorité, l'arrêt se réfère au contexte précédemment exposé et retient qu'il n'est pas démontré que les votes de M. X... auraient finalement été manifestement contraires à l'objet social et auraient ainsi causé un préjudice à la SCI ; Attendu qu'en se déterminant ainsi, après avoir relevé que M. X... s'était opposé à la conclusion du bail avec la société Locaposte et que la mésentente entre les associés avait rendu impossible la prise de décisions mêmes opportunes, sans rechercher si l'opposition de M. X... ne procédait pas de la volonté de faire prévaloir ses intérêts personnels sur les intérêts essentiels de la société, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision* »

2855 A.-L. CHAMPETIER DE RIBES-JUSTEAU, *Les abus de majorité, de minorité et d'égalité*, préc., spéc. n° 479 et s. p. 333 et s.

2856 C. TUAILLON, « L'abus en droit des sociétés, vague concept ou vaste concept de protection ? », *PA*, 10 mars 2004, n° 50, p. 4 - S. MESSAI-BARHI, « Réparation du préjudice personnel de l'associé : limite confirmée », *Bull. Joly Sociétés* 2005, p. 1252, spéc. p. 1257 - A.-L. CHAMPETIER DE RIBES-JUSTEAU, *Les abus de majorité, de minorité et d'égalité*, préc., spéc. n° 464 p. 323

2857 V. par ex. Cass. com., 5 mai 1998, n° 96-15383 : préc. note 1181 : après avoir admis l'abus de minorité, la Cour d'appel déboute la société de sa demande de dommages et intérêts. Le Pourvoi est rejeté au motif « *qu'après avoir relevé que l'existence des frais financiers dont faisait état la société SAAM au soutien de sa demande de dommages-intérêts ne résultait pas du refus de M. X... de voter l'augmentation de capital, c'est souverainement que la cour d'appel a considéré que la réalité du préjudice financier invoqué n'était pas établie* » - CA Paris 3e ch., 25 oct. 1994 : *Rev. sociétés* 1995, p. 111 - CA Paris 3e ch., 23 nov. 2001 : *Rev. sociétés* 2002, p. 92, note Y. GUYON

2858 A.-L. CHAMPETIER DE RIBES-JUSTEAU, *Les abus de majorité, de minorité et d'égalité*, préc., spéc. n° 475 p. 330

2859 Cass. com., 8 févr. 2011, n° 10-11788 : *JCP E* 27 oct. 2011, p. 40, note F.-G. TREBULLE ; *Bull. Joly Sociétés* 2011, p. 288, note F.-X. LUCAS ; *JCP E* 12 mai 2011, p. 27, note B. DONDERO : « *après avoir relevé que la décision de liquider la société a été prise à l'initiative de la société TFN sans motifs sérieux, l'arrêt retient que cette société a abusivement profité de sa position d'associée majoritaire au sein de la société CASIF pour mettre un terme aux activités de cette entreprise, empêchant par là-même toute possibilité d'exécution des engagements conclus entre elle et la société MCR, et que ces agissements fautifs ont causé à cette dernière un préjudice constitué par la perte d'une chance de pouvoir céder les titres en sa possession dans les conditions contractuellement prévues* »

2860 Cass. com., 28 févr. 2006, n° 04-17566 : préc. note 2840 : « *...le même jour, par deux actes séparés, M. Le X... et la société Gardy ont convenu des conditions dans lesquelles les actions représentant les 30 % restant du capital de la société SI pourraient être cédées ultérieurement ; qu'on été conclues une promesse unilatérale d'achat par laquelle la*

d'un compte courant d'associé devenu débiteur en l'absence répétée de distribution de dividendes[2861], ou enfin le préjudice économique résultant de la perte de la concession de l'exploitation d'un casino causée par le refus d'augmenter le capital social[2862]. Le dirigeant abusivement révoqué peut également obtenir réparation, non de sa révocation elle-même, mais des circonstances qui l'ont entourée. Il s'agira le plus souvent de la réparation de son préjudice moral.

3 : La mise en œuvre de l'action

405. L'action *ut singuli*. L'action personnelle de l'associé ou du dirigeant victimes du vote ne pose pas de difficulté. Il s'agit d'une action individuelle. L'action exercée au profit de la société en cas d'abus du droit de vote est plus originale. Elle pourrait être exercée soit par le dirigeant, soit par les associés victimes. Pour l'instant, seule l'action *ut universi* engagée par le dirigeant a fait l'objet d'un arrêt de la Cour de cassation et est admise par la

---

société Gardy s'est engagée à acheter les 30 % du capital restant de la société SI entre le 1er janvier 2003 et le 31 mars 2003, et une promesse unilatérale de vente par laquelle M. Le X... s'est engagé à vendre ces 30 % à la société Gardy, soit entre le 21 juin 2001 et le 31 décembre 2002, soit entre le 1er avril 2003 et le 31 décembre 2003 […]. *Mais attendu que c'est dans l'exercice de son pouvoir souverain que la cour d'appel, par motifs propres et adoptés, a retenu que les réductions et augmentations successives du capital qui n'avaient pas eu pour seul objectif de satisfaire à l'obligation légale de recapitaliser la société SI conformément à l'article L. 225-248 du Code de commerce mais avait aussi permis aux sociétés de ne pas honorer leurs engagements envers M. Le X... ; qu'en ayant déduit que cette opération était constitutive d'un abus de majorité, elle a pu statuer comme elle a fait* »

2861 Cass. com., 17 juin 2008, n° 06-15045 : *Bull. civ.* 2008, n° 125 ; *Rev. sociétés* 2008, p. 826, note J.-F. BARBIERI ; *Rev. Lamy dr. aff.* nov. 2008, p. 10, note D. GIBIRILA ; *Dr. sociétés* 2008, comm. 176, note R. MORTIER ; *D.* 2008, p. 1818, note A. LIENHARD ; *RTD com.* 2008, p. 588, note M.-H. MONSERIE-BON et L. GROSCLAUDE : « *c'est en connaissance de cause que les associés majoritaires ont décidé de mettre en réserve les bénéfices pour ramener le compte courant de M. X... en débit au prix de compensations douteuses avec la dette provisionnelle de la société sur le prix des parts sociales, tandis que les associés majoritaires ont disposé immédiatement à l'issue des trois assemblées générales litigieuses, de sommes puisées sur les résultats bénéficiaires destinées à rembourser leurs comptes courants; que la cour d'appel qui a ainsi fait ressortir que l'affectation systématique des bénéfices aux réserves n'a répondu ni à l'objet ni aux intérêts de la société et que ces décisions ont été prises dans l'unique dessein de favoriser les associés majoritaires au détriment de l'associé minoritaire, a caractérisé l'abus de majorité* »

2862 Cass. com., 18 juin 2002, n° 98-21967 : *Bull. Joly Sociétés* 2002, p. 1197, note L. GODON : « *Attendu que la société Forges thermal fait le même reproche à l'arrêt alors, selon le pourvoi :* […] *2) que n'entre pas dans la compétence du conseil d'administration la résiliation de la concession de l'exploitation du casino constituant l'unique actif social, une telle décision compromettant l'objet social ; qu'elle faisait valoir la faute commise par les majoritaires qui, sans autorisation de l'assemblée générale des actionnaires avait procédé à la résiliation de la concession reprise dans une autre société dont ils étaient les animateurs ; qu'en retenant qu'il n'était pas établi que l'accord de l'assemblée générale extraordinaire ait été nécessaire, qu'en irait-il différemment il n'en résulterait pas moins que c'est l'abus de minorité, dont elle s'est rendue coupable, qui est à l'origine du préjudice exactement retenu par les premiers juges, soit la perte par les actionnaires majoritaires de l'essentiel de leur investissement, la cour d'appel qui ne précise pas en quoi cette décision irrégulière profitant à une société animée par les mêmes majoritaires n'avait eu aucun rôle causal dans la disparition de l'actif social n'a pas légalement justifié sa décision au regard des articles 98 et suivants de la loi du 24 juillet 1966 ;* […] *Mais attendu, en premier lieu, que l'arrêt retient, par motifs propres et adoptés, que la décision prise par le conseil d'administration de la société de résilier la concession accordée par la ville de Dunkerque pour l'exploitation d'un casino, ne résultait que de l'impossibilité dans laquelle elle se trouvait, en raison du refus de la société Forges thermal d'accepter une augmentation de capital et de la situation de blocage qui en découlait, de payer les loyers dus au titre de ce contrat ; que la cour d'appel qui ne s'est pas prononcée par un motif hypothétique et qui n'était pas tenue de procéder à des recherches que ses constatations et appréciations rendaient inopérantes, a légalement justifié sa décision* »

jurisprudence[2863]. L'action exercée par les associés constituerait quant à elle une action *ut singuli* or celle-ci n'est prévue par aucun texte et n'a jamais été consacrée par la jurisprudence. Néanmoins, si l'on admet l'action du dirigeant, il semble qu'on ne puisse pas écarter celle de l'associé. En cas d'abus de majorité, le dirigeant rechignera souvent à agir contre la majorité dont il est issu. Les associés minoritaires seront alors les seuls à pouvoir faire valoir les droits de la société. La jurisprudence admet déjà que les minoritaires puissent demander la nullité de la délibération en cause. Or il s'agit bien d'une forme de réparation en nature de l'abus[2864]. Rien ne s'oppose donc à l'action *ut singuli* en cas d'abus du droit de vote.

PARAGRAPHE 3 : LA RESPONSABILITE DES COMMISSAIRES AUX COMPTES

On observe en pratique une mise en cause de plus en plus fréquente de la responsabilité du commissaire aux comptes. Sur deux cent mille certifications annuelles, cent cinquante environ donneront lieu à des poursuites à l'égard du contrôleur légal[2865]. Devant cet afflux judiciaire, et surtout le montant exorbitant des dommages et intérêts demandés[2866], la Compagnie Nationale des Commissaires aux Comptes[2867] et la Commission européenne se sont inquiétées[2868]. A l'heure actuelle, une réflexion est donc menée sur le moyen de remédier à cette situation[2869]. Avant d'étudier en détail les conditions de la responsabilité des commissaires aux comptes (B), il s'agira de s'intéresser à son fondement, lequel fait l'objet de discussion (A).

2863 Cass. com., 21 janv. 1997, n° 94-18883 : préc. note 2851

2864 P. LE CANNU, « La sous-filialisation abusive », *Bull. Joly Sociétés* 1995, p. 303, spéc. n° 18 et s., p. 309 et s. - J.-L. RIVES-LANGE, « L'abus de majorité », *RJ com.* n° spéc., nov. 1991, p.65, spéc. p. 72

2865 N. DHAINAUT-FAKIROFF, *Les prérogatives du commissaire aux comptes*, thèse préc., spéc. n° 630 p. 312

2866 PH. MERLE, « Vers un plafonnement de la responsabilité civile des commissaires aux comptes », *in Mélanges en l'honneur du Professeur Gilles Goubeaux*, Dalloz, LGDJ, 2009, p. 365, spéc. p. 365 et note 2

2867 V. par ex. M. LECLERCQ, ancien Président de la CNCC, cité par O. DUFOUR : « *de plus en plus, on a tendance à rechercher un responsable en toute chose. Dans le domaine financier, ce responsable est tout trouvé, c'est la commissaire aux comptes. Dès lors, on affirme qu'il aurait dû voir sans se demander un seul instant s'il pouvait voir* », *in* « Responsabilité : les commissaires aux comptes vont-ils parler ? », *M&G-AGEFI*, 17 avril 2000- V. également F. VIDAL, « Les recours possibles contre le commissaire aux comptes », *Option finance* 11 mai 1998

2868 M. CHARLIE MCCREEVY, membre de la Commission chargé du Marché intérieur et des services : « *Les recours contre les auditeurs tendent à augmenter, or souvent ces derniers ne sont pas en mesure de souscrire une assurance qui couvre suffisamment leurs risques. Il existe donc un réel danger de voir un jour l'un des «quatre grands» confronté à une action qui menace son existence. Il y a de nombreux moyens d'améliorer la situation: certains États membres ont déjà plafonné la responsabilité des auditeurs, tandis que d'autres sont en train d'instaurer une responsabilité proportionnelle, assortie d'une restriction du droit de recours à certains intervenants. Cependant, compte tenu des différences entre les marchés nationaux, il n'existe probablement pas d'approche unique qui convienne à toutes les parties. Je souhaite un débat approfondi sur les stratégies envisageables et j'encourage les parties intéressées à nous communiquer leur point de vue* », in « Communiqué de presse de la Commission européenne du 18 janv. 2007 : Responsabilité des sociétés d'audit: la Commission lance une consultation sur une réforme éventuelle des régimes de responsabilité dans l'UE », IP/07/60

2869 V. *infra* n° 540

A : FONDEMENT DE LA RESPONSABILITE DU COMMISSAIRE AUX COMPTES

La responsabilité du commissaire aux comptes repose sur un double fondement légal (1) ou contractuel (2) selon que sa mission relève de la loi ou d'un contrat.

1 : La nature légale de la responsabilité du commissaire aux comptes dans le cadre du contrôle légal des comptes.

406. Le fondement légal de la responsabilité du commissaire aux comptes à l'égard de l'entité contrôlée. La responsabilité du commissaire aux comptes est fondée sur l'article L. 822-17 alinéa 1er du Code de commerce qui dispose : « *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* ». La question se pose pourtant de la nature exacte de la responsabilité du commissaire aux comptes à l'égard de la société et des associés[2870]. L'enjeu est important car il conditionne le régime de l'action mise en œuvre[2871]. L'article 43 de la loi du 24 juillet 1867 fondait cette responsabilité sur les règles générales du mandat. Il s'agissait donc d'une responsabilité contractuelle[2872]. La loi du 24 juillet 1966 ayant supprimé toute référence au droit commun du mandat, l'accent est mis désormais sur le caractère institutionnel et non plus contractuel de la mission des commissaires aux comptes[2873] : « *le commissaire aux comptes est un des rouages du contrôle de l'activité économique nationale, institutionnalisé par l'Etat, via le législateur, qui l'a rendu obligatoire dans la plupart des sociétés, personnes et entités de quelque importance* »[2874]. Une partie de la doctrine a alors abandonné la conception contractuelle de la responsabilité du contrôleur légal pour adopter un fondement délictuel ou quasi délictuel[2875]. D'autres auteurs n'ont pourtant pas abandonné l'idée d'une responsabilité

2870 N. DHAINAUT-FAKIROFF, *Les prérogatives du commissaire aux comptes*, thèse préc., n° 634 et s. - J.-F. BARBIERI, « Quelques observations sur le fondement, la nature et le domaine de la responsabilité civile des commissaires aux comptes », *Bull. Joly Sociétés* 2004, p. 617

2871 J.-F. BARBIERI, « Quelques observations sur le fondement, la nature et le domaine de la responsabilité civile des commissaires aux comptes », préc., spéc. n° 2 p. 618

2872 J. HEMARD, F. TERRE et P. MABILAT, *Sociétés commerciales*, t. 2, préc., spéc. n° 1048 p. 834 - G. DAUBOIN, « Fonctionnement et perception du contrôle par les juges, La responsabilité des commissaires aux comptes », *in Le commissariat aux comptes, renforcement ou dérive*, A. SAYAG (dir.), Librairie Technique 1989, p. 413, spéc. n° 454 p. 413

2873 J. HEMARD, F. TERRE et P. MABILAT, *Sociétés commerciales*, t. 2, préc., spéc. n° 882 p. 694 ; G. RIPERT et R. ROBLOT, par M. GERMAIN et V. MAGNIER, *Traité de droit de affaires*, t. 2, *Les sociétés commerciales*, préc., spéc. n° 1720 p. 538 - G. DAUBOIN, « Fonctionnement et perception du contrôle par les juges, La responsabilité des commissaires aux comptes », préc., n° 456 p. 415 et 462 p. 418

2874 N. DHAINAUT-FAKIROFF, *Les prérogatives du commissaire aux comptes*, thèse préc., n° 636 p. 316

2875 J. HEMARD, F. TERRE et P. MABILAT, *Sociétés commerciales*, t. 2, préc., spéc. n° 1048 p. 834 - Y. GUYON, *Droit des affaires*, t. I, *Droit commercial général et sociétés*, préc., spéc. n° 360 - PH. MERLE, *Droit commercial, Sociétés commerciales*, préc., spéc. n° 500 p. 601 - C. DE LAUZAINGHIEN, J.-L. NAVARRO, D. NECHELIS, *Droit comptable*, préc.

de nature contractuelle. Monsieur Barbièri, au soutien de cette thèse, relève la liberté de choix du contrôleur légal, la discussion relative à ses honoraires, la rédaction de la lettre de mission qui le lie à son client, l'obligation de moyens qui est la sienne et son droit de se prévaloir de l'exception d'inexécution[2876]. On doit néanmoins relever que ce dernier argument est critiquable car la jurisprudence n'admet pas que l'entité contrôlée puisse elle-même se prévaloir de cette faculté en raison du caractère institutionnel de la mission du commissaire aux comptes[2877]. De même, la CNCC a eu l'occasion d'affirmer l'inefficacité des clauses limitatives de responsabilité dans le cadre de la relation contrôleur contrôlé[2878]. Enfin, l'action en responsabilité engagée contre le commissaire aux comptes se prescrit par trois ans et non conformément au droit commun du droit des obligations[2879].

La jurisprudence a également abandonné la conception contractuelle de la responsabilité du contrôleur légal pour adopter un fondement délictuel ou quasi délictuel[2880]. Les juges du fond rendent leurs décisions au visa de l'article L. 822-17 du Code de commerce[2881] mais des arrêts récents de la Cour de cassation continuent d'être rendus au visa de l'article 1382 du Code civil[2882]. Cela démontre de la part des juges une certaine volonté d'écarter le caractère

---

spéc. n° 180 - V. cependant pour une vision plus contractuelle de cette mission : N. DHAINAUT-FAKIROFF, *Les prérogatives du commissaire aux comptes*, thèse préc., n° 635

2876 J.-F. BARBIERI, « Quelques observations sur le fondement, la nature et le domaine de la responsabilité civile des commissaires aux comptes », préc., spéc. n° 5 p. 620

2877 CA Paris, 10 mars 2006, RG n° 04/13651 : *JCP E* 2006, p. 976 ; *Bull. Joly Sociétés* 2006, p. 1001, note J. BARBIERI : « *le refus de la SA Carrier Carrosserie de payer V. M. de ses honoraires de commissaire aux comptes au regard des manquements caractérisés par le tribunal de grande instance de Paris dans sa décision du 27 mars 2002 ne pouvait être pris en compte que dans le cadre de l'action en responsabilité exercée à rencontre de ce dernier sur le fondement du texte précité et au titre du préjudice subi que cette juridiction n'a pas retenu et non au titre de l'exception pour mauvaise exécution que tant la nature institutionnelle des fonctions de commissaire aux comptes que l'autonomie nécessaire dans l'exercice de sa mission de certification des comptes commandent d'exclure* »

2878 Avis CNCC : *Bull. CNCC* 2003, p. 654 - *La responsabilité civile du commissaire aux comptes*, éd. CNCC, 2007, spéc. n° 199 p. 50

2879 article L. 822-18 renvoyant à l'article L. 225-254 du Code de commerce - Comp. article 2224 du Code civil : « *Les actions personnelles ou mobilières se prescrivent par cinq ans à compter du jour où le titulaire d'un droit a connu ou aurait dû connaître les faits lui permettant de l'exercer* »

2880 Cass. com., 17 oct. 1984, n° 83-12414 : *Bull. civ.* 1984, n° 269 ; *JCP* 1985, II, 20458, note A. VIANDIER ; *Rev. sociétés* 1985, p. 845, note D. VIDAL ; *Bull. CNCC* n° 57, p. 109, note E. DU PONTAVICE : au visa de l'article 1382 du Code civil, la Cour de cassation retient la responsabilité du commissaire aux comptes au motif que « *les comptes établis par M. T..., expert comptable, et vérifiés par M. C…, commissaire aux comptes, ne correspondaient pas à la réalité* » - CA Paris, 10 mars 2006, RG n° 04/13651 : préc. note 2877

2881 V. par ex. CA Versailles, 10 févr. 2011, n° 09/07495 : *JurisData* n° 2011-001856 : « *considérant que selon l'article L.822-17 du Code de commerce, 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* » - CA Paris, 5 mai 2011, n° 10/07872 : inédit

2882 V. par ex. Cass. com., 18 mai 2010, n° 09-14281 : *Rev. sociétés* 2010, p. 590, note TH. GRANIER ; *Bull. Joly Sociétés* 20010, p. 665, note J.-F. BARBIERI : « *Vu l'article 1382 du Code civil ; Attendu que pour rejeter la demande de dommages-intérêts relative au préjudice invoqué par la société Tesdef et M. Z... résultant de la souscription par eux à l'augmentation de capital de la société ADM, réalisée en pure perte, l'arrêt retient d'abord qu'il résulte des éléments du dossier que l'échec de la société est du au désengagement brutal de sa banque, puis, que la société Tesdef et M. Z... n'ont pas mis la juridiction en mesure d'apprécier si la réaction de la banque peut être en rapport avec la faute du commissaire aux comptes et qu'ils n'ont en conséquence pas démontré que l'échec de la société était lié aux fautes du commissaire aux comptes ; Attendu qu'en statuant ainsi, alors qu'elle avait précédemment relevé que M. A... avait commis différentes fautes dans l'accomplissement de sa mission en certifiant des comptes sans vérifications sérieuses*

contractuel du contrôle légal. Ces décisions n'en sont pas pour le moins surprenantes. En effet, elles devraient obligatoirement être rendues au visa de l'article 822-17 du Code de commerce, ce qui n'est pas le cas. Pourtant, il est indéniable que la responsabilité du commissaire aux comptes ne repose pas sur le droit commun de la responsabilité délictuelle. Encore une fois, l'existence d'un régime spécial et notamment de la prescription abrégée conduit à reconnaître la nature légale, spéciale, de la responsabilité du fait du contrôle légal des comptes. Néanmoins, dans le silence de la loi, c'est dans la responsabilité délictuelle que le juge se doit de trouver l'inspiration.

Lorsque l'entité contrôlée n'est pas soumise à une obligation de désigner un commissaire aux comptes, la responsabilité de ce dernier n'en reste pas moins soumise à l'article 822-17 alinéa 1er du Code de commerce[2883]. En effet, l'article L. 820-1 du Code de commerce impose l'application des dispositions du titre II relatives au commissaire aux comptes à « *toutes les personnes et entités quelle que soit la nature de la certification prévue dans leur mission* ». En outre, l'article L. 612-1 alinéa 5 du Code de commerce énonce que les personnes morales de droit privé non-commerçantes ayant une activité économique et ne dépassant pas certains seuils sont libres de désigner ou non un commissaire aux comptes. L'article précise que dans ce cas, le commissaire aux comptes et son suppléant « *sont soumis aux mêmes obligations, encourent les mêmes responsabilités civile et pénale et exercent les mêmes pouvoirs* » que lorsque sa désignation est obligatoire.

407. Le fondement légal de la responsabilité du commissaire aux comptes à l'égard des tiers. L'article L. 822-17 alinéa 1er du Code de commerce vise indistinctement la personne morale contrôlée et les tiers. A l'égard de ces derniers, la responsabilité du commissaire aux comptes ne saurait évidemment pas être de nature contractuelle. Il ne fait aucun doute que la responsabilité du contrôleur légal se rapproche plus de la responsabilité délictuelle[2884]. La Cour de cassation continue d'ailleurs d'appliquer l'article 1382 du Code civil pour sanctionner le commissaire aux comptes au profit d'un tiers, au lieu de l'article L. 822-17 alinéa 1er du Code de commerce[2885]. Sa responsabilité conserve néanmoins une nature légale,

---

de la situation réelle de l'entreprise et que par son défaut d'information, il n'avait pas mis la société Tesdef et M. Z... en mesure d'apprécier cette situation et de prendre une décision éclairée sur leur participation à une augmentation de capital, la cour d'appel qui n'a pas tiré les conséquences légales de ses constatations a violé le texte susvisé » - Cass. com., 3 déc. 2002, n° 01-00641 : inédit

2883 *La responsabilité civile du commissaire aux comptes*, préc., spéc. n° 5 p. 6

2884 *La responsabilité civile du commissaire aux comptes*, préc., spéc. n° 2 p. 5

2885 Cass. com., 24 sept. 2003, n° 00-19067 : *Bull. civ.* 2003, n° 136 ; *Bull. CNCC* 2003, p. 625, note PH. MERLE ; *Dr. sociétés* 2004, comm. 52, note F.-G. TREBULLE ; *Rev. sociétés* 2004, p. 319, note TH. GRANIER ; *Bull. Joly Sociétés* 2003, p. 1260, note J.-F. BARBIERI ; *RDC* 2004, p. 413, note D. HOUTCIEFF : « *Vu l'article 1382 du Code civil ; Attendu que, pour rejeter l'action en responsabilité dirigée contre le commissaire aux comptes, l'arrêt retient, par motifs propres et adoptés, que, quelles que soient les conclusions du commissaire aux comptes, les dirigeants auraient*

propre au commissariat aux comptes et se voit appliquer le même régime dérogatoire au droit commun.

2 : La nature contractuelle de la responsabilité du commissaire aux comptes dans le cadre de ses autres missions.

408. La nature contractuelle de la responsabilité du fait des missions conventionnelles. A côté du contrôle légal des comptes, le commissaire aux comptes peut se voir confier d'autres missions par convention avec son client (ex. : commissaire aux apports, commissaire à la fusion…). Une partie de la doctrine estime qu'il n'y pas lieu de distinguer selon le type de mission accomplie et que dans tous les cas, la responsabilité du commissaire repose sur l'article L. 822-17 du Code de commerce qui ne distingue pas selon que la mission du commissaire aux comptes est de nature légale ou contractuelle. Autrement dit, le régime applicable serait le même[2886]. On peut objecter que la CNCC a admis que pour ces missions, d'éventuelles clauses limitatives de responsabilité pouvaient être prévues[2887]. De plus, la jurisprudence écarte la prescription triennale[2888]. Donc, s'agissant de ces missions particulières, la responsabilité du commissaire aux comptes relève de la responsabilité contractuelle[2889].

B : REGIME DE LA RESPONSABILITE DU COMMISSAIRE AUX COMPTES DU FAIT DU CONTROLE-SURVEILLANCE LEGAL

Conformément aux exigences de l'article 822-17 du Code de commerce, la responsabilité du commissaire aux comptes nécessite la preuve d'une faute de contrôle (1), d'un dommage (2) et d'un lien de causalité (3).

---

sollicités les crédits avec les garanties d'usage, ainsi que le démontrent leur comportement passé comme leur attitude ultérieure, en particulier celle des administrateurs après le refus de certification des comptes, et qu'en conséquence il n'existe aucun lien de causalité entre l'activité du commissaire aux comptes et le préjudice de la caution ; Attendu qu'en se déterminant ainsi, sans rechercher si les négligences du commissaire aux comptes, relevées par les premiers juges, n'avaient pas permis à la banque de croire à la solvabilité de la SVN et privé en conséquence M. X... d'une chance de n'avoir pas à s'obliger en qualité de caution, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision » - Cass. com., 18 mai 2010, n° 09-14281 : préc. note 2882

2886 A. ROBERT, *Responsabilité des commissaires aux comptes et des experts comptables*, Dalloz 2011, spéc. n° 12.40 p. 26 - P. FEUILLET, *Pratique du commissariat aux comptes*, Sirey 1978, spéc. n° 157 - N. REBOUL, *Les contrats de conseil*, PU Aix-Marseille 1999,spéc. n° 250

2887 *Bull. CNCC*, 2003, p. 654 -, *La responsabilité civile du commissaire aux comptes*, préc., spéc. n° 201 p. 50

2888 CA Paris, 30 juin 2006, n° 04/23203 : *Bull. Joly Sociétés* 2006, p. 1364, note J.-F. BARBIERI : « *La courte prescription de trois ans édictée au bénéfice des commissaires aux comptes, en raison du caractère dérogatoire au droit commun de cette prescription, ne concerne que les interventions des commissaires aux comptes définies par la loi. Les obligations résultant des interventions définies comme en l'espèce par convention se prescrivent par dix ans en application de l'article 110-4 I du Code de commerce* » - CA Amiens, 15 juin 1981 : *Bull. CNCC* 1981, p. 359, note E. DU PONTAVICE

2889 J.-F. BARBIERI, « Quelques observations sur le fondement, la nature et le domaine de la responsabilité civile des commissaires aux comptes », préc., spéc. n° 9 p. 622

1 : Une faute de contrôle

Le commissaire aux comptes est responsable non seulement de sa propre faute (a) mais également de celle commise par les collaborateurs ou experts dont il s'est attaché les services (b).

a : La faute de contrôle du commissaire aux comptes

D'après l'article L. 822-17 alinéa 1er du Code de commerce, la responsabilité des commissaires aux comptes est fondée sur les « *fautes et négligences par eux commises dans l'exercice de leur fonction* ». Nous verrons qu'en principe le contrôleur légal n'est tenu que d'une obligation de moyen, sauf pour certaines missions particulières (α). Nous étudierons ensuite la typologie des fautes du commissaire aux comptes (β).

α : Le principe : une obligation de moyen

409. La consécration de l'obligation de moyens du commissaire aux comptes. La distinction entre obligation de moyens et obligation de résultat est en principe réservée au domaine de la responsabilité contractuelle[2890]. Elle est néanmoins utilisée par les auteurs à propos de la responsabilité des commissaires aux comptes. La doctrine est en effet unanime pour reconnaître au contrôleur légal une simple obligation de moyen[2891]. Elle se fonde pour cela sur les articles L. 823-9 alinéa 1er et L. 823-16 alinéa 1er du Code de commerce. Le premier de ces textes impose la certification de la régularité et de la sincérité des comptes, mais pas leur exactitude. Le second article permet au commissaire aux comptes de procéder par sondage, ce qui ne peut lui permettre de contrôler l'intégralité des comptes. Enfin, le contrôleur légal dispose d'un pouvoir permanent de contrôle des comptes mais n'est pas tenu d'un contrôle permanent de ses derniers[2892]. Au regard de la complexité de la tâche, l'examen intégral de la comptabilité et du fonctionnement de la société est impossible. Il représenterait un coût insupportable pour la société et ne permettrait pas de tenir les délais de publication

---

2890 C. DE LAUZAINGHIEN, J.-L. NAVARRO, D. NECHELIS, *Droit comptable*, préc., spéc. n° 171 p. 151

2891 *JCl. Sociétés Traité*, Fasc. 134-25, par D. LANGE, spéc. n° 21 - J. MONEGER et TH. GRANIER, *Le commissaire aux comptes*, Dalloz 1995, spéc. n° 509 - G. RIPERT et R. ROBLOT, par M. GERMAIN et V. MAGNIER, *Traité de droit de affaires*, t. 2, *Les sociétés commerciales*, n° 1742 et p. 555 - *Mémento Lefebvre Audit et commissariat aux comptes* 2012, spéc. n° 12255 - PH. MERLE, *Droit commercial, Sociétés commerciales*, préc., spéc. n° 519 p. 625 - D. VIDAL, *Le commissaire aux comptes dans la société anonyme*, préc. n° 260 p. 213 - G. DAUBOIN, « Fonctionnement et perception du contrôle par les juges, La responsabilité des commissaires aux comptes », préc., spéc. n° 466 p. 420 - N. DHAINAUT-FAKIROFF, *Les prérogatives du commissaire aux comptes*, thèse préc., n° 647 et s., p. 323 et s.

2892 *La responsabilité civile du commissaire aux comptes*, préc., spéc. n° 13 p. 8 - V. également E. DU PONTAVICE, note sous CA Paris, 16 oct. 1979, *Rev. sociétés* 1980, p. 719

des comptes légalement impartis[2893]. Le contrôle-surveillance légal des comptes ne peut donc jamais prétendre à la perfection[2894] et laisse la place à un aléa[2895] qui, si minime soit-il, fait de la certification une obligation de moyen.

Les juges du fond ont rapidement adopté cette position qui a pour conséquence de mettre la charge de la preuve de la faute ou de la négligence du commissaire aux comptes à la charge de la victime du dommage[2896]. Certains magistrats ont particulièrement motivé leur décision. La Cour d'appel d'Orléans énonce par exemple que « *les commissaires aux comptes n'ont cependant qu'une obligation de moyens, laquelle ne les oblige pas à vérifier la totalité des écritures par le moyen d'une révision complète ni à rechercher toutes les erreurs et irrégularités, mais seulement à procéder à des sondages et des investigations plus complètes en cas de découverte d'anomalie ; que leur objectif doit être d'acquérir un degré raisonnable de certitude quant à l'opinion qu'ils sont appelés à formuler, et leur devoir est d'exécuter leur mission avec toute la compétence et le soin que l'on est en droit d'attendre d'un professionnel normalement diligent* »[2897]. De la même manière, un arrêt de la Cour d'appel de Caen rappelle que « *le commissaire aux comptes, qui n'a pas la mission d'un expert-comptable, n'a pas à procéder à une rectification de la totalité des écritures par leur révision complète, mais peut se limiter à utiliser la pratique des sondages, laquelle est légalisée par l'article 230 de la loi du 24 juillet 1966 [actuel article L. 823-16 du Code de commerce], sauf à procéder à une vérification plus approfondie en cas de découverte d'anomalies. Ainsi, dans sa mission de certification, le commissaire aux comptes, qui n'a pas la possibilité de s'immiscer dans la gestion de la société ni de refaire sa comptabilité, ne peut, en raison des moyens limités d'investigation dont il dispose, offrir à ceux qu'il a mission d'informer – conseil d'administration et associés – la certitude absolue que tout est parfaitement correct dans le*

2893 A. ROBERT, *Responsabilité des commissaires aux comptes et des experts comptables*, préc., spéc. n° 21.22 p. 38

2894 J.-C. GOFFARD, « Espaces et limites de la mise en cause de la responsabilité des commissaires aux comptes », *in Commissaire aux comptes, missions et responsabilités*, M. DOMINGO (dir.), Economica 2001, p. 167, spéc. p. 169 - CNCC, NEP-200. Principes applicables à l'audit des comptes mis en œuvre dans le cadre de la certification des comptes : « *7. La formulation, par le commissaire aux comptes, de son opinion sur les comptes nécessite qu'il obtienne l'assurance que les comptes, pris dans leur ensemble, ne comportent pas d'anomalies significatives. Cette assurance élevée, mais non absolue du fait des limites de l'audit est qualifiée, par convention, d'« assurance raisonnable ». 8. Les limites de l'audit résultent notamment de l'utilisation des techniques de sondages, des limites inhérentes au contrôle interne, et du fait que la plupart des éléments collectés au cours de la mission conduisent davantage à des présomptions qu'à des certitudes* »

2895 G. VINEY et P. JOURDAIN, *Les conditions de la responsabilité*, préc., spéc. n° 541 p. 526

2896 CA Rennes, 27 mai 1975, *Rev. sociétés* 1976, 121, note Y. GUYON ; *RTD com*. 1976, p. 561, n° 29, note R. HOUIN : le demandeur est tenu de « *rapporter la preuve de fautes ou de négligences commises* [par le commissaire aux comptes] *dans l'exécution de sa mission* […], *une telle faute ne saurait se déduire de la seule constatation que F… a pu se livrer à des malversations sans que* [le commissaire aux comptes] *les ait décelées dans le cadre des contrôles exercés par lui* » - CA Grenoble, 7 mars 1989 : *Bull. CNCC* 1989, n° 75 p. 356 - CA Paris, 30 juin 1994 : *Bull. Joly Sociétés* 1994, p. 1114, note J.-F. BARBIERI - CA Paris, 27 mai 2000 : *Dr. sociétés* déc. 2000, p. 20 - CA paris, 11 mai 1990 : *Bull. CNCC* 1990 n° 81, p. 114, note E. DU PONTAVICE

2897 CA Orléans, 19 avril 1995 : *Bull. CNCC* n° 99, p. 323, note PH. MERLE

fonctionnement de celle-ci et en particulier que toutes les opérations comptables sont exactes »[2898].

La Cour de cassation a été plus hésitante. Dans un arrêt de 1984, elle avait semblé retenir une obligation de résultat à la charge du commissaire aux comptes. La Cour d'appel de Paris avait écarté la responsabilité de ce dernier au motif notamment que l'expert-comptable « *n'avait pas commis de faute dès lors qu'il n'avait pas été prouvé qu'il avait été en mesure de vérifier "l'état d'exécution" de certains marchés et que le préjudice invoqué ne présentait pas de lien de causalité avec le fait* [du commissaire aux comptes] ». La Cour de cassation casse l'arrêt en énonçant « *qu'en statuant ainsi alors qu'elle constatait que les comptes établis par m. Z..., expert-comptable, et vérifies par M. Y..., commissaire aux comptes, ne correspondaient pas à la réalité, la cour d'appel n'a pas tiré de ses constatations les conséquences légales qui en découlaient* »[2899]. La Cour de cassation s'est pourtant rapidement rangée à l'avis de la doctrine et des juges du fond en reconnaissant finalement dès 1987 une obligation de moyens à la charge du commissaire aux comptes. Elle le fait implicitement en relevant que les moyens mis en œuvre par le contrôleur légal étaient appropriés et qu'une autre méthode de travail ne lui aurait sans doute pas plus permis de relever les fraudes commises[2900].

La faute du commissaire aux comptes ne saurait donc se limiter à la simple erreur dès lors que le non-respect de son obligation de moyens n'est pas établi[2901].

2898 CA Caen, 24 oct. 2000 : *Bull. CNCC* 2000, n° 110, p. 552, note PH. MERLE

2899 Cass. com., 17 oct. 1984, n° 83-12414 : préc. note 2880

2900 Cass. 1re civ., 19 mai 1987, n° 85-16753 : *Bull. CNCC* n° 67, p. 334 : « *Attendu d'abord, que la Cour d'appel n'a pas dit, ainsi que le lui reproche la première branche du moyen, que le commissaire aux comptes d'une société était dispensé de toute vérification des pièces justificatives, mais a relevé que le chef comptable avait mis au point une technique de fraude très élaborée, rendue facile par mauvaise organisation de l'entreprise, laquelle n'était en rien imputable au Commissaire aux comptes, et qu'aucun soupçon a priori ne pesant sur le personnel de l'entreprise, M. Y... avait procédé par des sondages selon la méthode de son choix, en principe appropriée à pareil cas ; qu'elle a, d'autre part, énoncé, avec le rapport d'experts que deux méthodes de sondage autres que celles qu'il avait employées auraient, peut-être, pu permettre de déceler la fraude mais qu'elle a également considéré, contrairement à l'avis des experts, qui ne la liait pas, ce qui rend inopérant le grief de dénaturation avancé par la seconde branche du moyen, que M. X... ne détruisait peut être pas les fausses factures et qu'il aurait eu le temps, en cas d'utilisation de ces méthodes, de les réintégrer parmi les pièces justificatives dans des conditions telles que les irrégularités n'auraient pas été nécessairement découvertes ; qu'ayant par là-même écarté que fût établi un lien entre la faute alléguée et le préjudice de la société, elle a justifié sa décision* » - Cass. com., 9 févr. 1988, n° 86-13121 : *Bull. civ.* 1988, n° 68, p. 47 ; *Bull. CNCC* 1988, p. 197, note E. DU PONTAVICE ; *LPA* 7 mars 1988, p. 13, note p. MORETTI ; *Rev. sociétés* 1988, p. 555, note J. MONEGER ; *Bull. Joly Sociétés* 1988, p. 275, note P. LE CANNU - Cass. com., 28 janv. 1992, n° 90-15837 : *Bull. Joly Sociétés* 1992, p. 412, note J.-F. BARBIERI

2901 CA Caen, 30 mai 2000 : *Bull. CNCC* 2000, p. 377, note PH. MERLE : « *les erreurs comptables reprochées* [au commissaire aux comptes] *pour les comptes arrêtés au 31 décembre 1992 et certifié par lui, portent sur une immobilisation* […] *et des valeurs d'exploitation* […] ; *si ces erreurs, ayant pour conséquence la certification de comptes erronés, ne sont pas contestées, Monsieur J... ne démontre l'existence d'aucune faute à l'encontre du commissaire aux comptes. La seule existence d'erreurs est ici insuffisante au niveau probatoire. Pareillement, il n'est invoqué aucun manquement [du commissaire aux comptes] à ses obligations professionnelles et au respect des normes de sa profession. Par ailleurs, ces erreurs ponctuelles n'apparaissent pas de celles qui auraient dû être rectifiées par un commissaire aux comptes normalement diligent. Le manquement du commissaire aux comptes à son obligation de moyens n'est donc pas établi* » - CA Paris, 20 mars 2000 : *Bull. Joly Sociétés* 2000, p. 685, n° 159, note J.-F. BARBIERI

410. L'appréciation *in abstracto* de la faute de contrôle du commissaire aux comptes. Lorsque la faute du commissaire aux comptes relève de la négligence, le droit commun de la responsabilité s'applique et le comportement du contrôleur sera apprécié *in abstracto,* par comparaison avec « le bon père de famille »[2902]. La jurisprudence fait alors référence au comportement « *d'un professionnel normalement diligent et prudent* »[2903], ou encore d'un « *professionnel normalement compétent, prudent, attentif aux diligences* »[2904]. Néanmoins, en cas de faute intentionnelle, la victime devra prouver que le commissaire aux comptes a agi dans l'intention de causer un dommage à autrui ou en sachant que ses actes causeraient un dommage. Il s'agit alors pour le juge de porter une appréciation subjective sur le comportement de l'auteur et donc d'une appréciation *in concreto*[2905].

411. L'exception : l'obligation de résultat. Par exception, le commissaire aux comptes est parfois tenu d'une obligation de résultat[2906]. C'est le cas lorsque la mission qui lui est confiée ne connaît aucun aléa possible[2907]. Il en est ainsi pour l'obligation de vérifier les actions de garantie détenues par les administrateurs ou les membres du conseil de surveillance[2908], de contrôler les modifications statutaires[2909] ou encore d'établir un rapport spécial sur les conventions réglementées[2910].

β : Typologie des fautes de contrôle du commissaire aux comptes

412. Nomination et cessation des fonctions. La désignation du commissaire aux comptes pourrait donner lieu à une action en responsabilité à son encontre. L'article L. 822-1 du Code de commerce impose de choisir le commissaire aux comptes sur une liste établie à cet effet. Pour s'assurer de l'indépendance du contrôleur, les articles L. 822-10 et L. 822-11 du Code de commerce édictent en outre une liste d'incompatibilité et d'interdiction. Enfin, en vertu de

---

2902 *La responsabilité civile du commissaire aux comptes*, préc., spéc. n° 26 p. 11- A. ROBERT, *Responsabilité des commissaires aux comptes et des experts comptables*, préc., spéc. n° 21.33 p. 43 - *JCl. Sociétés Traité*, Fasc. 134-25, par D. LANGE, spéc. n° 22 - J. MONEGER et TH. GRANIER, *Le commissaire aux comptes*, préc., spéc. n° 519 - G. RIPERT et R. ROBLOT, par M. GERMAIN et V. MAGNIER, *Traité de droit de affaires*, t. 2, *Les sociétés commerciales*, préc., spéc. n° 1742 p. 556 - G. DAUBOIN, « Fonctionnement et perception du contrôle par les juges, La responsabilité des commissaires aux comptes », préc., n° 467 p. 421

2903 CA Paris, 25 avril 1989 : *Bull. CNCC* 1989, n° 77, p. 94

2904 CA Caen, 24 oct. 2000 : préc. note 2898

2905 *La responsabilité civile du commissaire aux comptes*, préc., spéc. n° 25 p. 10 - V. N. DEJEAN DE LA BATIE, *Appréciation* in abstracto *et appréciation* in concreto *en droit civil français*, LGDJ 1965

2906 *La responsabilité civile du commissaire aux comptes*, préc., spéc. n° 97 p. 27 - A. ROBERT, *Responsabilité des commissaires aux comptes et des experts comptables*, préc., spéc. n° 21.22 p. 40

2907 CA Bordeaux, 7 mars 1990 : *Dr. sociétés* 1991, comm. 225 : « *certaines missions particulières, telles la certification de l'exactitude du montant total des rémunérations versées aux personnes les mieux rémunérées de la société, ne laissent place à aucun aléa et font peser sur le commissaire une obligation de résultat* » - N. DHAINAUT-FAKIROFF, *Les prérogatives du commissaire aux comptes*, thèse préc., spéc. n° 649 p. 324

2908 article L. 225-26 et L. 225-73 du Code de commerce

2909 article L. 210-8 al. 2 du Code de commerce

2910 article L. 225-40 et L. 225-88 du Code de commerce

l'article L. 820-3-1 du Code de commerce, les délibérations de l'assemblée générale « *prises à défaut de désignation régulière de commissaires aux comptes ou sur le rapport de commissaires aux comptes nommés ou demeurés en fonctions contrairement aux dispositions du présent titre ou à d'autres dispositions applicables à la personne ou à l'entité en cause sont nulles* ». La responsabilité du commissaire aux comptes pourrait donc être engagée en cas d'irrégularité dans sa nomination ayant entrainé la nullité d'une délibération de l'assemblée générale[2911]. Il faudrait néanmoins démontrer un préjudice lié à cette désignation fautive. De plus, l'article L. 820-3-1 alinéa 2 du Code de commerce prévoit la confirmation possible de la décision par l'assemblée générale sur le rapport d'un commissaire aux comptes régulièrement désigné.

Le commissaire aux comptes est également tenu d'une certaine diligence lors de l'acceptation de sa mission. L'article 13 du Code de déontologie de la profession dispose ainsi que : « *Avant d'accepter une mission de certification, le commissaire aux comptes vérifie que son accomplissement est compatible avec les exigences légales et réglementaires et celles du présent Code* ». Il pourrait également s'agir d'une cause de responsabilité si le contrôleur légal acceptait sa mission à la légère[2912].

Le même Code de déontologie, en son article 19, dispose que le commissaire aux comptes doit exercer sa mission jusqu'à son terme. Il peut démissionner pour des motifs légitimes mais il ne peut le faire pour se soustraire à ses obligations légales relatives notamment : à la procédure d'alerte, à la révélation de faits délictueux au procureur de la République, à la déclaration de sommes ou d'opérations soupçonnées d'être d'origine illicite ou à l'émission de son opinion sur les comptes. L'alinéa 3 du même article énonce également qu'« *il ne peut non plus démissionner dans des conditions génératrices de préjudice pour la personne ou l'entité concernée. Il doit pouvoir justifier qu'il a procédé à l'analyse de la situation* ». La jurisprudence est rare. Un arrêt de la Cour d'appel de Nîmes a néanmoins reconnu au commissaire aux comptes le droit de démissionner librement, « *à condition de ne pas l'exercer d'une manière préjudiciable à la société par malice, voire par simple légèreté blâmable* »[2913]. La preuve d'un préjudice causé à la société par la démission fautive du contrôleur légal devra être rapportée. Cela sera rarement le cas en pratique lorsqu'un

---

2911 *La responsabilité civile du commissaire aux comptes*, préc., spéc. n° 34 p. 13

2912 A. ROBERT, *Responsabilité des commissaires aux comptes et des experts comptables*, préc., spéc. n° 22.11 p. 63

2913 CA Nîmes, 27 mars 1973 : *Rev. sociétés* 1974, p. 327, note E. DU PONTAVICE ; *JCP G* 1974, IV, 311

commissaire suppléant a été désigné[2914], celui-ci remplaçant immédiatement le démissionnaire, sauf à ce que les deux décident de démissionner en même temps[2915].

La faute de contrôle du commissaire aux comptes réside donc en premier dans un comportement qui remet en cause le cadre, l'efficacité et la confiance des bénéficiaires quant au sérieux de l'exécution de sa mission. Le problème n'est pas tant dans l'appréciation du risque social au regard de l'intérêt social mais de l'appréciation que l'on pourra faire de ce contrôle.

413. Faute et mission permanente de contrôle. La mission de contrôle des comptes est la première mission du commissaire aux comptes. Il est donc, dans un premier temps, responsable de ses négligences. Il est possible de lui reprocher de ne pas avoir accompli sa mission[2916], de ne pas lui avoir consacré le temps requis[2917], ou de ne pas avoir réalisé des contrôles suffisants[2918]. Le commissaire aux comptes, dans un second temps, est responsable de son incompétence. Il pourra alors lui être reproché de ne pas avoir relevé des irrégularités que des diligences normales auraient dû lui permettre de découvrir[2919]. Les exemples sont variés. La jurisprudence a ainsi sanctionné un commissaire aux comptes n'ayant pas tenu compte des écarts importants entre le solde du compte fournisseur de la société et celui du

---

2914 la jurisprudence n'hésite pas, d'ailleurs, à reporter la faute sur la société si celle-ci a omis de désigner un suppléant : CA Reims, 31 juill. 1996 : *Bull. CNCC* 1996, ° 103, p. 482, note PH. MERLE

2915 TGI Toulouse, 29 juin 2000 : *Bull. CNCC* 2002, p. 76, note PH. MERLE

2916 Cass. com. 9 févr. 1988, n° 86-13121 : préc. note 2900 : « *Attendu, d'autre part, que d'après l'article 228 de la loi du 24 juillet 1966, en sa rédaction antérieure à la loi du 30 avril 1983, les commissaires aux comptes certifient la régularité et la sincérité de l'inventaire, du compte d'exploitation générale, du compte de pertes et profits et du bilan, que par application de l'article 229 de la même loi, ils opèrent à toute époque de l'année les vérifications nécessaires pour mener à bien leur mission ; que la cour d'appel a constaté qu'un examen sommaire tel que celui effectué par la société d'expertise économique et financière avait permis de déceler la probabilité d'une fraude dans la présentation du bilan de 1976, et que les irrégularités n'avaient été révélées par M. X... qu'après que le nouveau dirigeant, M. Y..., les ait fait apparaître, alors que les difficultés qu'il reconnaissait avoir éprouvées pour obtenir les comptes de 1976 auraient dû l'inciter à se montrer spécialement circonspect et à se faire communiquer toutes les pièces utiles à l'exercice de sa mission ; que la cour d'appel a pu ainsi en conclure que ce commissaire aux comptes n'avait pas effectué de contrôles ; qu'elle a ainsi justifié légalement sa décision* »

2917 Cass. com. 27 oct. 1992, n° 90-21127 : *Bull. civ.* 1992, n° 331 ; *Bull. CNCC* 1993, p. 375, note E. DU PONTAVICE ; *JCP E* 1993, II, 403, note M. JEANTIN ; *Rev. sociétés* 1993, p. 86, note D. VIDAL ; *Dr. sociétés* 1993, comm. 2, note TH. BONNEAU : « *Mais attendu que l'arrêt retient, par motifs propres et adoptés, que dans le cadre de l'examen du bilan de l'exercice 1983-1984 de la société Pilotaz, en vue de sa certification, M. X... n'avait, selon ses propres conclusions, consacré qu'une journée au contrôle sur place des comptes arrêtés au 30 juin 1984, que ce contrôle allégé ne lui avait pas permis de déceler la fraude commise par le dirigeant de la société, tandis qu'une vérification normalement effectuée aurait permis de découvrir la falsification, ce qui a d'ailleurs été le cas quelques mois plus tard, lorsque, saisi d'un doute, M. X... avait demandé à ses collaborateurs de vérifier à nouveau les comptes annuels de l'exercice 1984 ; qu'en l'état de ses constatations et appréciations, la cour d'appel a pu, hors toute dénaturation, décider que M. X... avait commis des fautes d'omission qui ont été la cause génératrice du préjudice* »

2918 V. par ex. CA paris, 29 sept. 1983 : *Bull. CNCC* 1983, n° 52, p. 481, note E. DU PONTAVICE : contrôle des soldes et comptes fournisseurs peu nombreux - CA Bordeaux, 24 mars 1986 : *Bull. CNCC* 1986, n° 63, p. 294, note E. DU PONTAVICE : absence de vérification régulière des justificatifs de facture

2919 Cass. com., 21 oct. 2008, n° 07-17464 : *Bull. Joly Sociétés* 2009, p. 261, note J.-F. BARBIERI : « *qu'en l'état de ces constatations et appréciations, dont il résulte qu'un accomplissement normal de ses missions aurait dû permettre au commissaire aux comptes de déceler les détournements et ainsi d'y mettre fin, la cour d'appel* […] *a légalement justifié sa décision et a pu statuer comme elle a fait* »

compte du fournisseur en question[2920]. Est également responsable le commissaire aux comptes qui ne contrôle pas des remboursements de frais de missions qui normalement étaient inclus dans la rémunération du gérant[2921], ne tient pas compte des difficultés rencontrées par l'expert-comptable[2922], ne relève pas le caractère insolite du montant de certaines charges fictives[2923] ou de certains comptes de TVA[2924], ou ne demande pas une réorganisation de l'organisation comptable qui constituait une « *aberration voyante* »[2925].

L'issue normale de la mission de contrôle légal des comptes est la certification de ces derniers. Lorsque le commissaire certifie des comptes qui ne représentent pas une image fidèle de la société, il engage sa responsabilité[2926]. Ont donc été considérés comme fautifs des contrôleurs ayant certifié les comptes tout en connaissant le caractère mensonger du bilan et le défaut de libération d'une augmentation de capital[2927], ou sans dénoncer les insuffisances ou impropriétés de la comptabilité au regard de l'activité de la société[2928], ou encore en ayant

---

2920 Cass. com., 6 févr. 1990, n° 88-15536 : *Bull. CNCC* 1990, n° 79, p. 359 : « *Mais attendu que l'arrêt relève, tant par motifs propres qu'adoptés, que, de 1978 à 1985, des détournements ont été commis au préjudice de la société Y..., leurs auteurs omettant de créditer le compte bancaire de versements de clients portés sur le livre de caisse, et soldant les comptes de ces derniers par le débit du compte fournisseur de la Régie Renault, que celui-ci présentait en conséquence des écarts importants avec les soldes du compte de la société Y... dans les livres de la Régie Renault, que des sondages et recoupements sérieux ainsi que des vérifications des écritures par les pièces justificatives, opérations rendues nécessaires par les divergences constatées, auraient dû être effectuées par la SLRC, que celle-ci, commissaire aux comptes de la société Y... depuis 1975, n'a signalé les écarts qu'en 1985, et s'est alors bornée à recommander à la société de recourir à la méthode de confirmation des soldes auprès des principaux clients et fournisseurs, sans mettre en œuvre aucun contrôle, comme il lui appartenait de le faire, pour rechercher l'origine des anomalies, que les vaines vérifications d'autres organismes ne justifient pas les manquements de la SLRC ; que, répondant ainsi aux conclusions invoquées, la cour d'appel a pu déduire de ces constatations et énonciations que la SLRC, investie d'une mission permanente de contrôle sur les comptes de la société Y..., avait fait preuve d'une carence fautive justifiant qu'elle soit relevée de ses fonctions* »

2921 CA Lyon, 6 nov. 1997 : *Bull. CNCC* 1997, n° 108, p. 525

2922 CA Paris, 18 mars 2002 : *Bull. CNCC* 2002, n° 126, note PH. MERLE

2923 TGI Créteil, 27 oct. 1999 : *Gaz. Pal.* 2000, somm. p. 393 : le commissaire aux comptes est responsable de ne pas avoir relevé les détournements commis par la comptable de la société alors que les charges fictives comptabilisées et détournées étaient toujours des multiples de 1000 à la différence de toutes les autres valeurs inscrites en comptabilité

2924 Cass. com., 22 nov. 2005, n° 03-16548 : préc. note 835 « *le caractère insolite de la position nette substantiellement créditrice des comptes TVA de la société aurait dû leur apparaître compte tenu des particularités de son activité exonérée de TVA pour tous ses achats effectués auprès de la société mère américaine qui était son principal fournisseur* »

2925 Cass. com., 22 nov. 2005 : préc. note 2924 : « *l'arrêt retient qu'il résulte du rapport d'expertise que l'organisation du service comptable de la société et le contrôle interne constituaient une "aberration voyante" et qu'il appartenait aux commissaires aux comptes de demander une modification dans l'organisation comptable* »

2926 *La responsabilité civile du commissaire aux comptes*, préc., spéc. n° 51 p. 17

2927 Cass. req. 9 mars 1942 : *JCP* 1942, II, 1930, note D. BASTIAN : « *les commissaires aux comptes, au même titre que les administrateurs, connaissaient ou pouvaient connaître sans difficulté le non versement de l'intégralité de l'augmentation de capital social de 1920, dont la libération figurait à tort au bilan de 1921 ; Qu'en l'état de ces constatations la Cour d'appel a pu décider que la responsabilité des commissaires aux comptes de la Banque P… et spécialement de T., était engagée envers la masse* »

2928 Cass. com. 6 oct. 1992, n° 90-21011 : *Bull. civ.* 1992, n° 295 ; *Bull. CNCC* 1993, p. 243, note E. DU PONTAVICE ; *Bull. Joly Sociétés* 1992, p. 1291, note J.-F. BARBIERI ; *RJ com.* 1993, p. 166, note D. VIDAL ; *Dr. sociétés* 1992, comm. 242, note TH BONNEAU : « *Attendu que, pour débouter la société Veuve Le Floch et fils de son action dirigée contre M. Lagadec, commissaire aux comptes de la société Le Floch Sarb, afin d'avoir réparation du préjudice allégué pendant les années 1975 à 1980 du fait de l'inexactitude de la comptabilité de cette société, l'arrêt retient, par motifs adoptés, qu'il apparaît du dossier de l'information pénale qui a abouti à la condamnation d'un employé de la société Le Floch Sarb pour abus de confiance, que " seule la mise en place d'une comptabilité informatisée, permettant les rapprochements entre les fiches éleveurs et le stock, a rendu possible la découverte du déficit " et qu'il ne peut être*

omis de mentionner le changement de méthode comptable[2929], ou de vérifier un poste comptable important[2930]. Une certification avec réserve peut également se révéler préjudiciable lorsque cette dernière est insuffisante[2931]. A l'inverse, le commissaire aux comptes n'engage pas sa responsabilité en cas de refus de certification[2932], sauf si ce refus se révèle abusif[2933]. De même, le contrôleur légal n'a pas le droit de s'immiscer dans la gestion de la société, il ne peut donc être tenu de vérifier des frais financiers résultant de choix de gestion[2934].

414. Fautes et missions particulières. Le commissaire aux comptes engage sa responsabilité dans le cadre de sa mission d'information. Il en est ainsi notamment quand il commet une faute dans son rapport sur la suppression du droit préférentiel de souscription[2935], dans son rapport sur les conventions réglementées[2936], ou dans son rapport général[2937]. Le

---

reproché à M. Lagadec d'avoir laissé se développer une comptabilité globale n'autorisant pas l'analyse séparée des comptes de chaque éleveur ; Attendu qu'en se déterminant par de tels motifs, impropres à caractériser l'absence de faute de M. Lagadec, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision »

2929 CA Paris, 13 nov. 1998 : *Bull. CNCC* 1999, p. 455, note PH. MERLE

2930 TGI Marseille, 10 sept. 1986 : *Bull. CNCC* 1986, p. 419

2931 Cass. com., 11 févr. 2003, n° 99-20139 : *Bull. Joly Sociétés* 2003, p. 549, note J.-F. BARBIERI ; *Bull. CNCC* 2003, p. 325, note PH. MERLE : « *Attendu que les commissaires aux comptes font encore le même reproche à l'arrêt alors, selon le moyen, que l'acquisition des parts d'une société en état de cessation des paiements imminente est, par nature, extrêmement risquée pour des repreneurs qui se fondent sur des comptes certifiés datant de plus d'une année et qui sont assortis de réserves ; qu'en l'espèce, soit les repreneurs n'avaient pas conscience du risque qu'ils couraient en rachetant les parts d'une société en état de cessation des paiements imminente, et en leur qualité de professionnels du monde des affaires et de l'édition, ils ont commis une faute qui a concouru, au moins pour partie, à la réalisation de leur préjudice, soit ils en avaient conscience, et la cour d'appel ne pouvait pas, alors condamner les commissaires aux comptes à réparer l'intégralité des conséquences dommageables d'un risque qu'ils avaient sciemment couru ; qu'en jugeant le contraire, la cour d'appel a violé l'article 1382 du Code civil ; Mais attendu qu'en retenant que les sociétés avaient pris des garanties en proportion de la situation négative au 31 décembre 1993 de la société SPI certifiées par les commissaires aux comptes et que ces prévisions ne se sont trouvées remises en cause que du fait de l'inexactitude des dits comptes dûment certifiés, la cour d'appel a pu décider que les sociétés n'avaient commis aucune faute en se fondant sur le rapport de certification des comptes lequel demeure un élément déterminant pour décider, dans l'urgence, d'investir dans une société en situation financière difficile* »

2932 CA Versailles, 7 nov. 2002 : *Bull. CNCC* 2002, p. 580 : « *Considérant s'agissant de l'exercice clos le 31 août 1990, que Monsieur D… a refusé de certifier les comptes, que dès lors que la faute ne pourrait que résulter d'une certification inexacte des comptes, la responsabilité du commissaire aux comptes ne peut être recherchée au titre de cet exercice…* »

2933 *La responsabilité civile du commissaire aux comptes*, préc., spéc. n° 58 p. 18

2934 CA Paris, 31 oct. 2001 : *Bull. CNCC* 2001, note PH. MERLE : « *C'est également vainement que la société reproche au commissaire aux comptes de ne pas avoir sollicité d'explications des dirigeants quant au montant important des frais ou de ne pas avoir demandé communication des éléments permettant de s'assurer de la légitimité des prélèvements et de leur montant, alors que l'importance des frais financiers résultait d'un choix de gestion dans lequel il n'avait pas à s'immiscer…* »

2935 Cass. com. 11 juillet 2000, n° 96-13668 : *Bull. civ*. 2000, n° 144 ; *LPA* 8 déc. 2000, p. 9, note J.-C. BARBIERI ; *Bull. CNCC* 2001, p. 106, note PH. MERLE ; *JCP E* 2000, p. 2049, note TH. GRANIER : « *Mais attendu, en premier lieu, qu'après avoir exactement rappelé que dans sa mission d'information des actionnaires que lui confient les articles 186 de la loi du 24 juillet 1966 et 155-1 du décret du 23 mars 1967, le commissaire aux comptes ne peut se contenter d'entériner les informations qu'il reçoit, la cour d'appel, qui a constaté que le commissaire aux comptes ne s'est pas, comme il l'aurait dû, informé sur l'existence de litiges en cours, a pu en déduire qu'il n'avait pas rempli sa mission* »

2936 A. ROBERT, *Responsabilité des commissaires aux comptes et des experts comptables*, préc., spéc. n° 22.82 p. 72

2937 Cass. com. 12 nov. 1992, n° 90-18502 : *Bull. CNCC* 1993, n°89, p. 110, note E. DU PONTAVICE ; *Rev. sociétés* 1993, p. 408, note D. VIDAL : « *Attendu, en second lieu, qu'après avoir relevé que la responsabilité du commissaire aux comptes était recherchée pour avoir manqué à ses obligations professionnelles, la cour d'appel a retenu qu'on chercherait en vain dans son rapport écrit daté du 12 octobre 1981, invitant les associés à approuver les comptes de la société, la moindre allusion à la perte des trois-quarts du capital social et ce, afin que les associés puissent en tirer les*

contrôleur légal est également responsable en cas de non-révélation de faits délictueux ayant causé un dommage à la société. Par contre, il ne saurait être tenu des conséquences dommageables de cette révélation[2938].

Le commissaire aux comptes est encore tenu d'un devoir d'alerte[2939]. Sa responsabilité peut être engagée s'il procède tardivement à cette alerte[2940]. Néanmoins, la charge de la preuve pèse sur le demandeur et ce dernier ne verra son préjudice réparé que s'il démontre un lien de causalité entre la faute du contrôleur légal et son dommage[2941]. L'article L. 822-17 du Code de commerce prévoit l'absence de responsabilité du commissaire pour les informations ou faits divulgués à l'occasion de sa mission d'alerte, même si celle-ci a été déclenchée à tort[2942]. Par contre, sa responsabilité peut être engagée lorsque la procédure d'alerte a été déclenchée de mauvaise foi ou suite à une faute lourde assimilable au dol[2943].

La faute de contrôle résulte donc également de l'absence de mise en œuvre ou de la mauvaise exécution des sanctions du contrôle. Lorsque le commissaire aux comptes a correctement apprécié le risque social au regard de l'intérêt social mais qu'il n'en a pas tiré les conséquences.

---

conséquences qui s'imposaient, que sa carence s'est poursuivie lors de l'assemblée générale extraordinaire du 8 décembre 1981 qui devait statuer sur l'opportunité de prononcer la dissolution de la société et où il était absent, tandis que dans ces circonstances particulières ses observations auraient été utiles ; qu'en l'état de ces constatations et appréciations d'où il résultait que le commissaire aux comptes n'avait permis aux associés, en particulier M. de C... de Villez, ni de connaitre la véritable situation de la société ni de prendre une décision éclairée, la cour d'appel, qui n'a pas modifié l'objet du litige, a, abstraction faite du motif justement critiqué par la quatrième branche du moyen mais qui est surabondant, légalement justifié sa décision »

2938 *La responsabilité civile du commissaire aux comptes*, préc., spéc. n° 83 et s., p. 24 et s. - N. DHAINAUT-FAKIROFF, *Les prérogatives du commissaire aux comptes*, thèse préc., n° 536 et s., p. 265 et s.

2939 V. supra n° 95

2940 *La responsabilité civile du commissaire aux comptes*, préc., spéc. n° 87 p. 25 - A. LIENHARD, « la responsabilité du commissaire aux comptes dans le cadre de la procédure d'alerte », *Rev. proc. coll*. 1996, p. 1, spéc. p. 3 et s.

2941 Cass. com. 3 mars 2004, n° 99-21712 : *Bull. CNCC* 2004, p. 331, note PH. MERLE : « *Mais attendu qu'ayant relevé que tous les actionnaires connaissaient la situation de la société à la fin de l'année 1992, la cour d'appel, qui a considéré que l'absence de déclenchement à cette date de la procédure prévue par l'article 230-1 de la loi du 24 juillet 1966, dans sa rédaction antérieure à la loi du 10 juin 1994, était sans incidence sur le retard apporté au "dépôt de bilan" et l'éventuelle aggravation du passif en résultant, a légalement justifié sa décision* »

2942 Cass. com. 3 déc. 1991, n° 90-14592 : *Bull. civ.* 1992, n° 376 ; *Bull. Joly Sociétés* 1992, p. 172, n° 48, note J.-F. BARBIERI ; *Dr. sociétés* 1992, comm. 22, note TH. BONNEAU ; *Rev. sociétés* 1992, p. 488, note D. VIDAL ; *Bull. CNCC* 1992, p. 142, note E. DU PONTAVICE

2943 *La responsabilité civile du commissaire aux comptes*, préc., spéc. n° 93 p. 26 - Cass. com., 3 déc. 1991, n° 90-14592 : préc. note 2942 : « *Attendu que pour accueillir cette demande, la cour d'appel a retenu que M. Beaunier avait fait preuve d'une minutie extrême qui avait exaspéré les dirigeants de la société et avait accordé à des lacunes constatées une importance démesurée, ce qui l'avait conduit à déclencher à tort une procédure d'alerte et à saisir sans motifs suffisants le procureur de la République, que pour l'opération envisagée de transformation de la société en société à responsabilité limitée, il avait refusé, à tort, de certifier que les capitaux propres étaient égaux au capital social comme prescrit par l'article 237 de la loi du 24 juillet 1966, qu'il avait ainsi commis des fautes d'appréciation et des abstentions coupables, que son comportement avait rendu intolérable pour la société le maintien du lien contractuel ; Attendu qu'en se déterminant par de tels motifs, impropres à établir, eu égard à la mission légale des commissaires aux comptes, que M. Beaunier avait, dans ses démarches, agi avec mauvaise foi et avait ainsi commis une faute de nature à justifier sa révocation, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision* »

b : La faute d'autrui

415. L'assistance d'un expert ou d'un collaborateur. En vertu de l'article L. 823-13 alinéa 2 du Code de commerce, le commissaire aux comptes peut, « *sous sa responsabilité, se faire assister ou représenter par tels experts ou collaborateurs* ». S'agissant de la responsabilité du fait de collaborateurs, cet article ne fait que rappeler le principe de la responsabilité du commettant du fait de son préposé figurant à l'article 1384 du Code civil[2944]. Par contre, il était nécessaire que la loi précise la responsabilité du fait de l'expert, celui n'étant pas dans un lien de subordination avec le contrôleur légal[2945]. Le commissaire bénéficie en contrepartie d'une action en responsabilité contre l'expert défaillant ou peut appeler ce dernier en garantie en cas de mise en jeu de sa responsabilité[2946].

416. La faute des dirigeants de la société. Les commissaires aux comptes ne sont civilement tenus des infractions commises par les dirigeants que si, en ayant eu connaissance, ils ne les ont pas signalées à l'assemblée générale ou à l'organe compétent[2947]. La Cour de cassation n'est pas intervenue pour interpréter ce texte. Un arrêt de la Cour d'appel de Paris a néanmoins énoncé que « *ce texte ne fait obstacle à l'action en responsabilité civile de droit commun que peut engager la société sur le fondement de fautes contractuelles commises par le commissaire aux comptes dans l'exercice de sa mission de vérification et de contrôle des comptes ; qu'en décider autrement aurait pour effet, en cas d'infraction commise par un dirigeant social, d'écarter toute responsabilité du commissaire aux comptes pour des fautes personnelles propres ayant concouru à la réalisation du dommage* »[2948]. Le commissaire aux comptes ne devrait donc pas pouvoir se retrancher derrière son ignorance des infractions commises pour échapper à sa responsabilité. L'article L. 822-17 du Code de commerce instaure donc une véritable responsabilité du fait d'autrui à défaut de révélation[2949]. La loi vise une « infraction », autrement dit une violation de la loi sanctionnée pénalement. De plus, le commissaire ne peut être tenu que des infractions commises par les administrateurs ou les membres du directoire, ou encore, dans la SAS, le président ou les dirigeants. Cela exclut les directeurs généraux non-administrateurs et les membres du conseil de surveillance.

2944 *La responsabilité civile du commissaire aux comptes*, préc., spéc. n° 100 p. 28
2945 N. DHAINAUT-FAKIROFF, *Les prérogatives du commissaire aux comptes*,préc., spéc. n° 67
2946 *La responsabilité civile du commissaire aux comptes*, préc., spéc. n° 101 p. 28
2947 article L. 822-17 al. 3 du Code de commerce
2948 CA Paris, 30 juin 1994 : *Dr. sociétés* janv. 1995, p. 14, note D. VIDAL
2949 *La responsabilité civile du commissaire aux comptes*, préc., spéc. n° 107 et s., p. 29 et s.

La faute du commissaire aux comptes peut également se combiner avec celle du dirigeant et donner lieu à responsabilité *in solidum* en cas de complicité[2950], lorsqu'il est coauteur de la faute[2951] ou s'il y a des irrégularités lors de la modification des statuts[2952].

417. La faute des salariés de la société. L'interprétation *a contrario* de l'article L. 822-17 alinéa 3 du Code de commerce exonère le commissaire aux comptes de toute responsabilité en cas d'infraction commise par un salarié de la société, quand bien même il en aurait eu connaissance[2953]. Néanmoins, l'alinéa 1er du même texte permet d'engager la responsabilité du contrôleur légal si la faute de ce dernier a contribué à favoriser les exactions d'un salarié ou en a accru les conséquences dommageables pour la société[2954]. Il ne s'agit pas d'une responsabilité de plein droit du commissaire aux comptes, la charge de la preuve pesant sur la victime des irrégularités[2955].

c : La preuve de la faute

418. L'inopposabilité du secret professionnel. Le commissaire aux comptes est tenu, en vertu de l'article L. 822-15 du Code de commerce, du secret professionnel quant aux informations qu'il recueille à l'occasion de sa mission. La violation de ce secret professionnel est sanctionnée pénalement[2956]. L'article R. 822-10 alinéa 2 du Code de commerce impose au contrôleur légal la constitution, par entité contrôlée, d'un dossier « *contenant tous les documents reçus de celle-ci, ceux qui sont établis par lui et notamment le plan de mission, le programme de travail, la date, la durée, le lieu, l'objet de son intervention, ainsi que toutes autres indications permettant le contrôle ultérieur des travaux accomplis* ». Ce dossier peut-il servir de preuve contre le commissaire ou ce dernier peut-il refuser de le transmettre sous couvert du secret professionnel ? La CNCC s'est d'abord montrée réticente à admettre une telle diffusion du travail du commissaire aux comptes sauf les cas où ce dernier était entendu sur des irrégularités ou inexactitudes qu'il avait ou aurait dû signaler dans le cadre de l'article L. 823-12 du Code de commerce[2957]. Les juges du fond étaient très partagés[2958]. La Cour de

---

2950 articles 375-2, 480-1 et 543 du Code de procédure pénal

2951 CA Douai, 30 mars 1905 : *Journ. Sociétés* 1905, p. 500

2952 article L. 210-8 al. 2 du Code de commerce

2953 *La responsabilité civile du commissaire aux comptes*, préc., spéc. n° 116 p. 30

2954 V. par ex. Cass. com., 21 oct. 2008, n° 07-17464 : préc. note 2919

2955 A. ROBERT, *Responsabilité des commissaires aux comptes et des experts comptables*, préc., spéc. n° 22.82 p. 72 - CA Grenoble, 7 mars 1989 : préc. note 2896

2956 article L. 820-5 al. 2 du Code de commerce renvoyant aux articles 226-13 et 226-14 du Code pénal

2957 *Le secret professionnel du commissaire aux comptes*, CNCC 1994, spéc. n° 48

2958 A. ROBERT, *Responsabilité des commissaires aux comptes et des experts comptables*, préc., spéc. n° 21.83 p. 59

cassation est intervenue par deux fois en 1995 pour répondre à ces hésitations[2959]. Dans un premier arrêt, elle a énoncé que « *nonobstant le secret professionnel auquel les commissaires aux comptes et les experts-comptables sont tenus dans l'intérêt de la société bénéficiaire, constitue un moyen de preuve légalement admissible la production par ceux-ci de documents nécessaires à la manifestation de la vérité relatifs aux diligences et contrôles par eux effectués au sein d'une société, dans un litige ayant pour objet d'établir leur responsabilité à l'égard d'un tiers, créancier de ladite société en liquidation, à raison des conséquences dommageables des fautes et négligences qui leur sont reprochées dans l'exercice de leurs fonctions* ». Le second arrêt reprend les mêmes arguments : « *la cour d'appel* […] *a décidé à bon droit, que, les commissaires aux comptes ne pouvant invoquer le secret professionnel auquel ils sont tenus dans l'intérêt de la société bénéficiaire pour faire obstacle à toute action en responsabilité dirigée contre eux, la mesure d'instruction, qui leur enjoignait de produire les documents permettant de rechercher s'ils avaient assuré leurs fonctions au sein de la société VEV avec la diligence et la prudence requises, était légalement admissible* ». Le commissaire aux comptes ne peut pas opposer le secret professionnel, s'agissant de son dossier de travail, lorsque sa responsabilité civile est engagée par un tiers à la société contrôlée et encore moins lorsqu'elle est engagée par la société contrôlée elle-même puisque le secret professionnel n'existe que pour protéger l'intérêt social.

2 : Un dommage

419. Préjudice matériel, préjudice moral. Conformément au droit commun des obligations, le préjudice doit être direct, certain et porter atteinte à un droit acquis[2960]. Le dommage sera le plus souvent un préjudice matériel[2961], néanmoins, le commissaire aux comptes pourra parfois être tenu de réparer un préjudice moral, par exemple en cas d'atteinte à l'honneur ou à la réputation des dirigeants[2962] ou de l'entité contrôlée[2963].

2959 Cass. com. 14 nov. 1995, n° 93-10937 et 94-13361 : *Bull. civ.* 1995, n° 262 et 263 ; *Rev. sociétés* 1996, p. 286, note TH. GRANIER ; *RTD civ.* 1996, p. 166, note J. MESTRE ; *Bull. Joly Sociétés* 1996, p. 38 ; *Dr. sociétés* janv. 1996, p. 10 ; *Bull. CNCC* 1995, p. 510, note PH. MERLE ; *Le Quot. jur.* 13 déc. 1995, p. 3, note P. M. - V. également : A. COURET, « Le secret professionnel des commissaires aux comptes à l'épreuve des mesures d'infraction civile », *Bull. Joly Sociétés* 1996, p. 7 - J.-F. BARBIERI, « De quelques aspect du secret professionnel des commissaires aux comptes », *Bull. Joly Sociétés* 1997, p. 935 - J.-P. BROUILLAUD, « Le secret professionnel opposé à une action en responsabilité contre un commissaire aux comptes », *LPA* 2 févr. 1998, p. 5

2960 PH. MALINVAUD et D. FENOUILLET, *Droit des obligations*, Litec 11e éd. 2010, spéc. n°567 et s., p. 451 et s.

2961 N. DHAINAUT-FAKIROFF, *Les prérogatives du commissaire aux comptes*, thèse préc., n° 666

2962 CA Versailles, 19 janv. 2006 : *Bull. Joly Sociétés* 2006, p. 705, note J.-F. BARBIERI : Le commissaire aux comptes ayant convoqué abusivement une assemblée générale est condamné à réparer le « *préjudice résultant de l'atteinte à la dignité et à la réputation* » du dirigeant irrégulièrement révoqué

2963 V. rendu à propos d'une fédération sportive, CA Paris, 23 janv. 2001 : *JurisData* n° 2001-141754 : « *Considérant, sur le préjudice moral, que la révélation du caractère erroné des comptes de l'exercice 1993 a nécessairement affecté la*

420. Le dommage subi par la société. De par les modalités du contrôle légal lui-même, la mission du commissaire aux comptes présente un certain aléa. Ne pouvant contrôler l'intégralité des comptes sociaux, on ne peut jamais être sûr qu'un contrôle optimal permet de déceler toute anomalie. En outre, la non-découverte, ou la découverte tardive, d'irrégularités ne préjuge jamais des conséquences que celles-ci peuvent avoir sur les affaires sociales. Il en résulte que de plus en plus souvent, le préjudice invoqué du fait du contrôle du commissaire aux comptes consiste en une perte de chance[2964]. La Cour de cassation a admis ce préjudice pour la première fois dans un arrêt du 19 octobre 1999 : « *le commissaire aux comptes avait certifié les comptes de la société de façon hâtive et fautive, compte tenu d'une importante écriture de régularisation du compte client, dont l'anormalité aurait dû attirer son attention, alors qu'un examen sérieux, conforme aux normes professionnelles, l'aurait conduit à formuler toutes réserves ; que dès lors qu'il ne résultait pas de ces appréciations et énonciations que les réserves auxquelles auraient dû conduire les diligences omises auraient, à elles seules, empêché la poursuite des détournements, la cour d'appel a pu décider que le préjudice subi par la société consistait dans la perte d'une chance de mettre fin à ces détournements dans les meilleurs délais* »[2965]. Ainsi, le non-respect du devoir d'alerte entraine la perte d'une chance de redresser la société[2966] et la certification fautive prive la société de la possibilité de découvrir les exactions de ses dirigeants[2967]. La perte de chance implique l'existence d'un aléa. Dès lors que la preuve de cet aléa est rapportée, le commissaire aux comptes sera tenu de réparer la chance perdue et non l'intégralité de la perte qui aurait pu être évitée[2968]. Il y a bien deux préjudices distincts : celui subi à l'origine et celui engendré par la défaillance du contrôleur légal qui n'a pas permis de le déceler ou d'en limiter les

---

réputation de la FFH tant auprès des pouvoirs publics que des collectivité locales, lesquelles sont appelées à allouer des subventions aux clubs de licenciés, que des fédérations étrangères de hockey sur gazon ; que la FFH a subi de ce fait un préjudice que la cour évalue à la somme de 70.000 francs »

2964 N. DHAINAUT-FAKIROFF, *Les prérogatives du commissaire aux comptes*, thèse préc., n° 673 et s., p. 335 et s.

2965 Cass. com. 19 oct. 1999, n° 97-13446 : *Bull. civ.* 1999, n° 176 ; *Bull. CNCC* 2000, p. 58, note PH. MERLE ; *Bull. Joly Sociétés* 2000, p. 36, note C. RUELLAN et n° 43 note PASQUALINI-SALERNO ; *LPA* 6 avr. 2000, p. 14, note COFFY DE BOISDEFFRE ; *Defrénois* 2000, art. 37258, note LECOURT

2966 CA Paris, 26 avril 2000 : *Bull. CNCC* 2000, p. 380, note PH. MERLE : « *Pour obtenir réparation de son préjudice, il doit prouver quelles auraient été les chances effectives de redresser la situation économique de l'entreprise ou de limiter son passif et, également, si cette alerte aurait pu le dissuader de souscrire ses engagements de caution ou d'en limiter le montant* »

2967 CA Paris 7 févr. 1997 : *Bull. CNCC* 1997, p. 257, note PH. MERLE ; *Bull. Joly Sociétés* 1997, p. 445, note F. PASQUALINI et V. PASQUALINI-SALERNO : « *en certifiant de façon hâtive et fautive les comptes de la société, alors qu'un examen sérieux et conforme aux normes professionnelles l'eût conduit à formuler toutes réserves, le commissaire aux comptes a privé la société d'une chance de mettre fin dans les meilleurs délais aux exactions de son dirigeant et d'éviter ainsi le renouvellement des détournements* »

2968 Cass. com., 19 oct. 1999, n° 97-13446 : préc. note 2965 : « *en retenant que le préjudice de la société résultant de la perte d'une chance est distinct de celui résultant des détournements eux-mêmes et que le commissaire aux comptes ne saurait être tenu de rembourser les sommes détournées ou le coût global qui en est résulté pour la société, la cour d'appel a légalement justifié sa décision* »

conséquences négatives. Dès lors, cette dualité de préjudices interdit la condamnation *in solidum* du commissaire aux comptes avec l'auteur initial du dommage[2969].

421. Le préjudice subi par les associés. Tout comme l'action en responsabilité contre les dirigeants sociaux, l'action engagée par un associé contre le commissaire aux comptes n'est recevable que s'il arrive à démontrer l'existence d'un préjudice personnel, distinct de celui subi par la société. La Cour d'appel de Paris, dans un arrêt du 12 mai 2000, a ainsi débouté les actionnaires d'une société de leur demande de réparation suite à la perte de valeur de leurs actions. Les juges du fond ont jugé qu'à l'encontre des dirigeants et du commissaire aux comptes, les associés « *n'alléguaient aucun préjudice personnel particulier, distinct de celui subi par tous les actionnaires* »[2970]. De même, la Cour de cassation a rejeté le pourvoi formé contre un arrêt ayant prononcé la condamnation du commissaire à réparer le dommage subi par la société et ses associés. Dans cette affaire, trois associés avaient pris des participations dans une *holding*. S'apercevant de la faute du commissaire aux comptes dans la certification des comptes sur lesquels ils s'étaient engagés, ils ont demandé à voir réparer le préjudice subi par la société ainsi que leur propre dommage. La Cour d'appel a fait droit à cette demande et un pourvoi est formé. Le commissaire aux comptes fit notamment valoir que la société, « *en demandant et en obtenant la réparation du préjudice qu'elle prétendait avoir subi du fait de la faute des commissaires aux comptes, faisait nécessairement disparaître le prétendu préjudice subi par ces associés du fait de leurs investissements dans cette société* ». La Cour de cassation rejette le pourvoi au motif « *qu'en déclarant les commissaires aux comptes responsables des conséquences financières dommageables pour les quatre sociétés résultant de la certification des comptes au 31 décembre 1993 de la société SPI, la cour d'appel qui, contrairement à ce qu'il est soutenu, a ordonné une mesure d'expertise pour déterminer le montant du préjudice subi par les sociétés n'a pas condamné les commissaires aux comptes à payer deux fois la même somme* »[2971]. Cette décision sous-entend que les associés ont eux-mêmes subi un préjudice distinct de celui de la société puisqu'il peut être évalué séparément et n'entraine pas une redondance de réparation au détriment de l'auteur du dommage[2972].

Une telle solution semblerait parfaitement justifiée si dans le même temps les associés pouvaient exercer l'action *ut singuli* à l'encontre du commissaire aux comptes. Or, la Cour de

---

2969 *La responsabilité civile du commissaire aux comptes*, préc., spéc. n° 172 p. 44

2970 CA Paris, 12 mai 2000, RG 98/20239 : *JurisData* n° 2000-116650 - CA Paris, 1ère ch. A, 21 janv. 2003 : *Bull. Joly Sociétés* 2003, p. 543, note J.-F. BARBIERI

2971 Cass. com., 11 févr. 2003, n° 99-20139 : préc. note 2931

2972 J.-F. BARBIERI, note sous Cass. com., 11 févr. 2003, n° 99-20139, préc. note 2931, spéc. n° 2

cassation semble écarter cette possibilité en l'absence de texte la prévoyant expressément[2973]. La doctrine s'accorde également pour refuser aux associés l'exercice de cette action[2974].

422. Le préjudice subi par les tiers. L'investisseur qui se prétend lésé à la suite d'une prise de participation doit également faire valoir un préjudice personnel. Ce dernier sera bien souvent d'avoir investi dans une société à des conditions auxquelles il n'aurait pas souscrit s'il avait eu toutes les informations. La Cour de cassation a par exemple admis que les acheteurs d'actions ou les souscripteurs à l'augmentation de capital reprochent au commissaire aux comptes une certification irrégulière les ayant trompés[2975] ou un rapport erroné sur la suppression du droit préférentiel de souscription[2976].

Les cocontractants de la société peuvent également engager la responsabilité du commissaire aux comptes dès lors que la faute de ce dernier les a conduits à poursuivre des relations contractuelles auxquelles ils auraient mis un terme s'ils avaient su dans quelle situation se trouvait leur partenaire[2977]. La négligence du commissaire peut en effet *« priver les créanciers d'une chance de réduction de la perte qu'ils ont éprouvée »*[2978]. Néanmoins, en cas de procédure collective ouverte à l'encontre de la société, seuls le représentant des créanciers ou le liquidateur judiciaire sont compétents pour agir au nom des créanciers[2979]. Ces derniers ne conservent leur droit d'agir que s'ils démontrent l'existence d'un préjudice

---

2973 Cass. 1re civ., 30 janv. 1980, n° 78-14577 : *D.* 1981, inf. rap. p. 34, note BOUSQUET ; *Rev. sociétés* 1982, p. 110, note Y. CHARTIER ; *RTD com.* 1981, p. 91, note ALFANDARI et JEANTIN : « *sauf exception prévue par la loi, seules les personnes habilitées à représenter une personne morale peuvent intenter une action en justice au nom de celle-ci* »

2974 CH. DE LAUZAINGHEIN, J.-L. NAVARRO et D. NECHELIS, *Droit comptable*, préc., spéc. n° 187 – J. HEMARD, F. TERRE et P. MABILAT, *Sociétés commerciales*, t. II, préc., spéc. p. 1054 - *La responsabilité civile du commissaire aux comptes*, préc., spéc. n° 235 p. 56 - A. ROBERT, *Responsabilité des commissaires aux comptes et des experts comptables*, préc., spéc. n° 24.122 p. 104

2975 Cass. com., 18 mai 2010, n° 09-14281 : préc. note 2882 : « *Attendu qu'en statuant ainsi, alors qu'elle avait précédemment relevé que M. A... avait commis différentes fautes dans l'accomplissement de sa mission en certifiant des comptes sans vérifications sérieuses de la situation réelle de l'entreprise et que par son défaut d'information, il n'avait pas mis la société Tesdef et M. Z... en mesure d'apprécier cette situation et de prendre une décision éclairée sur leur participation à une augmentation de capital, la cour d'appel qui n'a pas tiré les conséquences légales de ses constatations a violé le texte susvisé* » - Cass. com. 9 févr. 1988, n° 86-13121 : préc. note 2900 - Cass. com. 11 févr. 2003, n° 99-20139 : préc. note 2931

2976 Cass. com., 11 juill. 2000, n° 96-13668 : préc. note 2935 : « *qu'ayant relevé, d'un côté, que le rapport litigieux, indépendamment de sa mission d'information et de protection des actionnaires, avait, en confirmant de façon fallacieuse à la société Kinvope que les éléments dont elle disposait jusqu'alors étaient exacts, alors que si elle avait été informée de l'existence d'un litige qui lui avait été caché, elle aurait pu refuser de mettre en exécution, sans modification, la convention passée avec les consorts X... et, d'un autre côté que la société Kinvope avait dû payer le montant de la condamnation résultant du procès Mariot, la cour d'appel a pu statuer comme elle a fait* »

2977 Cass. com. 27 oct. 1992, n° 90-21127 : préc. note 2917 : « *Mais attendu que l'arrêt retient que l'insuffisance du contrôle effectué par M. X... avait été à l'origine de l'ignorance dans laquelle les sociétés Roux avaient été de la situation catastrophique de la société Pilotaz et donc du maintien de leurs rapports contractuels postérieurement au 1er décembre 1984, date à laquelle M. X... a certifié sincère et véritable le bilan de l'exercice 1983-1984 falsifié par le dirigeant de la société Pilotaz, ce dont il résultait qu'informées de la situation réelle de cette dernière, les sociétés Roux n'auraient pas conclu d'autres contrats comme elles l'ont fait ; que la cour d'appel a légalement justifié sa décision* » - Cass. com., 20 juin 2006, n° 05-11815 : inédit

2978 CA Aix-en-Provence, 29 mai 1981 : *D.* 1982, inf. rap. p. 66, note F. DERRIDA

2979 *La responsabilité civile du commissaire aux comptes*, préc., spéc. n° 241 et s., p. 57 et s.

personnel, distinct de celui des autres créanciers, ce qui sera très difficile en pratique[2980]. Enfin, la jurisprudence a également admis l'action exercée par la caution à l'encontre du commissaire aux comptes. La caution avait en effet perdu une chance de ne pas s'obliger si la banque prêteuse avait été correctement informée de la solvabilité réelle de la société et avait ainsi pu refuser son concours[2981].

423. L'étendue de la responsabilité du commissaire aux comptes. La mission du commissaire aux comptes n'étant pas de nature contractuelle mais légale, il est tenu de réparer l'intégralité du dommage réparable et non seulement le dommage prévisible[2982].

3 : Un lien de causalité

424. La difficile démonstration d'un lien de causalité. En vertu du droit commun de la responsabilité civile, il ne suffit pas de démontrer une faute et un dommage pour obtenir réparation, encore faut-il prouver le lien de causalité entre les deux[2983]. L'existence de ce lien relève de l'appréciation souveraine des juges du fond[2984]. Or la preuve du lien de causalité entre le dommage et la faute du commissaire aux comptes est souvent difficile à rapporter[2985]. En effet, la faute du contrôleur légal relève le plus souvent d'une abstention. De plus, sa mission consiste en une obligation de contrôle et de surveillance et en aucun cas il ne doit

---

2980 V. par ex. TGI Toulouse, 27 mars 2003 : *Bull. CNCC* 2003, p. 332, note PH MERLE : « *... La caisse régionale de crédit agricole de T..., qui n'intente pas une action «* ut singuli *», entend solliciter la réparation du préjudice résultant, selon elle, de la faute du commissaire aux comptes, se situant avant toute procédure collective, ce préjudice, selon ses explications, étant personnel et ayant pour origine la faute du commissaire aux comptes et non pas la mise en liquidation de la société. Il s'agit dès lors d'analyser le préjudice et la cause allégués, pour déterminer si le préjudice invoqué est bien distinct du préjudice collectif subi par l'ensemble des autres créanciers et n'a pas pour origine la procédure collective de la SA* […]. *La cause invoquée réside dans les informations qui auraient été communiquées aux tiers au travers des bilans certifiés par le commissaire aux comptes, et qui auraient laissé croire à une entreprise en parfaite santé. Or, ces informations publiées sont destinées à l'ensemble des tiers, et à ce titre, la Caisse régionale de crédit de T… ne peut se prévaloir d'une situation particulière distincte de celle que peuvent revendiquer tous les créanciers de l'entreprise…* »

2981 Cass. com. 24 sept. 2003, n° 00-19067 : préc. note 2885 : « *en se déterminant ainsi, sans rechercher si les négligences du commissaire aux comptes, relevées par les premiers juges, n'avaient pas permis à la banque de croire à la solvabilité de la SVN et privé en conséquence M. X... d'une chance de n'avoir pas à s'obliger en qualité de caution, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision* »

2982 Sur la réparation du dommage prévisible en matière contractuelle : G. VINEY, *Introduction à la responsabilité*, LGDJ 3e éd. 2008, spéc. n° 172-1 p. 453 – I. SOULEAU, *La prévisibilité du dommage contractue*l, thèse Paris II, 1979 – *Contra* : A. ROBERT, *Responsabilité des commissaires aux comptes et des experts comptables*, préc., spéc. n° 12.12 p. 21 : pour cet auteur, la responsabilité du commissaire étant contractuelle, il ne saurait être tenu au delà des seuls dommages prévisibles

2983 N. DHAINAUT-FAKIROFF, *Les prérogatives du commissaire aux comptes*, préc., spéc. n° 665 et s.

2984 Cass. com. 26 mai 1983, n° 81-15289 : *Bull. civ.* 1983, n° 153 ; *Bull. CNCC* 1984, p. 215 : « *Attendu qu'il est reproché à l'arrêt d'avoir écarté tout lien de cause à effet entre la faute retenue contre X... et le préjudice allégué par les sociétés* […]. *Mais attendu que* […] *la cour d'appel a relevé, par une appréciation souveraine du sens et de la portée des éléments soumis à son examen, que les sociétés n'avaient pas rapporté la preuve que l'augmentation de capital critiquée avait déterminé leur volonté de contracter avec la société D…* »

2985 M.-J. COFFY DE BOISDEFFRE, « La responsabilité du commissaire aux comptes : trois ans de décisions judiciaires », *Eco. et compt.* mars 1988, p. 13 - A. COURET, « Synthèse de la jurisprudence récente concernant la révocation et la responsabilité civile des commissaires aux comptes », *LPA* 9 déc. 1992 p. 7

s'immiscer dans la gestion de la société. Dès lors, sa faute n'est le plus souvent pas la seule cause du dommage mais elle vient accroitre le dommage causé par la faute des dirigeants[2986].

La responsabilité du commissaire aux comptes sera écartée lorsque sa faute est postérieure au dommage[2987] ou qu'elle n'a eu aucune incidence sur ce dernier[2988].

2986 Cass. com. 9 févr. 1988, n° 86-13121 ; préc. note 2900 : « *Mais attendu, d'une part, que l'arrêt constate que la négligence fautive de M. X..., qui a certifié régulier et sincère un bilan inexact, a permis aux dirigeants de la société Nature et parfum d'obtenir l'intervention de la société UFPI, qui a souscrit à une augmentation de capital et versé postérieurement d'autres sommes, prolongeant son aide jusqu'à ce que soit découverte la situation réelle de la société Nature et parfum ; que la cour d'appel a pu en déduire que cette faute ayant concouru avec celle des dirigeants à la perte subie par la société UFPI, son auteur devait être déclaré responsable in solidum avec ceux-ci* »

2987 Cass. com. 15 juin 1993, n° 91-11417 : *Bull. CNCC* 1994, p. 94, note PH. MERLE ; *Bull. Joly Sociétés* 1993, p. 1130, note M. JEANTIN : « *Mais attendu, d'une part, que l'arrêt retient que 75 % des actions avaient déjà été achetées en mai 1973 par M. Von A... C..., qu'un accord était intervenu dès le mois d'août 1973 pour l'acquisition de la totalité des actions, que 15 % avaient été payées par anticipation antérieurement au 10 mars 1975, date d'une lettre dans laquelle M. Von A... C... en annonçait l'exécution à la société Héraud, et que celui-ci n'apportait pas la preuve de la date d'acquisition des autres actions dont il était détenteur, enfin, que le bilan au 31 décembre 1974, établi le 12 mai 1975, avait été présenté à l'assemblée générale des actionnaires le 26 juin 1975, ce dont il résulte que l'achat visé par le moyen est sans rapport avec les fautes retenues contre les commissaires aux comptes ; que la cour d'appel a ainsi répondu, en les écartant, aux conclusions invoquées* »

2988 Cass. com., 8 févr. 2011, n° 09-17177 : *Rev. sociétés* 2011, p. 509, note TH. GRANIER ; *Bull. CNCC* 2011, p. 245, note PH. MERLE ; *Bull. Joly Sociétés* 2011, p. 412, note J.-F. BARBIERI : « *Et attendu, d'autre part, que l'arrêt constate que cette certification est intervenue plus d'un an avant les apports en compte courant, prêt et facilités de paiement accordés par M. X... et la société Opta dont il était le dirigeant et relève que ces opérations ont été effectuées alors que ce dernier exerçait également la direction sociale de la société Air sud, ce qui leur conférait à tous deux une connaissance personnelle et directe de la situation de l'entreprise ; qu'ayant ainsi fait ressortir que le lien de causalité entre le fait personnel du commissaire aux comptes et le préjudice allégué n'était pas établi, la cour d'appel, qui n'avait pas à procéder à la recherche dés lors inopérante invoquée par la deuxième branche, a légalement justifié sa décision* » - Cass. com. 21 nov. 1989, n° 87-20209 : *Bull. CNCC* 1990, p. 240, note E. DU PONTAVICE - Cass. com., 3 mars 2004, n° 99-21712 : *Bull. CNCC* 2004, p. 331, note PH. MERLE - Cass. com., 2 mai 2007, n° 05-21295 : *Dr. sociétés* 2007, comm. 148, note H. LECUYER

SECTION 2 : LA RESPONSABILITE DES TIERS DU FAIT D'UN CONTROLE-SURVEILLANCE OU DIRECTION

Le contrôle exercé par les tiers trouve son origine soit dans la loi, soit dans le contrat, soit encore dans le fait.

Sous-section 1 : La responsabilité du fait d'un contrôle légal ou judiciaire

Sous-section 2 : La responsabilité civile résultant d'un contrôle-direction de fait

Sous-section 3 : La responsabilité civile du fait d'un contrôle contractuel

SOUS-SECTION 1 : LA RESPONSABILITE DU FAIT D'UN CONTROLE LEGAL OU JUDICIAIRE

Certains tiers disposent, de par la loi ou une décision de justice, du pouvoir de contrôle de la société. Ils peuvent être chargés selon les cas de surveiller la société ou de la diriger. Leur responsabilité est susceptible d'être engagée s'ils commettent des fautes dans l'exercice de leur mission.

Paragraphe 1 : La responsabilité des contrôlaires légaux ou judiciaires

Paragraphe 2 : La responsabilité des contrôleurs légaux

PARAGRAPHE 1 : LA RESPONSABILITE DES CONTROLAIRES LEGAUX OU JUDICIAIRES

Lorsque la société se trouve en situation de crise, la jurisprudence admet qu'un administrateur provisoire soit nommé afin de pallier les carences des dirigeants de droit. Il en va de même, mais cette fois avec l'aval du législateur, lorsque la société se trouve placée en procédure collective. Nous étudierons donc successivement la responsabilité de l'administrateur provisoire (A) puis celle de l'administrateur judiciaire (B).

A : LA RESPONSABILITE DE L'ADMINISTRATEUR PROVISOIRE

425. Fondement de la responsabilité de l'administrateur provisoire. La mission de l'administrateur provisoire n'est fondée sur aucun texte. Elle est d'origine jurisprudentielle. La loi est donc muette sur sa responsabilité sauf en ce qu'elle prévoit l'existence d'un fonds

de garantie et l'obligation de s'assurer pour couvrir les conséquences pécuniaires de la responsabilité civile encourue[2989]. Dans le silence de la loi, la doctrine est partagée sur le fondement et donc le régime de la responsabilité de l'administrateur provisoire. Pour Madame Vatinet, cette dernière reposerait sur les articles 1382 et 1383 du Code civil, conformément au droit commun du mandat judiciaire[2990]. Pour Monsieur Lecourt, au contraire, l'administrateur provisoire, en qualité de mandataire, « *encourt les mêmes responsabilités qu'un dirigeant social* »[2991]. Autrement dit, il devrait se voir appliquer le régime de la responsabilité des dirigeants. La jurisprudence est peu fournie en ce domaine. Néanmoins, deux arrêts semblent aller dans le sens de Madame Vatinet. En 1986, la Cour de cassation a relevé dans un arrêt de rejet que « *la Cour d'appel, après avoir relevé que M. X... avait été investi judiciairement des pouvoirs conférés par la loi à un dirigeant social, n'a pas retenu la responsabilité de M. X... comme administrateur provisoire de la société, mais, au contraire, a décidé qu'il devait être tenu responsable, non de fautes commises par la société dans l'exécution du contrat, mais d'agissements fautifs qui lui étaient personnels* ». En l'espèce, était reproché à l'administrateur, le fait que « *la société avait retenu certaines sommes relatives à certaines charges sans les payer au syndicat de copropriété concerné, et qu'elle avait, aussi, de janvier à mai 1981, omis de remettre certains loyers par elle encaissés* »[2992]. Dans un autre arrêt de 1992, la Cour de cassation a fait peser sur l'administrateur provisoire la responsabilité de la destruction du fonds de commerce nanti en raison de l'absence de souscription d'une police d'assurance couvrant ce risque[2993]. Elle le condamne à rembourser à la banque le reliquat du prêt garanti. Dans ces deux arrêts, la faute qui engage la responsabilité de l'administrateur à l'égard d'un tiers semble être une faute de gestion classique or les magistrats ne font pas usage de la notion de faute détachable au profit du mandataire judiciaire. Il ne bénéficie pas de l'écran de la personnalité morale. Le régime de la responsabilité de l'administrateur judiciaire n'est pas calqué sur celui des dirigeants sociaux et est bien fondé sur le droit commun de la responsabilité civile.

2989 article L. 814-3 et L. 814-4 du Code de commerce

2990 *JCl. Sociétés Traité*, Fasc. n° 43-10, par R. VATINET, spéc. n° 77

2991 *Rép. Société Dalloz,* V° *Administrateur provisoire*, par B. LECOURT, spéc. n° 129

2992 Cass. com., 6 mai 1986, n° 84-14430 : préc. note 1192

2993 Cass. com., 8 déc. 1992, 91-10758 : *JCP E* 1993, pan p. 168, n° 531 ; *Dr. sociétés* févr. 1993, p. 7, note TH. BONNEAU : « *Mais attendu, d'une part, qu'en retenant que la société Studio 18 n'était plus assurée contre l'incendie depuis six mois lors de l'entrée en fonction de M. X..., que celui-ci a attendu encore six autres mois avant de rechercher un assureur, tandis que sa nomination était intervenue précisément pour qu'une saine gestion soit rétablie, la cour d'appel a pu décider que cette négligence constituait une faute en relation directe avec la perte du fonds dont la CMDP supportait les effets ; Attendu, d'autre part, que l'arrêt relève que l'action engagée par la CMDP était fondée sur la responsabilité quasidélictuelle de l'administrateur provisoire ; qu'en retenant que M. X... avait commis une faute ayant causé préjudice à la CMDP, la cour d'appel, qui n'était pas tenue de répondre aux conclusions invoquées, fondées sur un contrat de cautionnement et inopérantes, a légalement justifié sa décision* »

426. Responsabilité à l'égard des tiers, de la société et des associés. Comme le montrent les deux arrêts précédents, l'administrateur provisoire est personnellement tenu des fautes accomplies lors de l'exécution de sa mission à l'égard des tiers. Il en va de même à l'égard de la société et des associés. Néanmoins, il n'est tenu que d'une obligation de moyen. Dès lors qu'il aura mis en œuvre toutes les diligences requises au bon exercice de sa mission, on ne pourra pas lui reprocher l'exercice de celle-ci[2994]. On ne pourra pas non plus le sanctionner pour n'avoir fait qu'appliquer les exigences du juge relatives à sa mission[2995].

B : LA RESPONSABILITE DE L'ADMINISTRATEUR JUDICIAIRE

427. Fondement de la responsabilité de l'administrateur judiciaire. Comme pour l'administrateur provisoire, la responsabilité civile de l'administrateur judiciaire repose, dans le silence des textes, sur le droit commun de la responsabilité délictuelle ou quasi délictuelle[2996]. Il suffit pour s'en convaincre de voir les nombreux arrêts faisant peser personnellement sur l'administrateur des fautes qui en temps normal pèseraient sur la société et non sur son dirigeant[2997]. La responsabilité de l'administrateur judiciaire ne suit donc pas le régime de celle des organes de direction de la société. Elle est par conséquent beaucoup plus lourde pour lui, lui interdisant notamment de se retrancher derrière l'absence de faute

---

2994 Cass. com., 26 janv. 1981 : préc. note 1199 : « *Mais attendu d'une part, que la cour d'appel a relevé que les commandes litigieuses constituaient des actes d'administration courante et portaient sur les matières premières indispensables à la marche de l'entreprise, qu'elles avaient été passées à des dates proches de la désignation de* [l'administrateur provisoire], *alors que celui-ci, après avoir procédé à toutes les diligences nécessaires pour connaître la situation financière de la société, avait établi des comptes d'administration provisoire qui « n'allaient pas dans le sens d'une issue fatale » ; qu'en l'état de ces constatations et énonciations, la cour d'appel a pu décider que* [l'administrateur provisoire] *n'avait commis aucune faute* »

2995 Cass. com., 3 déc. 1996, n° 94-14775 : *JurisData* n° 1996-005118 : « *Mais attendu, d'une part, qu'après avoir relevé que M. Grande ne fournissait pas d'éléments pertinents au soutien de ses allégations, notamment sur l'inutilité des avances faites à la demande de l'administrateur, la cour d'appel a souverainement apprécié qu'il n'était pas établi qu'une poursuite d'activité dans le cadre d'une procédure de règlement judiciaire ouverte dès la prise de fonctions de l'administrateur aurait permis une meilleure reprise, dans des conditions plus favorables* » - CA Paris, 14 nov. 2003 : *RTD com.* 2004, p. 330, note C. CHAMPAUD et D. DANET

2996 F. AUBERT, « La responsabilité civile professionnelle des mandataires de justice dans les procédures de redressement et de liquidation judiciaires », *in Rapport de la Cour de Cassation* 2003, p. 14, spéc. p. 14

2997 V. par ex. pour le paiement d'un loyer : Cass. com., 26 nov. 2002, n° 01-11437 : inédit : « *Mais attendu qu'en se déterminant ainsi, sans rechercher si, face à l'impossibilité de régler un nombre croissant de loyers de la période d'observation, l'administrateur avait engagé sa responsabilité personnelle en laissant se développer cette situation sans prendre l'initiative de demander la cessation immédiate de l'activité, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision* » - Pour la passation d'une commande : Cass. com., 30 nov. 1993, n° 91-16735 : *Bull. civ.* 1993, n° 441 ; *Rev. proc. coll.* 1996, p. 247, note B. SOINNE : « *Mais attendu que sans avoir à rechercher si l'administrateur judiciaire savait que la situation de la société Secorbat était irrémédiablement compromise, la cour d'appel a retenu que la faute de cet administrateur résultait du non-respect de ses engagements qui impliquaient, non pas une garantie de paiement, mais l'obligation de s'assurer lors des commandes que la trésorerie de la société permettait d'acquitter les factures des fournisseurs ; qu'elle a ainsi légalement justifié sa décision* »

détachable[2998] et venant s'ajouter à des responsabilités pénales et disciplinaires particulièrement sévères[2999].

428. Responsabilité à l'égard du débiteur. La première victime des agissements fautifs de l'administrateur provisoire est la société débitrice elle-même. Il en est ainsi notamment lorsque ce dernier renonce à la poursuite d'un contrat en cours alors que ce dernier revêtait une importance capitale pour l'entreprise[3000]. Dans cette affaire, un administrateur judiciaire n'avait pas sollicité la poursuite de certains contrats en cours. Le débiteur engagea sa responsabilité. L'administrateur, pour se défendre, souleva que les informations qu'il avait au moment de décider de poursuivre les contrats en cause lui imposaient cette solution. La Cour d'appel fit pourtant droit à la demande du débiteur et la Cour de cassation rejeta son pourvoi : « *Mais attendu, en premier lieu, que la cour d'appel a relevé, en se plaçant au temps de la mise en demeure, que l'administrateur judiciaire ne s'était entouré d'aucun avis, qu'il n'avait pas demandé une prolongation des délais impartis, qu'il n'avait pas mené une véritable étude sur la réponse à fournir et qu'il avait laissé s'éteindre les effets du contrat conclu avec la société Atal qui revêtait pour l'entreprise une importance primordiale, puisqu'elle lui permettait de vendre en exclusivité un produit recherché ; qu'elle a ainsi répondu aux conclusions de l'administrateur et caractérisé le manquement de celui-ci à son obligation de moyens* ». Cela illustre bien la faute de contrôle-direction : l'administrateur est fautif dès lors que le risque social qu'il prend, ou ne prend pas en l'espèce, est contraire à l'intérêt social. La Cour de cassation fait d'ailleurs référence dans cet arrêt à « l'étude sur la réponse à fournir », autrement dit à l'obligation d'appréciation qui pèse sur le contrôlaire. On peut encore relever dans cet arrêt la nature de l'obligation de contrôle qui pèse sur l'administrateur : il s'agit d'une obligation de moyen.

429. Responsabilité à l'égard des tiers. Les exemples d'actions engagées par les tiers sont beaucoup plus nombreux. La première difficulté réside dans l'étendue exacte de la responsabilité de l'administrateur : sa part au regard de celle des dirigeants du débiteur. En

---

2998 V. à propos d'un mandataire liquidateur : Cass. com., 30 sept. 2008, n° 07-17450 : inédit : « *Vu l'article 1382 du Code civil ; Attendu que pour déclarer mal fondée la demande de M. X... à l'encontre de M. Y... personnellement, l'arrêt retient qu'aucune faute à l'encontre de ce dernier, détachable de l'exercice de ses fonctions de mandataire-liquidateur, n'est caractérisée ; Attendu qu'en statuant ainsi, alors que le liquidateur judiciaire répond des conséquences dommageables des fautes qu'il commet dans l'exercice de ses fonctions, la cour d'appel a violé le texte susvisé* »

2999 C. SAINT-ALARY-HOUIN, « Les professions d'administrateurs et de mandataires judiciaires : des professions « à haut risque », … ! », *in Procédures collectives et droit des affaires : morceaux choisis : mélanges en l'honneur d'Adrienne Honorat*, Frison-Roche 2000, p. 193, spéc. n° 5 et 6 p. 194 et 195

3000 Cass. com., 9 juin 1998, n° 95-12338 et 95-12841 : *Bull. civ.* 1998, n° 185 ; *RTD com.* 1999, p. 190 note A. LAUDE ; *D.* 1998, p. 329, note A. HONORAT

effet, ces derniers ne sont pas forcément dessaisis de leur pouvoir de gestion de la société[3001]. Lors de la période d'observation, l'administrateur n'est pas responsable des actes d'administration ou de disposition réalisés par le dirigeant sauf mission particulière que lui aurait confiée le tribunal[3002]. Il reste malgré tout tenu en cas de faute de surveillance[3003]. Nous avions en effet vu dans le chapitre précédent que l'administrateur provisoire avait une double casquette de contrôlaire et de contrôleur, tout comme le conseil d'administration.

L'administrateur engage sa responsabilité dès lors qu'il intervient dans l'acte passé par le dirigeant. Il doit alors s'assurer que le débiteur sera bien en mesure d'exécuter ses obligations[3004]. Il en va de même lorsqu'il est tenu d'une mission d'assistance. Les actes auxquels il participe doivent être conformes à l'intérêt social et à celui du cocontractant. Il doit là encore s'assurer de la capacité du débiteur à honorer ses engagements[3005]. La victime ne peut pas se prévaloir dans ce cas d'un simple manquement de l'administrateur judiciaire « *à son obligation générale de prudence et diligence ainsi qu'à l'obligation d'assistance de la société dans tous ses actes de gestion* ». Elle doit démontrer que « *lors de la passation de chaque commande qui entrait dans la catégorie des actes de gestion courante et n'avait pas été visée par l'administrateur, la situation de l'entreprise était irrémédiablement compromise ou* [que] *l'administrateur avait induit en erreur les fournisseurs par des assurances imprudemment données* »[3006]. Le contrôle-direction a pour première obligation d'assurer la continuité de l'entreprise : le premier intérêt de la société est bien de survivre. Dès lors qu'un

---

3001 V. *supra* n° 160 et s.

3002 F. AUBERT, « La responsabilité civile professionnelle des mandataires de justice dans les procédures de redressement et de liquidation judiciaires », préc.

3003 CA Toulouse, 6 mai 1999 : *JurisData* n° 1999-043452 ; *JCP E* 2000, pan. p. 108 : « *le jugement du 1er Février 1991 ouvrant la procédure de redressement judiciaire au profit de la Société VIALA et Fils, désignait Me REY en qualité d'administrateur et lui confiait pour mission, outre les pouvoirs qui lui sont conférés par la loi, de surveiller et assister le débiteur pour tous les actes de gestion courante.* […] *La mission, ainsi définie s'appliquant à une entreprise de négoce de véhicule, il va de soi que la "surveillance et l'assistance" pour tous les actes de la gestion courante incluait les opérations de vente, et il revenait effectivement à Me REY de contrôler les conditions de vente des véhicules et de l'affectation du prix.* […] *La perte du carnet de mutation, invoquée par l'appelant, ne peut être retenue, dès lors que la vente de véhicules se matérialise, de toute façon, au moins par l'établissement d'une facture et l'encaissement correspondant du prix, autant d'opérations qui ne pouvaient échapper à la surveillance "des actes de gestion courante"* »

3004 Cass. com., 5 oct. 1993, n° 91-14361 : *Bull. civ.* 1993, n° 318 : « *Attendu, en second lieu, qu'en vertu des articles 32, 35 et 36 de la loi du 25 janvier 1985 le débiteur en redressement judiciaire poursuit son activité pendant la période d'observation, sous réserve de la faculté qui appartient au Tribunal, notamment à la demande de l'administrateur, d'en ordonner à tout moment la cessation et que les actes de gestion courante qu'il accomplit seul sont réputés valables à l'égard des tiers de bonne foi ; qu'il s'ensuit que si l'administrateur intervient à des opérations de cette nature, telle la passation de commandes de fournitures pour l'entreprise, il ne peut le faire sans s'être personnellement assuré que le cocontractant pourra être payé* »

3005 Cass. com., 30 nov. 1993, n° 91-16735 : préc. note 2997 : « *Mais attendu que sans avoir à rechercher si l'administrateur judiciaire savait que la situation de la société Secorbat était irrémédiablement compromise, la cour d'appel a retenu que la faute de cet administrateur résultait du non-respect de ses engagements qui impliquaient, non pas une garantie de paiement, mais l'obligation de s'assurer lors des commandes que la trésorerie de la société permettait d'acquitter les factures des fournisseurs ; qu'elle a ainsi légalement justifié sa décision* »

3006 Cass. com., 8 déc. 1998, n° 96-17731 : *Bull. civ.* 1998, n° 293 - Cass. com., 11 déc. 2001, n° 99-14824 : inédit - Cass. com., 15 oct. 2002, n° 99-19857 : inédit

acte est pris sans que la société soit en mesure de l'assumer, l'acte est nécessairement contraire à l'intérêt social et constitue une faute de contrôle.

L'administrateur judiciaire doit également prendre toute mesure conservatoire pour assurer les droits des créanciers revendiquants. Les vendeurs de biens sous réserve de propriété peuvent engager sa responsabilité si le bien a disparu au moment de la revendication alors qu'il était encore dans l'entreprise le jour de sa prise de fonction[3007]. L'administrateur est *a fortiori* responsable s'il cède le bien sans affecter le prix au désintéressement du créancier[3008].

L'administrateur judiciaire est encore seul compétent en matière de continuation des contrats en cours. Il engage sa responsabilité personnelle à l'égard des cocontractants en cas de résiliation fautive d'un contrat en cours[3009] mais surtout s'il poursuit des contrats sans s'assurer qu'il dispose des fonds nécessaires pour remplir ses obligations[3010]. De même, en cours d'exécution, il doit prendre acte de l'incapacité de la société à poursuivre le contrat et y mettre fin[3011]. A défaut, il engage sa responsabilité[3012].

3007 Cass. com., 5 juill. 1988, n° 86-18930 : *Bull. civ. 1988, n°* 230 : « *Attendu, en second lieu, que la charge de prouver que les marchandises revendiquées, et dont il est établi qu'elles ont été livrées avant l'ouverture de la procédure collective, n'existaient plus en nature au jour du jugement de règlement judiciaire ou de liquidation des biens, incombe au syndic, tenu de procéder à l'inventaire dès son entrée en fonction ; qu'en l'espèce, sans faire référence à cet inventaire, le syndic s'est borné à soutenir que le " matériel revendiqué n'est absolument pas identifiable s'agissant de vis, de valves et de vérins qui ont été utilisés pour la fabrication de machines ", sans fournir aucune précision sur la date de cette utilisation ; que, dès lors, n'ayant pas à répondre à des conclusions inopérantes ou à effectuer la recherche prétendument omise, la cour d'appel, qui n'a pas " constaté l'absence des marchandises revendiquées " au jour de l'ouverture de la procédure collective, a pu se prononcer comme elle l'a fait* »

3008 Cass. com., 4 janv. 2000, n° 96-18638 : *Bull. civ.* 2000, n° 5 ; *RTD com.* 2000, p. 708, note B. BOULOC ; *Rev. proc. coll.* 2000, p. 81, note B. SOINNE ; *Resp. civ. et assur.* avr. 2000, p. 14 - Cass. com., 11 déc. 2001, n° 99-13476 : inédit

3009 Cass. com., 7 nov. 2006, n° 05-16978 : *Gaz. Pal.* 19 janv. 2007, p. 26, note CH. BIDAN : « *Mais attendu, d'une part, que contrairement à ce que soutient le moyen, la cour d'appel n'a pas retenu que le seul fait pour M. X... d'avoir exercé sa faculté de mettre fin au contrat était fautif mais a considéré qu'il n'entrait pas dans les pouvoirs de l'administrateur judiciaire, tels que définis par l'article 37 de la loi du 25 janvier 1985, d'imposer unilatéralement la résiliation du contrat ; Attendu, d'autre part, que l'arrêt retient à bon droit que la créance de dommages-intérêts déclarée au passif du redressement judiciaire de la société LAA est sans rapport avec la présente instance laquelle n'a pas pour objet la condamnation de cette société mais celle de M. X... dont la responsabilité personnelle est recherchée sur le fondement des article 1382 et 1383 du Code civil, pour avoir excédé ses pouvoirs* »

3010 article L. 622-13 II al. 2 du Code de commerce – CA Paris, 25e ch. A, 14 mars 2003, 2002/00576 : *JurisData* n° 2003-208360 : « *Considérant qu'il est énoncé à l'article L 621-28 du Code de Commerce que "l'administrateur a seul la faculté d'exiger l'exécution des contrats en cours en fournissant la prestation promise au cocontractant débiteur. Lorsque la prestation porte sur le paiement d'une somme d'argent, celui-ci doit se faire au comptant, sauf pour l'administrateur à obtenir l'acceptation par le cocontractant du débiteur des délais de paiement. Au vu des documents prévisionnels dont il dispose, l'administrateur s'assure, au moment où il demande l'exécution, qu'il dispose des fonds nécessaires à cet effet" ; Que Maître SEGARD ne justifie pas s'être le 1er octobre 1997 assuré de ce qu'il disposait des fonds nécessaires au paiement des honoraires de la société FULOP ET ASSOCIES et qu'à ce jour il n'a produit aucune pièce de nature à établir que le compte était alors créditeur de 2.100.000 francs ; Que la société appelante est donc bien fondée à mettre en jeu sa responsabilité civile professionnelle* »

3011 Cass. com., 15 oct. 2002, n° 99-20568 : inédit : « *Mais attendu que l'arrêt retient que l'administrateur a souligné dans son rapport au tribunal, le 6 avril 1994, la situation difficile de l'entreprise et l'impossibilité de son redressement, tout en proposant au tribunal le renouvellement de la période d'observation pendant deux mois compte tenu des mesures de réorganisation proposées par M. X... et l'espoir de la conclusion d'un contrat important avec Auchan ; qu'il relève encore que lorsque cet espoir ne s'est pas concrétisé, l'administrateur a demandé la conversion du redressement en liquidation judiciaire ; qu'il constate aussi que pendant cette période, l'entreprise a eu une activité réelle réglant ses factures les premiers mois et que le délai entre la date à laquelle les échéances des contrats de location n'ont plus été payées et celle du dépôt du rapport concluant à la conversion en liquidation est suffisamment court pour écarter toute faute* »

De manière générale, l'administrateur judiciaire est tenu « *au respect des obligations légales et conventionnelles incombant au chef d'entreprise* »[3013]. Il est ainsi tenu de respecter les délais de notification de licenciement économique[3014] ou encore de payer les primes d'une assurance de groupe imposée par une convention collective[3015].

Enfin, l'administrateur judiciaire est tenu d'une obligation d'information au profit du cessionnaire dans le cadre d'un plan de cession. Sa responsabilité est donc engagée lorsqu'il omet de renseigner l'acheteur des obligations légales pesant sur l'activité et risquant d'entrainer de lourds investissements du fait de l'obligation de mise en conformité[3016].

PARAGRAPHE 2 : LA RESPONSABILITE DES CONTROLEURS LEGAUX

Hormis les organes de directions légaux, la loi ne confie le contrôle-direction à aucun autre contrôlaire sans que ce pouvoir ne soit attribué expressément par une décision de justice. Par contre, la loi confère de plein droit à certains organes de la procédure collective et aux institutions publiques un pouvoir légal de contrôle-surveillance. Nous étudierons dans un premier temps la responsabilité des contrôleurs légaux de la procédure collective (A), puis, dans un second temps, la responsabilité des contrôleurs institutionnels qui interviennent tout au long de la vie sociale (B).

3012 Cass. com., 26 mai 1998, n° 96-15820 : inédit : « *Mais attendu que* […] *la société EuroLPA était hors d'état, même partiellement, de s'acquitter du paiement des loyers inhérents au maintien dans les lieux loués et que* [l'administrateur judiciaire] *ne justifiait pas des raisons pour lesquelles il avait attendu, le 9 juin 1989, pour demander sa liquidation; qu'en l'état de ces constatations et appréciations, la cour d'appel, sans encourir le grief de dénaturation, a pu estimer que* [l'administrateur judiciaire] *avait commis une faute engageant sa responsabilité personnelle* »

3013 articles L. 622-1 III et L. 631-12 al. 3 du Code de commerce

3014 Cass. soc., 10 juill. 2002, n° 00-42340 : *Bull. civ.* 2002, n° 242 ; *JCP E* 2003, p. 219, note PH. PETEL ; *D.* 2002, act. jurispr. p. 2678, note A. LIENHARD : « *la méconnaissance par l'administrateur judiciaire du délai prévu par le texte précité pour notifier aux salariés concernés la rupture de leur contrat de travail constitue une irrégularité de forme du licenciement de nature à causer un préjudice aux intéressés qui peuvent en demander réparation* »

3015 Cass. com., 11 déc. 2001, n° 98-21933 : *Act. proc. coll.* 2002, n° 5 comm. 67, note J. VALLANSAN ; *Rev. proc. coll.* 2003, p. 134, note B. Soinne : « *Mais attendu que l'arrêt retient que l'administrateur, tenu au respect des obligations légales et conventionnelles, devait connaître le caractère obligatoire de la souscription d'un contrat d'assurance de groupe et qu'il avait l'obligation de veiller à ce qu'une suite soit donnée au courrier de l'assureur, reçu par le débiteur le 18 mars 1991, l'informant qu'à défaut de paiement des primes, la résiliation interviendrait à l'expiration d'un délai de quarante jours ; qu'il en déduit qu'en ne s'assurant pas du paiement des primes, l'administrateur a commis une faute personnelle ; que, la cour d'appel ayant ainsi légalement justifié sa décision* »

3016 Cass. com., 30 nov. 2010, n° 09-71954 : *Bull. Joly Entr. en diff.* 2011, p. 138, note C. VINCENT : « *l'administrateur du redressement judiciaire est personnellement responsable des fautes qu'il commet dans l'exercice de ses fonctions, notamment en n'informant pas, en vue de l'accomplissement de sa mission légale de passer tous les actes nécessaires à la réalisation de la cession des actifs, le futur repreneur de la situation de l'exploitation au regard de la législation pertinente* »

A : LA RESPONSABILITE DES CONTROLEURS LEGAUX DE LA PROCEDURE COLLECTIVE

L'étude de la responsabilité des contrôleurs dans la procédure collective se fera en deux temps. Il s'agira d'abord de s'intéresser aux organes non judiciaires de la procédure (1) puis à la responsabilité de l'Etat du fait des organes judiciaires intervenant lorsque l'entreprise se trouve en difficulté (2).

1 : La responsabilité des organes de contrôle-surveillance non judiciaires de la procédure collective

430. La responsabilité du mandataire judiciaire. Le mandataire judiciaire est, comme son nom l'indique, un mandataire de justice. Sa responsabilité suit donc le même régime que celle de l'administrateur judiciaire. Il s'agit d'une responsabilité civile de droit commun reposant sur les articles 1382 et 1383 du Code civil. La principale mission du mandataire judiciaire consiste à participer à la vérification et à l'admission des créances. Il engage donc sa responsabilité s'il omet d'avertir un créancier connu de la déconfiture de son débiteur[3017] ou s'il ne recherche pas les créanciers dont la créance a fait l'objet d'une publication[3018]. Il n'est par contre pas tenu de la régularité de la déclaration faite par le créancier[3019]. On peut

---

[3017] Cass. com., 3 juin 1997, n° 94-21982 : *Bull. civ.* 1997, n° 164 : « *Vu l'article 1382 du Code civil ; Attendu que pour condamner, à titre personnel, le mandataire-liquidateur de la société Midi Pyrénées transports à indemniser la totalité du préjudice subi du fait de la perte de sa créance par la société Elf Antar France, créancier connu, pour ne l'avoir pas avisée dans le délai de 8 jours à compter du jugement d'ouverture d'avoir à déclarer sa créance, l'arrêt retient que cette infraction à l'article 66 du décret du 27 décembre 1985, dans sa rédaction applicable en la cause, est constitutive d'une faute engageant la responsabilité personnelle du mandataire judiciaire ; Attendu qu'en se déterminant ainsi, sans rechercher, comme elle y était invitée, si le créancier, qui n'a pas déclaré sa créance dans le délai d'un an à compter du jugement d'ouverture, n'avait pas, par son absence de diligence, contribué, au moins pour partie, au dommage qu'il avait subi, la cour d'appel a privé sa décision de base légale* » - Cass. com., 9 mai 1995, n° 93-12012 : *Rev. proc. coll.* 1996, p. 410, note B. SOINNE

[3018] Cass. com., 23 mai 2000, n° 97-21493 : *Bull. civ*. 2000, n° 109 ; *Act. proc. coll.* 2000, n° 11, comm. 131, note J. VALLANSAN ; *RD bancaire et fin.* 2000, p. 176, note F.-X. LUCAS ; *JCP E* 2000, 1140, note P.-M. LE CORRE : « *Mais attendu qu'après avoir relevé qu'en cas de carence du débiteur dans l'établissement de la liste certifiée de ses créanciers, le représentant de ces derniers n'est pas tenu de lever des états d'inscription d'hypothèques, de nantissement ou de privilèges, l'arrêt reteint que l'obligation qui lui est faite par l'article 50 de la loi du 25 janvier 1985 d'avertir personnellement les créanciers bénéficiant d'une sûreté publiée, obligeait le représentant des créanciers à rechercher auprès de l'administrateur judiciaire des informations tirées des charges de remboursement des crédits, à utiliser les déclarations de créances hypothécaires pour connaître les éléments du patrimoine immobilier et à interroger la conservation des hypothèques sur d'éventuelles sûretés grevant l'immeuble d'habitation du débiteur ; qu'en relevant ces circonstances propres à établir que le représentant des créanciers avait failli à son obligation d'avertir un créancier connu, la cour d'appel, qui a pu retenir que faute d'avoir effectué ces diligences, M. X... avait ainsi engagé sa responsabilité personnelle, a légalement justifié sa décision* »

[3019] Cass. com., 6 févr. 2001, n° 98-11112 : *Bull. civ.* 2001, n° 31, *RTD com.* 2002, p. 536, note A. LAUDE, A. MARTIN-SERF, C. SAINT HALARY-HOUIN, et J.-L. VALLENS ; *RD bancaire et fin.* mars 2001, p. 91, NOTE F.-X. LUCAS : « *dans le cas où la créance n'a pas fait l'objet d'une déclaration régulière, le représentant des créanciers n'a pas l'obligation d'aviser le créancier de cette irrégularité* »

inversement lui reprocher l'admission d'une créance qui n'aurait pas dû l'être[3020] ou à un rang qui n'était pas le sien[3021].

Le mandataire judiciaire représente l'intérêt des créanciers dans la procédure collective. Il dispose à ce titre d'un certain nombre de prérogatives dont l'exercice ou l'abstention fautifs peuvent engager sa responsabilité. Il pourra donc être sanctionné s'il n'a pas demandé la conversion de la sauvegarde ou du redressement en liquidation judiciaire[3022], s'il a commis des erreurs dans la répartition des fonds entre créanciers[3023] ou encore s'il n'a pas exercé une action au profit de la masse des créanciers (action en nullité de la période suspecte, action en responsabilité contre un tiers ou action en comblement de passif)[3024].

A titre personnel, un créancier ne peut agir que s'il démontre un préjudice propre, distinct de celui de la masse des créanciers[3025]. Devant l'incertitude du résultat du redressement ou de la liquidation judiciaire, ce préjudice se limite généralement à la perte de chance d'obtenir le règlement de la créance[3026]. La propre faute du créancier pourra éventuellement venir réduire l'obligation de réparation du mandataire judiciaire[3027].

431. La responsabilité du commissaire à l'exécution du plan. Mandataire de justice, sa responsabilité est également fondée sur le droit commun de la responsabilité délictuelle et suit le régime de tout mandataire de justice de la procédure collective. Dans l'exercice de sa mission, il n'est tenu que d'une obligation de moyen. Il ne saurait donc être responsable dès

---

3020 Cass. com., 30 juin 2004, n° 02-20729 : *RD bancaire et fin.* 2004, p. 413, note F.-X. LUCAS : « *commet un manquement à ses obligations le représentant des créanciers, qui, sur sa propre initiative, propose au juge-commissaire l'admission d'une créance déclarée tardivement, peu important l'éventualité d'une action en relevé de forclusion* »

3021 Cass. com., 5 déc. 1995, n° 92-21828 : *Bull. civ.* 1995, n° 287 ; *Rev. proc. coll.* 1998, p. 195, note B. SOINNE : « *en proposant au juge-commissaire d'admettre le Trésor public à titre privilégié pour une créance d'impôts en retard, non dispensée de publication, qui devait être classée dans les créances chirographaires, privant le créancier nanti de son droit de préférence sur le prix du fonds de commerce, le mandataire de justice a commis une faute préjudiciable à celui-ci* »

3022 Cass. com., 13 nov. 2007, n° 06-18516 : inédit : « *Attendu qu'en se déterminant ainsi, sans rechercher si indépendamment des décisions prises par le tribunal de la procédure collective, en présence d'une importante créance de loyers impayés à la date d'ouverture de cette procédure et face à l'accroissement des sommes dues au bailleur pour l'occupation des locaux pendant la période d'observation, le représentant des créanciers n'avait pas commis une faute en laissant perdurer cette situation et en s'abstenant de saisir le tribunal d'une demande pour voir cesser l'activité de la société ou voir prononcer sa liquidation judiciaire, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision* »

3023 S. GORRIAS, « La responsabilité du mandataire judiciaire », *in* « Loi de sauvegarde. Risques et responsabilités en droit des procédures collectives. Actes du colloque de Caen du 15 octobre 2010 », *Rev. proc. coll.* 2010, dossser 12, spéc. n° 9 p. 108

3024 P.-M. LE CORRE, *Droit et pratique des procédures collectives*, préc., spéc. n° 361.41 p. 606

3025 Cass. com., 12 nov. 1997, n° 95-11206 : *Rev. proc. coll.* 1998, p. 199 : « *Mais attendu qu'après avoir énoncé exactement qu'un créancier dans la masse ne pouvait poursuivre une action en responsabilité contre le syndic que s'il justifiait d'un préjudice personnel particulier, lequel ne saurait être le simple non paiement de sa créance qui n'est que l'expression personnelle du préjudice subi par la masse, l'arrêt relève que Mme Z... ne fait état d'aucun autre préjudice que celui résultant de l'absence de perspective de règlement de sa créance; qu'en l'état de cette seule constatation, c'est à bon droit, que la cour d'appel s'est prononcée comme elle a fait* »

3026 C. SAINT-ALARY-HOUIN, « Les professions d'administrateurs et de mandataires judiciaires : des professions « à haut risque », … ! », préc., spéc. n° 36 p. 206

3027 Cass. com., 3 juin 1997, n° 94-21982 : préc. note 3017

lors qu'il a « *effectué toutes les diligences nécessaires pour en assurer la bonne exécution* »[3028].

Le commissaire est responsable dès lors qu'il faillit à sa mission de contrôle de l'exécution du plan. Il en est notamment ainsi lorsqu'il n'a pas « *satisfait aux exigences légales et réglementaires qui lui imposaient d'informer le procureur de la République et le tribunal de l'inexécution du plan et de déposer des rapports annuels* »[3029]. Un arrêt de 2001, rendu au profit du Trésor public, a également sanctionné le commissaire à l'exécution du plan pour avoir accepté le remboursement anticipé des créances, notamment fiscales, en contrepartie de la cession du fonds de commerce sans avoir « *appelé l'attention du tribunal sur la circonstance que la créance fiscale n'était pas exactement déterminée compte tenu de la procédure administrative en cours* »[3030]. Enfin, le commissaire doit s'assurer que le plan de cession respecte les obligations imposées par le tribunal, notamment la constitution de garantie par le cessionnaire[3031]. Le commissaire à l'exécution du plan commet donc une faute de contrôle lorsqu'il ne contrôle pas la bonne exécution du plan de continuation alors pourtant que ce dernier assure l'intérêt social en protégeant la continuation de l'entreprise.

Comme toute action en responsabilité, l'action contre le commissaire à l'exécution du plan nécessite la preuve non seulement d'une faute mais également d'un préjudice et d'un lien de causalité. Il a été jugé que la carence du commissaire ne saurait entrainer l'allocation de dommages et intérêts dès lors qu'elle est « *sans relation de causalité avec le préjudice invoqué* »[3032]. Ce préjudice ne permettra d'ailleurs à un créancier d'agir que s'il s'analyse en « *un préjudice personnel distinct du préjudice collectif subi par l'ensemble des créanciers* »[3033].

3028 Cass. com., 5 déc. 1995, n° 93-18830 : inédit

3029 Cass. com., 3 févr. 2009, n° 08-14740 : inédit

3030 Cass. com., 17 juill. 2001, n° 98-18723 : inédit

3031 Cass. com., 4 févr. 2003, n° 00-19910 : inédit : « *Mais attendu, en premier lieu, que l'arrêt retient que, s'il devait être reproché* [au commissaire à l'exécution du plan] *une faute pour avoir signé les actes de cession sans avoir obtenu au préalable une caution bancaire, la société Arca développement ne justifie pas qu'elle en aurait subi un préjudice* »

3032 Cass. com., 3 févr. 2009, n° 08-14740 : préc. note 3029 : « *Mais attendu qu'après avoir relevé que* [le commissaire à l'exécution du plan] *n'avait pas satisfait aux exigences légales et réglementaires qui lui imposaient d'informer le procureur de la République et le tribunal de l'inexécution du plan et de déposer des rapports annuels, l'arrêt retient que cette carence est sans relation de causalité avec le préjudice invoqué par la société Becton, celle-ci, ayant fait procéder, dès février 1994, à des mesures de saisies, et agi en résolution du plan, le 9 mars 1995, que toute initiative plus précoce du commissaire à l'exécution du plan aurait abouti au même résultat et qu'avant le prononcé de la liquidation judiciaire, elle n'aurait pas perçu plus que ses saisies et initiatives lui ont permis de récupérer ; que par ces seuls motifs faisant ressortir l'absence de lien de causalité entre la faute relevée et le préjudice allégué, la cour d'appel, qui a procédé à la recherche prétendument omise et n'a pas relevé un moyen d'office, a justifié sa décision* »

3033 Cass. com., 13 juin 2006, n° 05-12093 : *D.* 2007, pan. 43, note P.-M. LE CORRE : « *Attendu qu'en statuant ainsi, alors que le préjudice invoqué par la société Becton consistant à avoir été privée, et elle seule, par la faute de* [le commissaire à l'exécution du plan], *du bénéfice des dividendes du plan de continuation s'analysait en un préjudice personnel distinct du préjudice collectif subi par l'ensemble des créanciers de la liquidation judiciaire, la cour d'appel a violé les textes susvisés* »

432. La responsabilité des contrôleurs. Parmi les créanciers, certains vont être désignés contrôleurs. Leur mission est totalement gratuite et par conséquent, la loi prévoit expressément que leur responsabilité n'est engagée qu'en cas de faute lourde[3034]. On ne peut donc leur demander réparation que si leur faute est d'une telle gravité que le bon père de famille le moins compétent ne l'aurait pas commise[3035]. Pour le reste, le régime de la responsabilité des contrôleurs est celui du droit commun de la responsabilité délictuelle[3036]. Il ne s'agit pas d'une responsabilité du fait d'un contrôle car les contrôleurs de la procédure collective n'exercent pas un contrôle-surveillance de la société mais ne disposent que d'un droit à l'information. Exceptionnellement pourtant, leurs nouvelles prérogatives leur permettent de pallier la carence du mandataire judiciaire[3037]. La question se pose alors de la responsabilité encourue en cas d'action ou d'abstention fautives.

Pour les actions les plus graves, celles engageant la responsabilité pécuniaire ou pénale des dirigeants, la loi a encadré l'action des contrôleurs afin d'éviter tout abus ou détournement[3038]. Ils ne peuvent agir qu'à titre subsidiaire en cas de carence du mandataire judiciaire. Ils doivent donc avoir au préalable mis en demeure ce dernier d'agir[3039]. En outre, ils ne peuvent agir individuellement et ne peuvent donc saisir le juge qu'après une décision à la majorité[3040]. Le but est d'empêcher un contrôleur d'agir seul, dans un intérêt personnel, au lieu d'agir dans l'intérêt collectif des créanciers[3041]. La mise en jeu de la responsabilité d'un contrôleur pour action abusive est cependant très rare mais cette dernière semble bien constituer une faute lourde ouvrant droit à réparation ainsi que l'a admis la Cour d'appel de Paris[3042].

A l'inverse, l'inaction du contrôleur ne semble pas avoir donné lieu encore à jurisprudence. La doctrine est hésitante. Pour Monsieur Le Corre, le contrôleur ne devrait pas être

---

3034 article L. 621-10 al. 4 du Code de commerce

3035 L. AYNES, PH. MALAURIE, et PH. STOFFEL-MUNCK, *Droit civil, les obligations*, préc., spéc. n° 57 p. 32 – Cass. 1re civ., 1er mars 1983 : *Bull. civ.* 1983, n° 82 : « *la faute lourde consiste en une négligence grossière que l'homme le moins averti ne commettrait pas dans la gestion de ses propres affaires* »

3036 notamment s'agissant de la prescription de droit commun de cinq ans, article 2224 du Code civil

3037 V. *supra* n° 351

3038 articles L. 651-3 al. 2, L. 653-7 al. 2 et L. 654-17 du Code de commerce (action en responsabilité pour insuffisance d'actif, en faillite personnelle et en constitution de partie civile)

3039 articles L. 651-3 al. 2, L. 653-7 al. 2 et L. 654-17 du Code de commerce

3040 articles L. 651-3 al. 2, L. 653-7 al. 2 et L. 654-17 du Code de commerce

3041 X. DE ROUX, intervention lors du débat du 8 mars 2005 devant l'Assemblée nationale, 3ème séance, *JOAN* 9 mars 2005, p. 1796

3042 T. com. Paris, 17e ch., 10 mars 2006 : *JurisData* n° 2006-321060 : « *Attendu que* [le contrôleur] *a adopté à l'évidence une attitude pour le moins ambiguë en l'espèce dès lors qu'il est établi qu'elle a assisté, et participé, par conseil interposé, aux débats de l'audience litigieuse ; que cette attitude est révélatrice de mauvaise foi et doit être sanctionnée dès lors qu'elle cause un préjudice aux autres parties qui se sont trouvées de ce fait engagées dans une procédure injustifiée ; Qu'en conséquence,* [l'administrateur judiciaire] *sera accueilli en sa demande de dommages et intérêts pour procédure abusive au niveau sollicité* »

responsable en vertu du caractère subsidiaire de son action[3043]. Seul le mandataire judiciaire devrait donc en répondre. Monsieur Cagnoli estime quant à lui qu'il devrait y avoir responsabilité conjointe du contrôleur et du mandataire judiciaire défaillants[3044]. En effet, s'il est sans doute plus difficile de démontrer la faute lourde du contrôleur, ce dernier dispose bien du pouvoir d'agir en cas de carence du mandataire. C'est même sa seule mission de contrôle. On ne voit pas pourquoi l'inaction de celui auquel il doit suppléer excuserait sa propre passivité. En outre, les contrôleurs sont en nombre limité ce qui doit responsabiliser les créanciers qui ont pu être désignés au détriment des autres[3045].

433. La responsabilité de l'expert en diagnostic d'entreprise. Nommé par le juge pour assister le débiteur ou le mandataire judiciaire dans la rédaction du projet de plan, l'expert en diagnostic d'entreprise est un expert judiciaire comme les autres. Il ne se trouve pas dans une relation contractuelle avec les parties[3046] et, en l'absence de textes spéciaux, sa responsabilité ne peut donc que reposer sur le droit commun de la responsabilité délictuelle[3047]. L'expert n'est pas non plus un collaborateur du service public de la justice et sa responsabilité ne relève donc pas du régime des agents publics[3048].

Il ne semble pas y avoir de jurisprudence relative à la responsabilité civile des experts en diagnostic d'entreprise. Rien n'interdirait pourtant qu'on les mette en cause comme tout

---

3043 P.-M. LE CORRE, *Droit et pratique des procédures collectives*, préc., spéc. n° 612.24 p. 1562 – V. également PH. ROUSSEL-GALLE, « Les contrôleurs, gardiens de l'intérêt collectif », *Gaz. Pal.* 2005 p. 2984, spéc. n° 24 p. 2988

3044 P. CAGNOLI, « La responsabilité des autres acteurs de la procédure collective », *in* « Loi de sauvegarde. Risques et responsabilités en droit des procédures collectives. Actes du colloque de Caen du 15 octobre 2010 », *Rev. proc. coll.* 2010, dossier 13, spéc. n° 13 p. 113

3045 P. CAGNOLI, « La responsabilité des autres acteurs de la procédure collective », préc., spéc. n° 13 p. 113

3046 V. pour un expert désigné pour des désordre dans la construction d'un immeuble : Cass. 3e civ., 27 juin 2001, n° 99-18883 : *AJDI* 2002, p. 787, note H. HEUGAS-DARRASPEN : « *Attendu que pour condamner M. T... à payer diverses sommes aux demandeurs, l'arrêt retient que la mission confiée à cet expert par le juge de la mise en état, comprenant la direction, l'exécution et le contrôle de tous travaux nécessaires à l'achèvement des bâtiments et de leurs abords et à la livraison des appartements aux acquéreurs, est celle d'un maître d'œuvre et que ce juge a constaté l'existence de rapports contractuels entre le maître de l'ouvrage et M. T... puisqu'il donnait acte aux parties de leur accord et en déduit qu'en conséquence, en qualité de constructeur, il doit répondre en vertu de l'article 1792 du Code civil des désordres affectant l'ouvrage ; Qu'en statuant ainsi, par des motifs qui ne suffisent pas à caractériser l'existence d'un lien contractuel entre le maître de l'ouvrage et l'expert, la cour d'appel a violé les textes susvisés* »

3047 Cass. 2e civ., 8 oct. 1986, n° 85-14201 : *Bull. civ.* 1986, n° 146 ; *Gaz. Pal.* 1987, 2, somm. p. 337, note S. GUINCHARD et T. MOUSSA « *attendu qu'à défaut de toute disposition contraire, la responsabilité personnelle d'un expert judiciairement désigné, à raison de fautes commises dans l'accomplissement de sa mission, est engagée conformément aux règles de droit commun de la responsabilité civile ; qu'il en est ainsi même si le juge a suivi l'avis de l'expert dans l'ignorance de l'erreur dont son rapport, qui a influé sur la décision, était entaché* » - Cass. civ., 9 mars 1949 : *Bull. civ.* 1949, n° 87 ; *JCP G* 1949, II, 4826 ; *D.* 1949, jurispr. p. 331 ; *S.* 1950, 1, p. 13

3048 D. GARREAU, « L'expert judiciaire et le service public de la justice », *D.* 1988, chron. p. 97, spéc. p. 98 - V. LARRIBAU-TERNEYRE, « La responsabilité de l'expert judiciaire à l'ombre de la responsabilité civile », *LPA* 2 déc. 1998, p. 7, spéc. p. 11 et s. – Cass. 1re civ., 19 mars 2002, n° 00-11907 : *Bull. civ.* 2002, n° 102 ; *AJDI* 2002, p. 869, note H. HEUGAS-DARRASPEN : « *la cour d'appel a relevé à bon droit que l'action en responsabilité contre l'expert judiciaire devait se tenir devant la juridiction judiciaire puisque les éventuelles fautes commises par lui engageaient sa propre responsabilité et non celle de l'Etat* »

expert judiciaire[3049]. La responsabilité de ce dernier repose sur l'existence d'une faute. Le rapport d'expertise ne peut, à lui seul, ouvrir droit à dommages et intérêt. Il s'agit en effet d'éviter d'entraver la liberté d'appréciation de l'expert par la crainte d'éventuelle poursuite[3050]. La faute technique commise par l'expert peut résulter d'une expertise insuffisante[3051], par exemple lorsqu'il omet de demander certaines informations importantes[3052], ou erronées, par exemple lorsqu'il commet une erreur d'évaluation[3053] ou de rédaction[3054]. Par contre, les exigences procédurales de l'expertise judiciaire ne sont pas requises. Il n'est donc pas nécessaire de respecter le principe du contradictoire du moment que le rapport a pu faire l'objet d'un débat devant la juridiction[3055].

La mise en œuvre de la responsabilité de l'expert est pourtant difficile. D'abord parce que la faute de ce dernier est appréciée *in abstracto*, au regard du comportement qu'aurait eu un technicien normalement diligent et compétent[3056]. L'expert doit accomplir sa mission avec

---

3049 Cass. req., 26 oct. 1914 : *D.* 1916, 1, p. 53 : « *Attendu que si les experts chargés par un tribunal de procéder à une vérification sont, en principe, soumis aux règles du droit commun et, par suite, responsables du préjudice qui est la conséquence directe de leurs fautes, il en est autrement lorsque leurs rapports ont été homologués par une décision devenue définitive* »

3050 CA Versailles, 29 nov. 1988 : *Gaz. Pal.* 1989, 2, 422 : « *il convient d'observer que le juge, qui confie à un technicien une mission d'expertise, lui délègue temporairement ses pouvoirs pour l'accomplissement de cette mesure d'instruction, même si, en définitive, il n'est pas lié par l'avis de l'expert qui demeure soumis à son appréciation et peut être critiqué et discuté par les parties ; qu'il s'en suit qu'un expert ne peut voir sa responsabilité civile recherchée en justice par les parties pour l'avis qu'il a émis dans le cadre de l'exécution de sa mission ; que toute autre solution serait de nature à compromettre l'indépendance de 1'expert et sa liberté d'appréciation, qui s'imposent en vue d'une bonne administration de la justice, l'expert ne devant pas être entravé dans sa recherche de la vérité par la crainte des responsabilités qu'il pourrait avoir encourues* »

3051 Cass. 2e civ., 20 juill. 1993, n° 92-11209 : *Bull. civ*. 1993, n° 272 ; *Resp. civ. et assur.* déc. 1993, p. 9 : « *Mais attendu que l'arrêt énonce que les désordres constatés par le second expert, identiques à ceux relevés 10 ans auparavant par* [l'expert], *sont la conséquence directe des pénétrations d'eau résultant d'un défaut d'étanchéité de la terrasse et retient que* [l'expert], *qui n'a pas procédé à une mise en eau de la terrasse, s'est arrêté à la constatation de la destruction de la brique de la façade, sans pousser plus avant ses investigations, alors que, n'ayant aucune certitude quant à la cause des désordres, il lui appartenait de ne pas négliger d'autres éventualités, parmi lesquelles un défaut d'étanchéité de la terrasse n'était pas la plus invraisemblable ; qu'il ajoute que la similitude des désordres, l'absence de toute autre explication plausible et vérifiable constituent des présomptions suffisantes de ce que ce défaut d'étanchéité préexistait bien à l'apparition des premiers désordres ; Que, de ces constatations et énonciations qui relèvent de son pouvoir souverain d'appréciation des preuves, la cour d'appel a pu déduire que* [l'expert] *avait commis une faute et a caractérisé le lien de causalité entre cette faute et le dommage subi par l'Hostellerie Lenoir* »

3052 CA Versailles, 31 janv. 1991 : inédit

3053 Cass. 2e civ., 8 juill. 1998, n° 96-22299 : *Bull. civ.* 1998, n° 240 : « *Qu'en statuant ainsi, tout en relevant, par motifs propres et adoptés que le consentement des prêteurs avait été déterminé par la valeur de la garantie offerte par les époux Y..., telle qu'elle résultait de l'expertise et qui s'était révélée grossièrement surévaluée dans des conditions engageant, en l'absence d'un contrat passé entre les prêteurs et l'expert, la responsabilité quasi délictuelle de celui-ci et alors que les prêteurs avaient droit à la réparation intégrale du préjudice découlant de la faute de celui-ci, la cour d'appel, qui n'a pas tiré les conséquences légales de ses constatations, a violé* [l'article 1382 du Code civil] »

3054 Cass. 2e civ., 8 oct. 1986, n° 85-14201 : préc. note 3047 : La faute résultait en l'espèce d'« *un rapport mentionnant, par suite d'une erreur de dactylographie, une incapacité permanente partielle de la victime de 30 % au lieu de 3 %* »

3055 Cass. com., 28 mars 1995, n° 92-13752 : *Rev. proc. coll.* 1995, p. 133, note B. SOINNE : « *Attendu, d'autre part, que l'expert, désigné pour assister l'administrateur chargé de dresser le bilan économique et social de l'entreprise, n'est pas tenu de communiquer à chacune des parties les observations formulées par les autres avant de donner son avis ; qu'ayant constaté que le rapport de l'expert, comme les observations écrites de l'administrateur, avaient fait l'objet, devant elle, d'un débat contradictoire, la cour d'appel n'a pas encouru le grief du pourvoi* »

3056 O. ABRAM, « Les fautes susceptibles d'engager la responsabilité civile de l'expert judiciaire », *Administrer* juin 2003, p. 18, spéc. n° 4 p. 19

conscience, objectivité et impartialité[3057]. Mais si une faute lourde n'est pas exigée, elle doit néanmoins s'avérer suffisamment grave ou s'accompagner d'une intention malveillante pour ouvrir droit à réparation[3058]. Ensuite parce que l'existence d'un lien de causalité avec un éventuel préjudice sera souvent difficile à démontrer[3059]. Le dommage pourrait résulter du retard occasionné par l'expertise fautive ou encore des conséquences d'une évaluation erronée. Néanmoins, ce préjudice résultera généralement, non de l'expertise elle-même, mais du jugement qui en est résulté. Or le rapport ne lie pas le juge qui conserve tout pouvoir d'appréciation sur l'opportunité de le suivre ou non[3060]. Cela sera d'autant plus vrai en matière de procédure collective où l'expert en diagnostic d'entreprise n'est qu'un assistant dans l'élaboration du plan et non son rédacteur[3061]. L'expert ne sera donc responsable que si la décision du juge a été nécessairement déterminée par les conclusions de l'expert[3062]. Notamment lorsque l'erreur porte sur des considérations purement techniques[3063]. Ce ne serait pas le cas si « *la cause directe du dommage invoqué se trouvait dans "l'appréciation et la décision de la cour d'appel"* »[3064].

2 : La responsabilité de l'Etat du fait des organes de contrôle-surveillance judiciaires de la procédure collective

434. Principe de la responsabilité de l'Etat du fait du fonctionnement du service de la justice. Le Code de l'organisation judiciaire dispose en son article L. 141-1 que « *l'Etat est tenu de réparer le dommage causé par le fonctionnement défectueux du service de la justice* ». Ce contentieux relève de la compétence des juridictions judiciaires dès lors qu'il

---

3057 article 237 du Code de procédure civile

3058 V. LARRIBAU-TERNEYRE, « La responsabilité de l'expert judiciaire à l'ombre de la responsabilité civile », préc., spéc. p. 12 - O. ABRAM, « Les fautes susceptibles d'engager la responsabilité civile de l'expert judiciaire », préc., spéc. n° 3 p. 19 – M. LOBE LOBAS, « La responsabilité civile de l'expert judiciaire », *D.* 2006, p. 290, spéc. p. 293

3059 mais pas impossible : Cass. 2e civ., 20 juill. 1993, n° 92-11209 : préc. note 3051 : « *Que, de ces constatations et énonciations qui relèvent de son pouvoir souverain d'appréciation des preuves, la cour d'appel a pu déduire que* [l'expert] *avait commis une faute et a caractérisé le lien de causalité entre cette faute et le dommage subi par l'Hostellerie Lenoir* »

3060 V. LARRIBAU-TERNEYRE, « La responsabilité de l'expert judiciaire à l'ombre de la responsabilité civile », préc., spéc. p. 12

3061 V. *supra* n° 358

3062 TGI Paris, 26 avril 1978 : *Gaz. Pal.* 1978, 2, 449, note F. THORIN : « *Attendu cependant que la preuve d'un lien de causalité nécessaire entre la faute d'imprudence ci-dessus relevée et le préjudice subi n'est pas rapportée et ne peut être dégagée des faits et documents de la cause ; qu'en effet, il ne peut être affirmé, avec une totale certitude, que l'action du magistrat instructeur et sa décision de décerner mandat d'arrêt ont été nécessairement déterminées par les conclusions des experts D… et F…, abstraction faite de tous autres éléments particuliers de la cause ou propres à la personnalité de Jean M…* »

3063 V. LARRIBAU-TERNEYRE, « La responsabilité de l'expert judiciaire à l'ombre de la responsabilité civile », préc., spéc. p. - M. LOBE LOBAS, « La responsabilité civile de l'expert judiciaire », préc., spéc. p. 294

3064 Cass. 1re civ., 18 févr. 1997, n° 95-14823 : inédit

concerne le fonctionnement du service de la justice judiciaire et non son organisation[3065]. Néanmoins, statuant sur la responsabilité de l'Etat, le juge civil devra appliquer les règles du droit public[3066]. L'article L. 141-1 alinéa 2 du Code de l'organisation judiciaire soumet la responsabilité de l'Etat du fait du fonctionnement de la justice à la preuve d'une « *faute lourde* » ou d'un « *déni de justice* ».

La faute lourde était définie à l'origine au regard du comportement du juge, soit que son acte ait été commis « *sous l'influence d'une erreur tellement grossière qu'un magistrat normalement soucieux de ses devoirs n'y eût pas été entrainé* »[3067], soit qu'il ait été guidé par l'« *intention de nuire* » ou qu'elle révèle « *un comportement anormalement déficient* »[3068]. L'assemblée plénière de la Cour de cassation est revenue sur cette définition dans un arrêt de 2001 : « *constitue une faute lourde toute déficience caractérisée par un fait ou une série de faits traduisant l'inaptitude du service public de la justice à remplir la mission dont il est investi* »[3069]. Une telle définition permet de qualifier de faute lourde une suite de fautes mineures mais dont l'addition a conduit à un dommage sérieux[3070].

Le déni de justice est en principe le refus de juger[3071]. La jurisprudence en a pourtant étendu la définition au cas ou la décision n'est pas intervenue dans un délai raisonnable : « *il faut entendre par déni de justice, non seulement le refus de répondre aux requêtes ou le fait de négliger de juger les affaires en état de l'être, mais aussi, plus largement, tout manquement*

3065 T. Confl. , 27 nov. 1952, *Préfet de Guyane : GAJA* 2011, n° 67 p. 439 : « *Considérant que les actes incriminés sont relatifs non à l'exercice de la fonction juridictionnelle mais à l'organisation même du service public de la justice ; que l'action des requérants a pour cause le défaut de constitution des tribunaux de première instance et d'appel dans le ressort de la Guyane, résultant du fait que le gouvernement n'a pas pourvu effectivement ces juridictions des magistrats qu'elles comportaient normalement ; qu'elle met en jeu la responsabilité du service public indépendamment de toute appréciation à porter sur la marche même des services judiciaires ; qu'il appartient dès lors à la juridiction administrative d'en connaître et que c'est à bon droit que le préfet a élevé le conflit dans l'instance* »

3066 Cass. civ., 23 nov. 1956 : *Bull. civ.* 1956, n° 407 ; *GAJA* 2011, n° 73 p. 486; *D.* 1957, p. 34, concl. LEMOINE ; *JCP G* 1956, II, 9681, note ESMEIN ; *RDP* 1958, 298, note M. WALINE ; *AJDA* 1957, II, 91, note FOURNIER et BRAIBANT : « *Mais attendu que la juridiction de l'ordre judiciaire, régulièrement saisie en vertu des principes de la séparation des pouvoirs et de l'indépendance du pouvoir judiciaire, était appelée à se prononcer, au fond, sur un litige mettant en cause la responsabilité de la puissance publique, dont l'exercice du pouvoir judiciaire constitue, au premier chef une manifestation ; Attendu que la Cour d'appel s'est appuyée, à tort, sur les dispositions de droit privé relatives aux délits et quasi-délits, qui ne peuvent être invoquées pour fonder la responsabilité de l'Etat ; qu'elle avait, en revanche, le pouvoir et le devoir de se référer, en l'espèce, aux règles du droit public* »

3067 Cass. 1re civ., 3 oct. 1953 : *Bull. civ.* 1953, n° 224

3068 CA Paris, 1er avril 1994 : *JurisData* n° 1994-021357 ; *D.* 1994, inf. rap. p. 125 : « *la faute lourde visée par ce texte est celle qui a été commise sous l'influence d'une erreur tellement grossière qu'un magistrat normalement soucieux de ses devoirs n'y eût pas été entraîné ou celle qui révèle une intention de nuire de celui dont le justiciable critique les actes ou enfin celle qui révèle un comportement anormalement déficient* »

3069 Cass. ass. plén., 23 févr. 2001, n° 99-16165 : *Bull. ass. plén.* n° 5 : *LPA* 26 févr. 2001, p. 4 ; *Resp. civ. et assur.* mai 2001, p. 4, note P. VAILLIER ; *Dr. et patrimoine*, juill. 2001, note F. CHABAS

3070 solution déjà retenue par un arrêt CA Paris, 25 oct. 2000 : *JurisData* n° 2000-128470 ; *Gaz. Pal.* 8 déc. 2000, jurispr. p. 17 note S. PETIT ; *D.* 2001, p. 580, note A. LIENHARD : « *Considérant, dès lors, que si, prise isolément, aucune des négligences ainsi constatées ne s'analyse en une faute lourde, en revanche, le fonctionnement défectueux du service public de la justice, qui découle de leur réunion, revêt le caractère d'un telle faute* »

3071 V. par ex. l'article 4 du Code civil : « *Le juge qui refusera de juger, sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice* »

de l'Etat à son devoir de protection juridictionnelle de l'individu qui comprend le droit pour tout justiciable de voir statuer sur ses prétentions dans un délai raisonnable »[3072].

La Cour de cassation reste très réticente à admettre l'éventuelle responsabilité de l'Etat du fait du fonctionnement de la justice. Elle considère qu'une décision non encore passée en force de chose jugée ne peut être critiquée autrement que par le biais des voies de recours susceptible d'être mises en œuvre[3073]. Une telle solution limite considérablement la portée de la responsabilité judiciaire et interdit de demander réparation du fait des décisions du juge suprême. Cela a été combattu, tant par les juges du fond[3074] que par la doctrine[3075]. En effet, des exemples montrent que l'autorité de la chose jugée ne doit pas purger la décision de tout vice et exclure toute responsabilité. La faute peut n'apparaître, ou en tout cas n'être prouvée, qu'après expiration des délais de recours, voire après rejet d'un éventuel pourvoi devant la Cour de cassation. Monsieur Sabourault cite notamment l'affaire d'un couple de locataires commerçants n'ayant pu faire valoir les obligations de réparation pesant sur le bailleur[3076]. Les juges du fonds, en première instance puis en appel, ont considéré que « *les grosses réparations invoquées par les locataires* [constituaient] *en réalité des travaux de reconstruction de l'immeuble partiellement détruit* » et ont rejeté leur demande[3077]. Aucun pourvoi n'est alors formé. Suite à une tempête, les époux saisissent à nouveau la justice. Cette fois, les magistrats du fond reconnaissent les obligations du propriétaire[3078] mais l'arrêt de la Cour d'appel est cassé par la Cour de cassation au motif d'une atteinte à l'autorité de la chose jugée[3079]. Les époux se trouvent de fait ruinés. Quelques années plus tard, l'un des juges de la

---

3072 TGI Paris, 9 nov. 1997 : *D.* 1998, p. 9, note M.-A. FRISON-ROCHE – CA Paris, 15 mars 2011 : *JurisData* n° 2011-009193

3073 Cass. crim., 9 déc. 1981, n° 81-94848 : *Bull. crim.*, 1981, n° 327 ; *D.* 1983, p. 352, note W. JEANDIDIER : excluant la responsabilité pénale du fait d'une décision de justice : « *attendu cependant qu'en vertu du principe constitutionnel qui garantit l'indépendance des magistrats du siège, leurs décisions juridictionnelles ne peuvent être critiquées, tant dans les motifs que dans le dispositif qu'elles comportent, que par le seul exercice des voies de recours prévues par la loi ; que ce principe ainsi d'ailleurs que celui du délibéré, mettant obstacle à ce qu'une décision de justice puisse être considérée comme constitutive par elle-même d'un crime ou d'un délit, il en ressort que les magistrats du siège mis en cause ne sont pas susceptibles d'être inculpés des infractions que leur imputent les plaignants* »

3074 CA Paris, 21 juin 1989 : *Gaz. Pal.* 1989, II, p. 944 : « *Un acte juridictionnel, même définitif, peut donner lieu à mise en œuvre de la responsabilité de l'Etat* »

3075 G. WIEDERKEHR, « La responsabilité de l'Etat et des magistrats du fait de la justice », *in* « La responsabilité des gens de justice, XXIIème colloque des I.E.J., Nantes 9 novembre 1996 », *Justices* 1997, n° 5 p. 13, spéc. p. 20 - D. SABOURAULT, « La fonction juridictionnelle entre autorité, indépendance et responsabilité *», in Justice et responsabilité de l'Etat*, PUF 2003, p. 171, spéc. p. 196

3076 D. SABOURAULT, « La fonction juridictionnelle entre autorité, indépendance et responsabilité *»,* préc., spéc. p. 182 – V. également sur cette affaire : *Le Monde* 29/11/2000, p. 14 ; *Libération* 28/11/2000, p. 25 ; *Le Figaro* 28/11/2000, p. 11

3077 TI Fougères, 24 janv. 1984 et CA Rennes, 6 nov. 1986 : inédit

3078 TI Fougères, 5 oct. 1989 et CA Rennes, 5 mars 1991 : inédit

3079 Cass. 3e civ., 23 nov. 1993, n° 92-12514 : inédit : « *Vu l'article 1351 du Code civil ; Attendu, selon l'arrêt attaqué (Rennes, 5 mars 1991), que les époux B..., locataires de locaux à usage de commerce et d'habitation appartenant aux consorts D..., ont été déboutés de leur demande d'exécution de travaux dans les lieux loués par un précédent arrêt du 6 novembre 1986 qui a dit que les réparations invoquées par les locataires constituaient en réalité des travaux de reconstruction de l'immeuble partiellement détruit ; Attendu que, pour condamner les consorts D... à effectuer des travaux de réparation dans l'immeuble loué, l'arrêt retient que les époux B... sollicitent actuellement des travaux non*

Cour d'appel ayant refusé de faire droit aux prétentions du couple admet le caractère fautif de cette décision rendue trop hâtivement[3080]. Devant le refus d'une indemnisation amiable par le ministère de la Justice, les deux victimes saisissent le TGI de Rennes qui reconnaît alors la faute lourde du service public de la justice[3081]. Ce jugement consacre la possibilité d'une décision fautive en elle-même.

435. Application aux procédures collectives. L'intervention judiciaire dans la procédure collective est de plus en plus importante. Trois organes judiciaires font ainsi participer aux décisions relatives au sort de l'entreprise et des parties prenantes, et surveiller le bon déroulement de la procédure. Il s'agit du tribunal de commerce, du ministère public et du juge-commissaire. En matière de procédure collective, le cas le plus fréquent de mise en jeu de la responsabilité de l'Etat du fait du service de la justice concerne les délais de procédure. Le débiteur peut notamment demander réparation du fait d'un délibéré manifestement excessif. Il en est ainsi lorsque le jugement prononçant la liquidation judiciaire personnelle du dirigeant intervient presque un an après l'audience[3082]. La durée excessive de la procédure peut également résulter de la faute de ses organes judiciaires. La Cour d'appel de Besançon a notamment énoncé « *que constitue une faute lourde engageant la responsabilité de l'Etat*

---

compris dans leur première demande et qu'en outre les travaux demandés ne constituent pas des travaux de reconstruction mais seulement des réparations et des travaux d'entretien, qu'à défaut d'identité d'objet entre les deux instances, la fin de non-recevoir tirée de l'autorité de chose jugée n'est pas fondée ; Qu'en statuant ainsi, tout en constatant que certains travaux faisaient partie des travaux demandés par les époux B... lors de la première instance, la cour d'appel a violé le texte susvisé »

3080 TGI Rennes, 27 nov. 2000 : inédit : « *Le 21 /09/1995 le Président L… a écrit aux époux E… que le réexamen des pièces lui laissait une "impression désagréable d'arrêt plus ou moins loupé" (pour ne pas dire "bâclé", ainsi qu'il le précise dans une note manuscrite accompagnant la lettre), que "la décision a été rendue sous l'emprise d'un encombrement intolérable et des mesures qu'il a fallu prendre pour résorber cet encombrement"et, après avoir cité des exemples tirés des pièces du dossier, il ajoute : "ces seuls exemples montrent que l'on a tenté- et réussi - de nous faire prendre des vessies pour des lanternes et que nous n'avons pas pris et du reste pas eu le temps de procéder à des contrôles qui eussent été révélateurs"* »

3081 TGI Rennes, 27 nov. 2000 : préc. note 3080 : « *Quelles que soient les raisons invoquées, il résulte de la lettre de Monsieur L… que celui-ci reconnaît avoir dû "faire vite, très vite, au risque de faire trop vite" et "n'avoir pas pris le temps de procéder à des contrôles qui eussent été révélateurs," ce qui revient à dire qu'il a signé l'arrêt sans avoir effectué un examen sérieux et attentif de la solution proposée par le conseiller rédacteur. Se trouve ainsi caractérisé un fonctionnement défectueux de service public de la justice qui procède d'une faute lourde* »

3082 CA Paris, 17 mai 2011 : *JurisData* n° 2011-010630 : « *Considérant que M. B. a engagé son action sur le fondement des dispositions de l'article L 141-4 du Code de l'organisation judiciaire, aux termes duquel l'Etat est tenu de réparer le dommage causé par le fonctionnement défectueux du service de la justice, sa responsabilité n'étant engagée que par une faute lourde ou un déni de justice ; qu'en particulier la négligence à juger les affaires en état de l'être ou une décision intervenant après un délibéré d'une durée excessive sont des circonstances qui peuvent être constitutives d'un déni de justice et constituent un manquement aux droits du justiciable à voir statuer sur ses prétentions dans un délai raisonnable conformément aux dispositions de l'article 6 de la Convention Européenne des droits de l'homme ; que M. B. faisant état d'un délibéré qui a duré près d'une année a en conséquence un intérêt légitime à agir qui ne saurait lui être contesté, une telle durée apparaissant manifestement excessive ; que le jugement sera confirmé quant à la recevabilité de l'action engagée par M. B. ; Considérant que par des motifs pertinents que la cour approuve, les premiers juges ont admis, en raison de la durée d'un délibéré dépassant le délai raisonnable dans une affaire dans laquelle aucune réouverture des débats n'a été ordonnée et ne présentant pas de complexité particulière, ce que confirme la teneur du jugement rendu au surplus de seulement 7 pages, l'existence d'un préjudice moral subi par M. B., résultant de la tension psychologique supportée du fait de ce retard ; qu'ils l'ont exactement indemnisé, tenant compte du caractère néanmoins finalement profitable à M. B. de la durée excessive du délibéré, par l'octroi d'une somme de 3000 euro à titre de dommages et intérêts* »

l'inertie des organes en charge d'une procédure de liquidation judiciaire, ayant conduit à prolonger cette procédure au-delà d'un délai raisonnable » et « *que l'inertie du liquidateur pendant plus de dix ans et la défaillance des autorités chargées de surveiller le déroulement de la procédure (en particulier le juge-commissaire et le Ministère public) caractérisent un dysfonctionnement grave du service de la justice* »[3083]. Il en effet contraire à l'intérêt social de laisser perdurer indéfiniment une situation précaire pour la société et une incertitude sur sa survie.

Le déni de justice n'est pas la seule cause de responsabilité de l'Etat du fait du service de la justice en matière de procédure collective. Le comportement fautif, voire malhonnête, des organes judiciaires de la procédure peut ouvrir droit à dommages et intérêts. La Cour d'appel de Paris a ainsi jugé « *que la rédaction d'une fausse ordonnance, partant la commission par M. D…, dans l'exercice de ses fonctions de juge-commissaire, du crime de faux en écriture publique dont il a été déclaré coupable par la cour d'assises de la Marne caractérise une faute lourde engageant la responsabilité de l'Etat* »[3084]. Le juge-commissaire avait en l'espèce modifié frauduleusement une ordonnance ordonnant la vente d'une partie des biens du débiteur, étendant l'assiette de cette dernière.

L'action en responsabilité contre l'Etat peut être engagée par le débiteur lui-même mais également par les associés de la société en redressement ou liquidation[3085] ou encore par un tiers[3086]. Il leur faudra toutefois démontrer l'existence d'un préjudice pour obtenir réparation. La durée excessive de la procédure peut d'abord entrainer un préjudice moral « *du fait de la*

3083 CA Besançon, 18 nov. 2009 : *Act. proc. coll.* 2010, n° 16, comm. 236 – V. également CA Toulouse, 5 janv. 2010 : *JurisData* n° 2010-000091 : « *la durée de cette procédure pendant plus de 26 ans démontre la carence du juge commissaire du tribunal de commerce de Perpignan dans sa fonction de surveillance du déroulement rapide des opérations de la procédure de liquidation des biens et de protection des intérêts en présence.* […] *ce retard excessif dans le traitement de la procédure de liquidation des biens de Madame T… constitue une déficience caractérisée traduisant l'inaptitude du service de la justice à remplir la mission dont il est investi* »

3084 CA Paris, 29 mars 2004 : *JurisData* n° 2004-249710

3085 CA Paris, 29 mars 2004 : préc. note 3084 : « *considérant que MM. L… et O… étaient respectivement président du conseil d'administration de la société R… et gérant de la société S… ; qu'ils détenaient, chacun, la moitié des actions ou parts composant le capital de ces personnes morales ; qu'ils étaient, en tant qu'associés de la SCI, indéfiniment responsable du passif social, incluant le passif de la société commerciale à la suite de l'extension à la SCI, pour confusion des patrimoines, de la procédure collective ouverte à l'égard de celle-là ; Considérant qu'il résulte de ces constatations que MM. L… et O… sont des personnes visées par cette procédure collective, laquelle affecte leurs intérêts propres, etqu'ils se prévalent dès lors à bon droit de la qualité d'usager du service public de la justice, laquelle ne se réduit pas à la notion de partie à l'instance* »

3086 CA Paris, 15 mars 2011 : préc. note 3072 : « *Considérant qu'en l'espèce, il ressort de l'exposé des faits tels qu'ils sont rappelés en tête du présent arrêt que, s'agissant d'une affaire simple, le Tribunal de commerce d'Ajaccio a placé la société Bureau Services en liquidation le 25 juin 2007 alors qu'il avait été saisi de la demande près de deux ans auparavant et qu'en la matière, eu égard à l'impérieuse nécessité de préserver les intérêts des créanciers qui s'impose, la célérité est de règle ; Qu'en outre, les contractants qui savent qu'une entreprise commerciale est soumise à une procédure collective sont en droit d'attendre de la justice qu'elle agisse promptement lorsque survient une situation caractérisant une cessation des payements ; Que, dans ces conditions, le délai de deux ans qui s'est écoulé avant que le Tribunal de commerce d'Ajaccio prononce la liquidation de la société Bureau Services, qui n'est pas justifié par le seul souci de respecter le principe de la contradiction, est excessif et constitutif d'un déni de justice au sens des dispositions susvisées* »

tension psychologique supportée du fait de ce retard »[3087]. Elle pourrait en outre faire naitre un préjudice matériel. La jurisprudence admet que les créanciers puissent subir un dommage matériel du fait d'une procédure trop longue les ayant conduits à poursuivre des livraisons de marchandises au débiteur alors que la situation de ce denier était déjà irrémédiablement compromise[3088]. Par contre, il sera souvent plus difficile au débiteur, ou à ses dirigeants, de démontrer l'existence d'un tel préjudice. En effet, il leur faut prouver que la faute du service de la justice a conduit à la perte d'une chance d'obtenir le redressement de la société[3089] ou en tout cas de limiter le passif dû en cas de liquidation[3090].

B : LA RESPONSABILITE DE L'ETAT DU FAIT DES CONTROLEURS INSTITUTIONNELS

L'exercice d'un contrôle-surveillance par l'Administration peut également être source de responsabilité. Ce contrôle s'exerce soit par l'Etat dans le cadre d'un service administratif, soit par une autorité administrative (ou publique) indépendante. Dans les deux cas, le régime de responsabilité s'appliquant est celui de la responsabilité administrative. Nous étudierons donc dans un premier temps les conditions de la responsabilité de l'Administration du fait d'un contrôle-surveillance (1) puis dans un second temps, le régime de cette action (2).

3087 CA, 17 mai 2011 : préc. note 3082 - CA Paris, 29 mars 2004 : préc. note 3084

3088 CA Paris, 15 mars 2011 : préc. note 3072 : « *Considérant que, comme le soutient la société Difpap, si le Tribunal de commerce d'Ajaccio avait statué dans un délai raisonnable, elle n'aurait pas livré des marchandises à la société Bureau Services entre le 31 janvier 2007 et le 29 juin de la même année ; Que, plus précisément, la situation de la société Bureau Services était compromise dès le mois de juin 2005 puisque le commissaire au plan, l'a fait assigner le 23 juin 2005 devant le Tribunal de commerce d'Ajaccio aux fins de résiliation du plan et de liquidation de sorte qu'il est certain que, si la société avait été mise en liquidation dans les meilleurs délais, la société Difpap n'aurait pas contracté avec elle ; Qu'il existe donc un lien de causalité entre le déni de justice et le préjudice subi par la société Difpap ; Considérant que la société Difpap établit, grâce aux factures et à la déclaration de créance versées au dossier que le dommage subi, eu égard à l'irrécouvrabilité de sa créance, s'élève à la somme de 71.877,24 euros* »

3089 CA Paris, 29 mars 2004 : préc. note 3084 : « *Considérant qu'il résulte de ce qui précède que les appelants n'apportent pas la preuve qu'ils ont perdu une chance sérieuse, du fait de la faute ci-dessus caractérisée, de conserver, à l'issue de la procédure collective, la maîtrise des sociétés débitrices au moyen de l'adoption d'un plan de continuation, de recouvrer leurs créances à l'égard de ces dernières ou d'échapper à l'exécution de leurs engagements de cautions; que la preuve n'est pas même rapportée que la liquidation judiciaire de sociétés débitrices aurait pu être évitée si ladite faute n'avait pas été commise ; Qu'il s'ensuit que les prétentions tendant à la réparation d'un préjudice matériel doivent être rejetées* »

3090 CA Toulouse, 5 janv. 2010 : préc. note 3083 : « *Madame T... ne peut soutenir valablement qu'elle a été privée d'une perte de chance de bénéficier d'une clôture par extinction du passif alors que la cession de l'immeuble, qui constituait le seul actif de la liquidation, pour un prix de 250.000 francs était manifestement insuffisante pour permettre l'apurement du passif au regard de l'état des créances privilégiés, qui s'élevait à 297.321,51 francs, et de celui des créances chirographaires d'un montant de 70.294,65 francs, l'appelante ne justifiant pas en tout état de cause des moyens par lesquels elle aurait pu effectuer le règlement intégral de son passif si la clôture des opérations était intervenue plus tôt* »

1 : Les conditions de la responsabilité de l'Administration du fait d'un contrôle-surveillance

436. Généralités. Le principe de la responsabilité administrative a été reconnu par le Tribunal des conflits dans le célèbre arrêt *Blanco* : « *la responsabilité, qui peut incomber à l'Etat, pour les dommages causés aux particuliers par le fait des personnes qu'il emploie dans le service public, ne peut être régie par les principes qui sont établis dans le Code civil, pour les rapports de particulier à particulier ;* […] *cette responsabilité n'est ni générale, ni absolue ;* […] *elle a ses règles spéciales qui varient suivant les besoins du service et la nécessité de concilier les droits de l'État avec les droits privés* »[3091]. L'Etat est donc responsable des fautes commises par ses agents dans le cadre d'un service public. L'arrêt *Pelletier* fit naitre une distinction entre faute de service et faute personnelle de l'agent[3092]. Depuis l'arrêt *Lemonnier*, cette distinction ne présente plus guère d'intérêt pour le requérant qui pourra toujours agir contre l'Etat dès lors que l'agent n'a pu commettre le dommage qu'avec le concours de moyens ou pouvoirs dont il disposait à l'occasion de sa mission[3093].

La faute de service peut se définir comme « *un manquement aux obligations du service c'est à dire une défaillance dans le fonctionnement normal du service, incombant à un ou plusieurs agents de l'Administration, mais non imputable à eux personnellement* »[3094]. Selon certains auteurs, elle s'apprécie *in concreto*, au cas par cas en fonction de la mission, de sa difficulté, des circonstances qui l'entourent et des moyens du service[3095]. En réalité, la faute de service s'apprécie *in abstracto* comme toute faute civile. Pour Laferrière, il y a faute de service « *si l'acte dommageable est impersonnel, s'il révèle un administrateur* […] *plus ou*

3091 T. Confl., 8 févr. 1873, *Blanco* : *GAJA* 2011, n° 1 p. 1

3092 T. Confl., 30 juill. 1873, *Pelletier* : *Rec. CE* 1873, p. 117 ; *GAJA* 2011, n° 2 p. 8 : « *Considérant que le décret rendu par le Gouvernement de la Défense nationale, qui abroge l'article 75 de la Constitution de l'an 8, ainsi que toutes les autres dispositions des lois générales et spéciales ayant pour objet d'entraver les poursuites dirigées contre les fonctionnaires publics de tout ordre, n'a eu d'autre effet que de supprimer la fin de non-recevoir résultant du défaut d'autorisation avec toutes ses conséquences légales et de rendre ainsi aux tribunaux judiciaires toute leur liberté d'action dans les limites de leur compétence ; mais qu'il n'a pu avoir également pour conséquence d'étendre les limites de leur juridiction, de supprimer la prohibition qui leur est faite, par d'autres dispositions que celles spécialement abrogées par le décret, de connaître des actes administratifs et d'interdire, dans ce cas, à l'autorité administrative le droit de proposer le déclinatoire et d'élever le conflit d'attribution* »

3093 CE, 26 juill. 1918, *Epoux Lemonnier : Rec.* CE 1918, p. 761 ; *GAJA* 2011, n° 32 p. 196 : « *Considérant que la circonstance que l'accident éprouvé serait la conséquence d'une faute d'un agent administratif préposé à l'exécution d'un service public, laquelle aurait le caractère d'un fait personnel de nature à entraîner la condamnation de cet agent par les tribunaux de l'ordre judiciaire à des dommages-intérêts, et que même cette condamnation aurait été effectivement prononcée, ne saurait avoir pour conséquence de priver la victime de l'accident du droit de poursuivre directement, contre la personne publique qui a la gestion du service incriminé, la réparation du préjudice souffert. Qu'il appartient seulement au juge administratif, s'il estime qu'il y a une faute de service de nature à engager la responsabilité de la personne publique, de prendre, en déterminant la quotité et la forme de l'indemnité par lui allouée, les mesures nécessaires, en vue d'empêcher que sa décision n'ait pour effet de procurer à la victime, par suite des indemnités qu'elle a pu ou qu'elle peut obtenir devant d'autres juridictions à raison du même accident, une réparation supérieure à la valeur totale du préjudice subi* »

3094 J. WALINE, *Droit administratif*, préc., spéc. n° 475 p. 476

3095 J. WALINE, *Droit administratif*, préc., spéc. n° 477 p. 478

moins sujet à l'erreur, et non l'homme avec ses faiblesses, ses passions, ses imprudences »[3096]. L'appréciation *in concreto* permet, non pas de qualifier la faute de service, mais, au contraire, la faute personnelle de l'agent. Elle est indépendante des qualités intrinsèques de l'administrateur. Il ne peut en être qu'ainsi car si l'on devait en tenir compte, l'Administration serait de fait exonérée de toute responsabilité du fait de l'incompétence de ses organes. Les auteurs entendent donc « appréciation *in concreto* » comme le fait de tenir compte des circonstances de fait qui entourent la survenue du dommage et de la particularité du service mis en œuvre : on ne peut demander au service public hospitalier les mêmes compétences qu'au service public de la défense nationale !

La principale difficulté réside en fait dans l'exigence ou non d'une faute lourde[3097] pour engager la responsabilité de l'Etat du fait de son contrôle.

437. Responsabilité pour faute lourde du fait du contrôle-surveillance de la vie sociale. La doctrine s'accorde pour retenir l'exigence d'une faute lourde s'agissant des activités de contrôle de l'Administration[3098], autrement dit d'une « *faute manifeste et particulièrement grave* »[3099]. La réalité n'est pas aussi simple. L'inspection du travail, par exemple, engagerait la responsabilité de l'Etat pour faute lourde en matière d'autorisation de licenciement économique[3100] alors que la responsabilité du fait de l'autorisation de licenciement d'un salarié protégé n'exige que la démonstration d'une faute simple[3101]. En matière de police de l'environnement, la preuve d'une faute simple suffit également[3102]. S'agissant du contrôle des

---

3096 E. LAFERRIERE, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, t. 1, Berger-Levrault, 2e éd. 1896, spéc. p. 648

3097 Sur cette notion, V. J.-F. COUZINET, « La notion de faute lourde administrative », *RDP* 1977, p. 283 - G. CHAVRIER, « Essai de justification et de conceptualisation de la faute lourde », *AJDA* 2003, p. 1026 - M. SOUSSE, « La notion de faute caractérisée », *RDP* 2004, p. 1377

3098 J. WALINE, *Droit administratif*, préc., spéc. n° 479 p. 483 - G. BRAIBANT et B. STIRN, *Le droit administratif français*, Presse de Sciences-Po Dalloz, 7e éd. 2005, spéc. p. 336 - C. DEBBASCH et F. COLIN, *Droit administratif*, Economica 9e éd. 2010, spéc. p. 441

3099 CE, 4 janv. 1918 : *DP* 1920, 3, p. 5, note APPLETON

3100 CE, 5 juill. 1999, Mme Dagot, n° 181746 : « *Considérant que, dans les conditions où il était organisé, l'exercice, par l'autorité administrative, des pouvoirs de contrôle qu'elle tenait des dispositions, alors applicables, de l'article L. 321-1 du Code du travail, en matière de licenciement pour motif économique, ne pouvait engager la responsabilité de l'Etat qu'en cas de faute lourde commise par cette autorité* ». Une telle autorisation n'est plus exigée aujourd'hui

3101 CE, sect., 9 juin 1995, n° 90504 ; *Rec. CE* 1995, p. 239 : « *Considérant que l'illégalité de la décision autorisant le licenciement de M. X... a été constatée par un jugement passé en force de chose jugée ; que cette illégalité, à supposer même qu'elle soit imputable à une simple erreur d'appréciation, a constitué une faute de nature à engager la responsabilité de la puissance publique ; que par suite, et quelle que puisse être par ailleurs la responsabilité encourue par l'employeur à l'égard de M. X..., ce dernier était en droit d'obtenir la condamnation de l'Etat à réparer le préjudice direct et certain résultant pour lui de cette décision illégale* »

3102 CE, 5 juill. 2004, n° 243801, *Lescure* : *AJDA* 2005, p. 610, note F.-G. TREBULLE ; *Rev. jur. env*. 2006, p. 230, note O. SCHNEIDER ; *Env.* déc. 2004, p. 17, note D. GILLIG : « *en laissant ainsi se poursuivre l'exploitation de cette installation, avant comme après 1991, dans des conditions non conformes aux prescriptions de l'arrêté du 1er juillet 1981, et en ne faisant pas usage des pouvoirs que lui confère l'article L. 514-1 du Code de l'environnement, le préfet de la Corrèze a commis une faute de nature à engager la responsabilité de l'Etat* » – V. cependant CAA Bordeaux, 21 mai 2002, n° 98BX00205, *Min. c/ Gandon* : *Environnement* 2002, comm. 16, note E. PODRAZA et chron. 21 : « *Considérant que la commune de Mazamet a demandé à être garantie par l'Etat des condamnations prononcées à son encontre sur le*

activités bancaires, cette fois c'est une faute lourde qui est exigée[3103]. Il en va de même pour le contrôle des marchés financiers[3104] et celui du secteur des assurances[3105].

Cette diversité de condition de mise en jeu de la responsabilité de l'Etat du fait de son contrôle-surveillance trouve différentes justifications selon les auteurs. L'explication classique réside dans la difficulté d'exécution du service public en cause[3106]. Lorsque l'action de l'Administration est complexe et urgente, seule une faute lourde peut engager sa responsabilité. A l'inverse, une tâche facile ou dont le délai d'exécution est large pourra être sanctionnée en cas de faute simple. Néanmoins, d'autres considérations doivent nécessairement entrer en jeu. La jurisprudence administrative opère un savant équilibrage entre l'intérêt de la victime et celui du bon fonctionnement du service : « *s'il faut avoir la plus grande considération pour les victimes, il faut également, et c'est l'office même du juge*

---

fondement de la faute commise par le préfet du Tarn dans l'exercice de ses pouvoirs de police des installations classées en négligeant de procéder au contrôle de l'exécution de son arrêté du 2 juin 1986 autorisant la création de la décharge ; Considérant toutefois qu'il ne résulte pas de l'instruction que le préfet ait commis une faute lourde de nature à engager la responsabilité de l'Etat vis à vis de la commune »

3103 CE, 30 nov. 2001, n° 219562, *Ministre de l'économie et des finances c/ M. Kechichian et autres* : *Rec. CE* 2001, p. 587 ; *AJDA* 2002, p. 118, note M. GUYOMAR et P. COLLIN ; *RFDA* 2002, p. 742, note A. SEBAN ; *JCP E* 2003, p. 462, note J. STOUFFLET : « *Considérant que la responsabilité de l'Etat pour les fautes commises par la Commission bancaire dans l'exercice de sa mission de surveillance et de contrôle des établissements de crédit ne se substitue pas à celle de ces établissements vis-à-vis, notamment, de leurs déposants ; que, dès lors, et eu égard à la nature des pouvoirs qui sont dévolus à la Commission bancaire, la responsabilité que peut encourir l'Etat pour les dommages causés par les insuffisances ou carences de celle-ci dans l'exercice de sa mission ne peut être engagée qu'en cas de faute lourde ; qu'il suit de là qu'en jugeant que toute faute commise par la Commission dans la surveillance et le contrôle des établissements de crédit pouvait engager la responsabilité de l'Etat, la cour administrative d'appel de Paris a commis une erreur de droit* »

3104 Cass. com., 9 juill. 1996, n° 94-15575 : *Bull. civ.* 1996, n° 203 ; *JCP G* 1996, IV, 2056 ; *JCP E* 1996, I, 589, note A. VIANDIER et J.-J. CAUSSAIN ; *D.* 1996, inf. rap. p. 181 : « *Mais attendu, d'une part, que l'arrêt retient qu'en prenant sa décision, la COB ne pouvait ignorer que la loi du 3 janvier 1983, dont il n'a jamais été soutenu que les dispositions étaient ambiguës, lui donnait seulement pour mission de vérifier l'objectivité des informations données sur le placement sans lui permettre d'en juger la qualité ou l'opportunité et encore moins d'exercer un pouvoir d'autorisation, qu'en dépit du recours en annulation immédiatement formé, elle a alerté la presse et suscité des contrôles administratifs, que l'excès de pouvoir est flagrant et ne s'explique, ni par un pouvoir de contrôle délimité, ni par l'urgence d'une intervention, et que, s'il n'est pas douteux que la COB ait voulu agir pour protéger les épargnants de placements dangereux, l'intention louable n'atténue pas la gravité de la faute commise en s'arrogeant un pouvoir qu'elle n'avait pas ; qu'en l'état de ces constatations et appréciations, et alors que l'atteinte au droit d'exercer une activité professionnelle doit avoir un fondement législatif, la cour d'appel a pu décider que la faute commise par la COB était lourde et engageait la responsabilité de l'Etat* »

3105 CE, 18 févr. 2002, n° 214179, *Groupe Norbert Dentressangle* : *RFDA* 2002 p. 754, note F. MODERNE : « *Considérant qu'à l'occasion de l'exercice, par la commission de contrôle des assurances, de ses missions de contrôle et de sanction des entreprises d'assurance, la responsabilité que peut encourir l'Etat pour les dommages causés par les insuffisances ou carences de la commission ne se substitue pas à celle de ces entreprises vis-à-vis, notamment, de leurs clients ; que, dès lors, et eu égard à la nature des pouvoirs qui sont dévolus à la commission de contrôle des assurances, elle ne peut être engagée qu'en cas de faute lourde* »

3106 P. DUEZ, *La responsabilité de la puissance publique (en dehors du contrat)*, Dalloz 1938, spéc. p. 49 - G. CORNU, *Etude comparée de la responsabilité délictuelle en droit privé et droit public*, La Mémoire du droit, 2010, Reprod. en fac-sim. de l'éd. 1951, spéc. p. 243 et s. - J. MOREAU, *L'influence de la situation et du comportement de la victime sur la responsabilité administrative*, LGDJ 1957, spéc. p. 128 - J.-J. THOUROUDE, *La faute qualifiée dans la responsabilité administrative*, thèse Caen 1974, spéc. p. 53 - S. RIALS, *Le juge administratif français et la technique du standard. Essai sur le traitement juridictionnel de l'idée de normalité*, LGDJ, 1980, spéc. p. 422 - M. PAILLET, *La faute du service public en droit administratif français*, LGDJ 1980, spéc. p. 363 - R. CHAPUS, *Droit administratif général*, t. 1, Montchrestien, 15e éd. 2001, spéc. n° 1463 - G. BRAIBANT et B. STIRN, *Le droit administratif français*, préc., spéc. p. 335 et s. - G. SOULIER, « Réflexions sur l'évolution et l'avenir du droit de la responsabilité de la puissance publique », *RDP* 1969, p. 1083 - J.-H. STAHL, concl. sous CE, 20 juin 1997, *Theux*, *RFDA* 1998, p. 85

administratif, concilier la protection qui doit leur être accordée avec les droits de la puissance publique »[3107]. Lorsque l'intégrité physique ou l'un des droits fondamentaux de la victime sont atteints, la faute simple suffit à engager la responsabilité de l'Etat. A l'inverse, lorsque les seuls intérêts pécuniaires sont en jeu et que l'exercice du service est complexe, la faute lourde devra être démontrée[3108]. Enfin, l'exigence d'une faute lourde évite l'engagement systématique de la responsabilité administrative du fait du contrôle et donc que par réaction les institutions publiques se livrent à un contrôle tatillon et trop systématique qui entraverait le bon déroulement de l'activité contrôlée[3109]. Cela explique qu'une faute simple puisse être retenue en matière de protection de l'environnement et de contrôle du licenciement d'un salarié protégé, et qu'une faute lourde soit exigée en matière bancaire et financière.

En pratique, la faute de l'Administration peut résulter de l'illégalité de l'autorisation donnée après contrôle. C'est par exemple le cas lorsque l'inspection du travail autorise illégalement le licenciement d'un salarié protégé[3110], ou lorsque le préfet autorise l'exploitation d'une installation classée en se fondant sur une délibération municipale illégale[3111]. Le refus illégal d'autoriser l'exploitation d'une installation classée ouvre aussi droit à réparation[3112]. L'Administration engage également sa responsabilité en cas de dysfonctionnement dans le contrôle lui-même et le suivi de l'entité contrôlée. La commission bancaire s'est ainsi vue reprocher d'avoir revu à la baisse ses exigences en matière de

---

3107 A. SEBAN, concl. sous CE, Ass., 30 nov. 2001, n° 219562, *Ministre de l'économie, des finances et de l'industrie c/ M. Kechichian et autres,* préc. note 3103

3108 A. SEBAN, concl. sous CE, Ass., 30 nov. 2001, n° 219562, *Ministre de l'économie, des finances et de l'industrie c/ M. Kechichian et autres* : préc. note 3103

3109 *JCl. Administratif*, Fasc. 918, par J. MOREAU, refondu par C. BROYELLE, spéc. n° 2

3110 CAA Nancy, 9 oct. 1990, n° 89NC00751 : « *l'illégalité commise par l'administration en autorisant le licenciement d'un salarié protégé constitue une faute engageant la responsabilité de l'Etat vis-à-vis de l'employeur* »

3111 CAA Douai, 7 juill. 2005, n° 03DA00720, *Min. écologie c/ Sté Valt* : *Env.* 2005, comm. 20, note E. PODRAZA-SCRIPZAC : « *Considérant, en premier lieu, que le MINISTRE DE L'ECOLOGIE ET DU DEVELOPPEMENT DURABLE soutient que la responsabilité de l'Etat ne pouvait être retenue dès lors que le seul vice entachant l'arrêté préfectoral du 12 juin 1998 résulte de l'illégalité de la délibération du conseil municipal de Pîtres et que le préfet était tenu d'examiner la demande d'autorisation en se fondant sur les dispositions alors en vigueur du plan d'occupation des sols de la commune ; que, toutefois, la délivrance d'une autorisation illégale constitue une faute qui est, par elle-même, de nature à engager la responsabilité de la personne publique qui l'a délivrée ; que le préfet, dans l'exercice de son pouvoir propre de police des installations classées, a ainsi commis une faute de nature à engager la responsabilité de l'Etat en délivrant à la société X l'autorisation de créer et d'exploiter l'Ecopole de la Galantine, dont l'illégalité est directement à l'origine du préjudice subi par la société X* »

3112 CE, 14 janv. 1994, n° 125195, *Sté Spechinor :* « *Considérant que la cour administrative d'appel de Nancy a rejeté les conclusions à fin d'indemnité présentées par la société SPECHINOR en réparation du préjudice qui lui a été causé par la décision du préfet du Pas-de-Calais en date du 9 avril 1982 lui enjoignant de cesser l'exploitation de ses installations dans la commune d'Angres, en se fondant sur la circonstance que cette décision n'interdisait pas à la société requérante de poursuivre la partie de ses activités qui relevait du régime déclaratif institué par la législation sur les installations classées ; qu'en retenant ce motif, alors qu'il ressortait des pièces du dossier au vu duquel elle a statué que l'arrêté préfectoral en cause interdisait à la société requérante l'exercice de toute activité, y compris celle qui relevait du régime déclaratif, la cour administrative d'appel de Nancy a dénaturé la portée dudit arrêté préfectoral ; que, dès lors, la société SPECHINOR est fondée à demander l'annulation de l'arrêt attaqué en tant qu'il rejette sa demande tendant à la réparation du préjudice résultant de la fermeture illégale de l'ensemble de ses installations* »

recapitalisation d'une banque, laquelle a fini par faire faillite[3113]. De même, l'Etat est responsable en matière d'environnement lorsque les prescriptions de l'agent contrôleur ne font l'objet d'aucune sanction ou injonction par l'autorité publique[3114], ou en l'absence de tout contrôle de l'installation classée[3115]. La responsabilité de l'Etat est engagée pour faute de contrôle lorsque la mise en œuvre des sanctions du contrôle sera inadéquate au regard de l'appréciation du risque social.

438. Un préjudice. Conformément au droit commun de la responsabilité délictuelle, le préjudice subi par la victime du service public doit démontrer l'existence d'un préjudice direct, certain et légitime[3116].

L'autorisation illégale de licencier un salarié protégé oblige ainsi l'Etat à participer, au moins partiellement, à l'indemnisation versée à ce dernier[3117]. De même, l'annulation de l'autorisation d'exploiter une installation classée permet à la société requérante de demander le remboursement « *des frais qu'elle a engagés pour la constitution du dossier de demande d'autorisation* » et « *des sommes qu'elle a exposées inutilement pour la réalisation du projet*

3113 CE, 30 nov. 2001, n° 219562, *Ministre de l'économie et des finances c/ M. Kechichian et autres* : préc. note 3103 : « *Mais considérant qu'alors que par lettre du 6 octobre 1987, la Commission bancaire avait demandé au président-directeur général de la banque qu'une augmentation de capital de 50 millions de francs fût réalisée "dans les meilleurs délais", elle a ensuite réduit de moitié le montant de l'augmentation de capital prescrite et a accordé à la banque un délai pour le réaliser allant jusqu'à fin mai 1988 ; qu'eu égard au caractère urgent que présentait, comme l'avait souligné le rapport d'inspection du 5 mai 1987, le rétablissement de la solvabilité de la Saudi Lebanese Bank, la Commission bancaire, si elle pouvait légitimement choisir de négocier avec les dirigeants une stratégie permettant le rétablissement de leur banque plutôt que d'engager sur le champ une procédure juridictionnelle, aurait dû toutefois adresser à ces dirigeants des prescriptions plus fermes et assortir celles-ci de délais contraignants ; que, par ailleurs, revenant sur les exigences qu'elle avait formulées, la Commission bancaire a également admis, le 14 mars 1988, que soient analysés séparément et non ensemble, au regard de la réglementation prudentielle, les engagements de la Saudi Lebanese Bank sur l'Union nationale S.A.L. et le groupe Kairouz, alors que la première société était une filiale de la seconde ; qu'alors même qu'en l'état des règles prudentielles alors applicables, elle avait seulement la faculté d'exiger le regroupement de ces créances, la Commission bancaire aurait dû maintenir, en considération de la situation dans laquelle se trouvait la banque, les exigences qu'elle avait formulées ; que ces carences sont constitutives d'une faute lourde de nature à engager la responsabilité de l'Etat* »

3114 CE, 5 juill. 2004, n° 243801, *Lescure* : préc. note n° 3102

3115 CAA Versailles, 8 mars 2006, n° 03VE04692, *Commune de Taverny : JurisData* n° 2006-299047 ; *Collectivités-Intercommunalité* 2006, comm. 81, note G. PELLISSIER ; *Env.* 2006, comm. 84, note D. GILLIG : « *Considérant qu'en s'abstenant, de 1988 à 1994, de faire vérifier par l'inspection des installations classées que la société Lunije respectait les prescriptions qui lui avaient été imposées, notamment pour le stockage et le traitement des eaux résiduaires. alors qu'il avait pu constater le comportement dilatoire de cette société jusqu'en 1988, et en laissant ainsi se poursuivre l'exploitation de cette installation dans des conditions portant une atteinte grave aux intérêts mentionnés à l'article 1er de la loi du 19 juillet 1976 sans faire usage des pouvoirs que lui conféraient les dispositions de cette loi reprises aujourd'hui à l'article L.514-1 du Code de l'environnement, le préfet du Val-d'Oise, alors même qu'aucune plainte contre la société Lunijc n'avait été portée à sa connaissance pendant la période précitée, a commis une faute de nature à engager la responsabilité de l'Etat* »

3116 J. WALINE, *Droit administratif*, préc., spéc. n° 468 p. 466 - C. DEBBASCH et F. COLIN, *Droit administratif*, préc., spéc. p. 454 et s.

3117 CAA Nancy, 9 oct. 1990, n° 89NC00751 : préc. note 3110 : « *Considérant qu'à la suite de l'annulation de la décision administrative en date du 28 septembre 1978 autorisant le licenciement de M. MOSCOVICI, la société DAVOINE a été condamnée par un jugement définitif du conseil de prud'hommes de DIJON en date du 20 juin 1985 à verser à l'intéressé une somme de 283 500,87 F à titre de rappel de salaires jusqu'au 15 juin 1984, date de sa réintégration et une somme de 100 000 F à titre de dommages-intérêts ; que le versement de ces sommes est en relation directe avec l'annulation de l'autorisation de licenciement de M. MOSCOVICI ; que la société DAVOINE est également fondée à demander que soient incluses dans le préjudice indemnisable les cotisations sociales versées en complément des rappels de salaires pour un montant de 123 003,27 F* »

[…], *entre la date de notification de l'arrêté d'autorisation* […] *et celle de la notification du jugement ayant prononcé son annulation* »[3118]. Par contre, la victime ne saurait se prévaloir du manque à gagner lié à l'impossibilité d'exploiter l'installation ou du coût lié à la réintégration du salarié protégé puisque par définition, l'autorisation illégale annulée est censée n'avoir jamais été donnée[3119].

Lorsque l'Etat n'a pas assuré son contrôle ou lorsque ce dernier s'est avéré insuffisant, les bénéficiaires du service peuvent également demander réparation de leur préjudice. Dans l'arrêt Kechichian[3120], la faute de la commission bancaire ayant conduit à la faillite de l'établissement bancaire permet aux requérants de demander le remboursement d'une partie des sommes déposées et qui n'ont pu être recouvrées. En matière d'environnement, l'Etat peut être tenu de réparer la pollution causée par l'exploitation de l'installation non contrôlée[3121].

L'indemnisation du préjudice ne sera toutefois possible que si la victime fait la preuve d'un lien de causalité avec la faute du service[3122]. Celle-ci doit avoir causé directement le dommage[3123]. La jurisprudence administrative applique la théorie de la causalité adéquate pour vérifier l'existence du lien de causalité[3124]. Dans un arrêt du 9 avril 2010, le Conseil d'Etat rappelle ainsi qu'« *en ce qui concerne les salariés protégés* […], *l'illégalité d'une décision d'autorisation constitue une faute de nature à engager la responsabilité de la puissance publique et que l'employeur est en droit d'obtenir la condamnation de l'Etat à réparer le préjudice direct et certain résultant d'une telle illégalité* ». La Cour en déduit que le préjudice constitué par le versement d'indemnités transactionnelles négociées postérieurement à l'annulation de l'autorisation fautive « *n'était pas la conséquence directe de l'illégalité fautive des autorisations de licenciement délivrées par l'inspection du travail* »[3125]. De même, il n'existe pas de lien de causalité directe entre la mise en demeure abusive de

---

3118 CAA Douai, 7 juill. 2005, n° 03DA00720, *Min. écologie c/ Sté Valt* : préc. note 3111

3119 CAA Nancy, 9 oct. 1990, n° 89NC00751 : préc. note 3110 - CAA Douai, 7 juill. 2005, n° 03DA00720, *Min. écologie c/ Sté Valt* : préc. note 3111

3120 CE, 30 nov. 2001, n° 219562, *Ministre de l'économie et des finances c/ M. Kechichian et autres* : préc. note 3103

3121 V. pour du bruit : CE, 5 juill. 2004, n° 243801, *Lescure* : préc. note n° 3102 – Pour la pollution d'une nappe phréatique : CAA Paris, 21 janv. 1997, n° 94PA00119, *Commune de Saint-Chéron* : *Rec.,* tables, p. 951-1063 ; *Dr. env.* mai 1997, comm. 48, note E. CARLIER

3122 C. DEBBASCH et F. COLIN, *Droit administratif*, préc., spéc. p. 451

3123 p. VIALLE, « Lien de causalité et dommage direct dans la responsabilité administrative », *RDP* 1974, p. 1243, spéc. p. 1246 et s.

3124 GALMOT, concl. sous CE sect., 14 oct. 1966, *Marais*, *D.* 1966, p. 636

3125 CE, 9 avril 2010, n° 328227 : inédit

dépolluer le site où s'était installée une société et le déménagement de cette dernière dès lors qu'il trouve son origine dans la pollution du site et non dans la décision fautive[3126].

2 : Mise en œuvre de l'action

439. Le demandeur à l'action. La victime de la faute administrative peut en premier lieu être l'entité contrôlée. L'employeur peut ainsi obtenir réparation lorsqu'il a dû verser à un salarié protégé des dommages et intérêts suite à l'annulation de l'autorisation de licenciement par l'inspection du travail[3127]. De même, l'exploitant d'une installation classée peut être indemnisé suite au refus fautif d'autorisation préfectorale ou à son annulation[3128].

Les tiers peuvent également obtenir réparation si le contrôle fautif de l'Administration leur a causé un dommage. C'est le cas par exemple lorsque l'action défaillante de la commission bancaire a favorisé la faillite d'un établissement bancaire et a empêché le remboursement de déposants[3129] ou lorsque le préfet ne met pas fin à une pollution sonore[3130].

SOUS-SECTION 2 : LA RESPONSABILITE CIVILE RESULTANT D'UN CONTROLE-DIRECTION DE FAIT

Si l'exercice d'une surveillance de fait sur la société n'entraine aucune responsabilité du fait de l'absence de dommage susceptible d'être causé, il n'en va pas de même de l'exercice d'un contrôle-direction de fait. La jurisprudence sanctionne ainsi toute personne s'étant de fait comporté comme un dirigeant et ayant causé un dommage à la société ou à un tiers.

Paragraphe 1 : Fondement de la responsabilité civile du dirigeant de fait

Paragraphe 2 : Conditions et régime de la responsabilité civile du dirigeant de fait

---

3126 CE, 22 févr. 2008, n° 252514, *Sté générale d'archives : Env.* 2008, comm. 84, note D. GILLIG : « *il résulte de l'instruction qu'il n'existe pas de lien de causalité directe entre l'arrêté du 15 avril 1994 mettant la SOCIETE GENERALE D'ARCHIVES en demeure d'éliminer les déchets présents sur le site de Coucy-le-Château et la décision prise par cette dernière, en 1996, de louer provisoirement de nouveaux locaux à Garonor, qui trouve son origine dans la pollution du site et non dans la mesure illégale lui imposant de dépolluer ; qu'il n'existe pas davantage de lien de causalité directe entre cet arrêté et la diminution alléguée du chiffre d'affaires de l'entreprise* » – CAA Bordeaux, 21 févr. 2006, n° 02BX01262, *SNC Foncière du Vivarais* : *Env.* 2006, comm. 82, note D. DEHARBE

3127 CAA Nancy, 9 oct. 1990, n° 89NC00751 : préc. note 3110

3128 CAA Douai, 7 juill. 2005, n° 03DA00720, *Min. écologie c/ Sté Valt* : préc. note 3111

3129 CE, 30 nov. 2001, n° 219562, *Ministre de l'économie et des finances c/ M. Kechichian et autres* : préc. note 3103

3130 CE, 5 juill. 2004, n° 243801, *Lescure* : préc. note n° 3102

PARAGRAPHE 1 : FONDEMENT DE LA RESPONSABILITE CIVILE DU DIRIGEANT DE FAIT

440. Responsabilité pour insuffisance d'actif fondée sur un texte spécial. L'article L. 651-2 du Code de commerce dispose que « *Lorsque la liquidation judiciaire d'une personne morale fait apparaître une insuffisance d'actif, le tribunal peut, en cas de faute de gestion ayant contribué à cette insuffisance d'actif, décider que le montant de cette insuffisance d'actif sera supporté, en tout ou en partie, par tous les dirigeants de droit ou de fait, ou par certains d'entre eux, ayant contribué à la faute de gestion* ». En cas de procédure collective, la responsabilité du dirigeant de fait pour insuffisance d'actif ne diffère donc pas de celle du dirigeant de droit[3131]. Il n'en va pas de même lorsque la société est *in bonis*.

441. Responsabilité de droit commun dans la société *in bonis*. Pour la jurisprudence, les dispositions relatives à la responsabilité civile des dirigeants de droit ne visent pas expressément les dirigeants de fait. Dès lors, elles ne sauraient leur être appliquées[3132]. Un arrêt publié de 1995 illustre cette position. En 1993, la Cour d'appel d'Aix-en-Provence avait retenu la responsabilité d'un dirigeant de fait pour faute de gestion au motif que « *l'article 52 de la loi du 24 juillet 1966* [actuel article L. 223-22 du Code de commerce] *ne distingue pas entre les dirigeants de droit et de fait de la société à responsabilité limitée et qu'il ne saurait être appliqué aux seuls gérants de droit* ». La Cour de cassation casse cette décision au motif que cette disposition « *ne concerne que les agissements commis par les gérants de droit* » et donc que la Cour d'appel a faussement appliqué et, en conséquence, violé cet article[3133]. Cette solution s'expliquerait par le caractère d'ordre public des textes fondant la responsabilité des dirigeants de droit. Ils seraient dès lors d'interprétation stricte et ne pourraient être étendus aux dirigeants de fait[3134]. Malgré les critiques que la doctrine oppose à cette disparité de

---

3131 Pour l'étude de la responsabilité des dirigeants de droit, V. *supra* n° 371 et s.

3132 Cass. com., 6 oct. 1980, n° 77-15264 : *D.* 1983, p. 133, note B. SOINNE ; *JCP G* 1982, II, 19891, note G. NOTTE : « *Vu l'article 52 de la loi du 24 juillet 1966, Attendu que sur le fondement de cette disposition légale, la Cour d'appel a déclaré Blanchard, comme ayant dirigé en fait la société sous le couvert du gérant de droit, responsable d'un certain nombre d'agissements relevés contre lui comme constituant des fautes de gestion ; Attendu qu'en statuant ainsi alors que le texte susvisé ne concerne que les agissements commis dans leur gestion par les gérants de droit, l'arrêt a faussement appliqué et en conséquence violé ledit texte* »

3133 Cass. com., 21 mars 1995, n° 93-13721 : *Bull. civ.* 1995, n° 98 ; *JCP G* 1996, II, 22603, note Y. REINHARD et I. BON-GARCIN ; *Rev. sociétés* 1995, p. 501, note B. SAINTOURENS

3134 CA Paris, 17 oct. 1991 : *RTD com.* 1992, p. 396, note C. CHAMPAUD et D. DANET ; *Dr. sociétés* mars 1992, p. 11, note H. LE NABASQUE ; *Defrénois* 1992, art. 35256, note P. LE CANNU : « *Considérant qu'en vertu de l'article 52 alinéa 1 de la loi du 24 juillet 1966, les gérants sont responsables envers la société ou envers les tiers, notamment des fautes commises dans leur gestion ; Considérant que ce texte ne concerne que les agissements commis par les gérants de droit ; qu'en effet, il doit être interprété strictement, s'agissant d'une disposition d'ordre public ; qu'en l'absence de mention en prévoyant expressément l'application aux dirigeants de fait comme en matière de sanctions édictées par la loi du 25 janvier 1985, l'article 52 de la loi du 24 juillet 1966 ne leur est pas applicable* »

traitement entre dirigeant de droit et dirigeant de fait[3135], la jurisprudence maintient sa position et les arrêts plus récents continuent d'être rendus au visa de l'article 1382 du Code civil[3136].

PARAGRAPHE 2 : CONDITIONS ET REGIME DE LA RESPONSABILITE CIVILE DU DIRIGEANT DE FAIT

Nous étudierons dans un premier temps les conditions de mise en œuvre de la responsabilité du contrôlaire de fait (A) puis dans un second temps le régime de cette responsabilité (B).

A : CONDITIONS DE LA RESPONSABILITE DU DIRIGEANT DE FAIT

La responsabilité civile des dirigeants de fait étant fondée sur le droit commun de la responsabilité délictuelle, elle doit réunir trois conditions : une faute, un dommage et un lien de causalité.

442. Etendue de la faute de contrôle-direction. La responsabilité du dirigeant de fait reposant sur le droit commun de la responsabilité civile, la faute qui peut lui être reprochée ne se limite pas seulement à la violation des dispositions législatives ou réglementaires, au non-respect des statuts ou encore à la faute de gestion[3137]. En effet, dans le silence de la loi, la faute du dirigeant de fait est constituée par tout « *manquement à une obligation préexistante* »[3138]. Il en résulte une plus grande facilité à engager sa responsabilité. En effet, en s'immisçant dans la gestion sociale sans en être un organe légal, le dirigeant de fait commet immanquablement une violation d'une obligation préexistante : celle de ne pas s'immiscer dans la gestion. La simple qualification de dirigeant de fait suffirait donc à engager la responsabilité de ce dernier. Ainsi, certains arrêts mêlent la qualification de la qualité du dirigeant de fait et celle de sa faute. On peut citer par exemple une décision de 1996 relevant que la Cour d'appel avait à bon droit « *relevé que Mme X... s'était immiscée dans la gestion de la société X... en établissant elle-même, en pleine connaissance de cause, des effets de commerce de complaisance afin de maintenir artificiellement, par un procédé cambiaire qu'elle savait délictuel, l'activité de la société* »[3139]. Néanmoins, la plupart du temps, la

---

[3135] B. SOINNE, note sous Cass. com., 6 oct. 1980, n° 77-15264, préc. note 3132 – S. MESSAI-BAHRI, *La responsabilité des dirigeants sociaux*, préc. spéc. n° 385 p. 139

[3136] V. par ex. Cass. com., 19 févr. 2008, n° 06-20444 : inédit

[3137] articles 1850 du Code civil, L. 223-22, L. 225-251 et L. 651-2 du Code de commerce

[3138] PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, LGDJ 7e éd. 1917, spéc. n° 863

[3139] Cass. com., 8 oct. 1996, n° 94-19397 : préc. note 1485

qualification de dirigeant de fait n'est pas suffisante en soi pour caractériser la faute[3140]. Ainsi, les demandeurs ne sauraient « *invoquer de façon globale une mauvaise gestion sans préciser les fautes qu'ils reprochent* [au dirigeant de fait] *d'avoir personnellement commises* »[3141].

L'intérêt social constitue alors un excellent indicateur de la normalité de la gestion du dirigeant de fait. Un arrêt de la Cour d'appel d'Aix-en-Provence du 17 septembre 2010 l'illustre parfaitement. Suite à l'assignation en paiement du solde du compte courant de la société par la banque, le dirigeant de fait d'une société cède l'immeuble acquis par cette dernière. Le prix de vente n'étant pas suffisant pour éteindre la dette, l'établissement de crédit actionne en paiement l'un des associés en qualité de caution. Ce dernier assigne alors le dirigeant de fait en responsabilité, lui reprochant d'avoir cédé l'immeuble à un prix bien inférieur à sa valeur réelle. Ayant constaté que le demandeur ne rapportait pas la preuve que le prix de vente de l'immeuble était insuffisant, les juges du fond le déboutent de ses prétentions au motif qu'« *il ne démontre pas que M. N..., gérant de fait, a commis un acte contraire à l'intérêt de la société* […] *en l'appauvrissant, ce qui aurait pu, dans cette hypothèse, causer un préjudice à M. C... en sa qualité de caution, laquelle a été actionnée par la SARL ACRJ, créancière de la société* »[3142].

443. Typologie des fautes de contrôle-direction. La sanction des dirigeants de fait hors procédure collective est finalement peu fréquente. La jurisprudence est peu fournie. Néanmoins, les quelques arrêts disponibles permettent de se faire une idée de l'étendue très large des fautes pouvant être retenues à l'encontre du dirigeant de fait et donc des fautes de contrôle-direction. Ce dernier peut en effet voir sa responsabilité personnelle engagée par exemple en cas de concurrence déloyale envers un tiers[3143] ou pour avoir engagé un fournisseur à livrer des marchandises à des sociétés insolvables[3144], ou encore pour avoir entretenu une confusion entre deux sociétés alors qu'il était dirigeant de droit de l'une et dirigeant de fait de l'autre[3145]. En outre, en l'absence de définition spéciale, la faute délictuelle

---

3140 L. LEVENEUR, *Situations de fait et droit privé*, préc., spéc. n° 71 p. 83

3141 CA Reims, 4 déc. 1985 : *JurisData* n° 1985-044561

3142 CA Aix-en-Provence, 17 septembre 2010 : *JurisData* n° 2010-026254

3143 Cass. com., 10 mars 1998, n° 96-13407 : inédit : rejette le pourvoi formé contre l'arrêt ayant retenu à bon droit que « *M. C... devait être tenu en sa qualité de dirigeant de l'établissement* » et que « *les agissements litigieux avaient créé un trouble commercial* (concurrence déloyale) *générateur de préjudice en relation de causalité avec la faute* »

3144 CA Nîmes, 6 juill. 1988 : *JurisData* n° 1988-030227 : « *Attendu qu'en s'attribuant vis-à-vis de ce fournisseur des attributions qui n'étaient pas les siennes et en l'engageant à livrer de la marchandise à des sociétés insolvables sous le couvert desquelles il exerçait une activité personnelle, Dumas a commis une faute et causé un préjudice qui engage sa responsabilité sur le terrain de l'article 1382 du Code civil* »

3145 CA Paris, 12 juin 2002 : *JurisData* n° 2002-196912 : « *ce comportement de Madame VENTURINI comme gérante de fait de la S.A.R.L. ALEXANDRA et comme gérante de la S.A.R.L. KALLISTE est constitutif d'une faute et a occasiom1é préjudice à la société WOLFORD qui a, du fait de la confusion entretenue par Madame VENTURINI, en ces deux qualités, continué ses livraisons et n'a pas été payée* »

de droit commun du dirigeant de fait englobe nécessairement les fautes définies spécialement pouvant être retenues contre le dirigeant de droit. Les nombreux exemples vus précédemment en matière de contrôle-direction de droit peuvent donc tout à fait être étendus au dirigeant de fait[3146].

444. L'indifférence de la faute détachable. Il reste une dernière question s'agissant de la faute du dirigeant de fait. Les tiers doivent-ils faire la preuve d'une faute séparable des fonctions pour engager la responsabilité personnelle de ce dernier ? Un arrêt de la Cour de cassation de 1982 semblait le laisser penser[3147]. Le cocontractant d'une société avait assigné en réparation le dirigeant de droit et le dirigeant de fait de cette dernière en raison de l'inexécution du contrat. La Cour d'appel avait fait droit à cette demande. La Cour de cassation casse l'arrêt au motif « *qu'en retenant la responsabilité personnelle de ces derniers, sans relever aucune circonstance d'ou il résulterait qu'ils aient commis une faute extérieure à la conclusion ou à l'exécution du contrat conclu entre Mlle X... et la société, la cour d'appel n'a pas donne de base légale à sa décision* ». Ce faisant, les magistrats assimilent le dirigeant de droit et le dirigeant de fait pour leur appliquer les mêmes conditions de mise en jeu de leur responsabilité. La faute séparable serait donc applicable au dirigeant de fait. Cette décision à la faveur d'en grande partie de la doctrine[3148]. Néanmoins, la jurisprudence ultérieure ne semble guère faire de cas de cette condition de faute séparable. La Cour d'appel d'Orléans a rendu en 2008 un arrêt allant en ce sens mais sa motivation est très discutable[3149]. Les juges du fond ont conclu à l'irresponsabilité du dirigeant de fait en l'absence de faute détachable au motif qu'« *il convient de rappeler que, dans le dernier état du droit (Cass. com. 7 mars 2006, Bull. civ. IV, n°61 qu'invoquent d'ailleurs MM. R… et V… dans leurs conclusions, en page 12), l'action en responsabilité personnelle engagée par un créancier à l'encontre des dirigeants, de droit ou de fait, d'une société mise en procédure collective, pour des faits antérieurs à l'ouverture de celle-ci est subordonnée aux conditions cumulatives que, d'une part, le créancier allègue d'un préjudice personnel distinct de celui des autres et, d'autre part, qu'il allègue et établisse que ce préjudice résulterait d'une faute du dirigeant poursuivi séparable de ses fonctions ou de ce celles qu'il a usurpées, s'il s'agit d'un dirigeant de fait* ». L'arrêt de la Cour de cassation expressément cité par la Cour d'appel énonce bien que « *la*

3146 V. *supra* n° 375 et s.

3147 Cass. com. 8 mars 1982, n° 79-10412 : préc. note 2727

3148 B. SAINTOURENS, note sous Cass. com. 21 mars 1995, n° 93-13721 : préc. note 3033 - C. FREYRIA, « Libres propos sur la responsabilité civile de la gestion d'une entreprise», préc., spéc. n° 8 *in fine* - I. GROSSI, « La responsabilité des dirigeants », *Dr. et patrimoine* sept. 2003, p. 50 - M. JEANTIN, *Droit des sociétés*, préc.., spéc. n° 268

3149 CA Orléans, 28 févr. 2008 : *JurisData* n° 2008-359160

recevabilité d'une action en responsabilité personnelle engagée par un créancier à l'encontre du dirigeant d'une société mise en procédure collective, pour des faits antérieurs au jugement d'ouverture, est subordonnée à l'allégation d'un préjudice personnel distinct de celui des autres créanciers résultant d'une faute du dirigeant séparable de ses fonctions »[3150]. Néanmoins, cette décision ne vise en l'espèce que les dirigeants de droit de la société. Les juges du fond en ont donc fait une lecture très extensive, voire erronée. Si la Cour de cassation voulait calquer le régime de responsabilité des dirigeants de droit et des dirigeants de fait, elle ne maintiendrait pas sa jurisprudence relative au fondement de droit commun de la responsabilité de ces derniers. Elle leur appliquerait les textes spéciaux du Code de commerce. Pour le juge, le dirigeant de fait ne doit pas pouvoir se retrancher derrière la faute détachable pour échapper à sa responsabilité. En effet, il n'est pas le représentant légal de la personne morale. Il a usurpé cette qualité et doit en assumer les conséquences.

445. Un dommage causé par la faute de contrôle-direction. Conformément au droit commun de la responsabilité civile, la faute du dirigeant de fait doit avoir causé un préjudice. On peut citer par exemple l'arrêt de la chambre commerciale du 10 mars 1998 qui rejette le pourvoi formé contre l'arrêt ayant retenu à bon droit que les actes de concurrence déloyale commis par le dirigeant de fait « *avaient créé un trouble commercial générateur de préjudice en relation de causalité avec la faute* »[3151].

B : REGIME DE LA RESPONSABILITE DU DIRIGEANT DE FAIT

446. Application du droit commun de la responsabilité civile. La disparité de fondement de la responsabilité du dirigeant de droit et du dirigeant de fait a des répercussions sur le régime de la responsabilité de ce dernier[3152]. En effet, elle repose sur le droit commun de la responsabilité civile. Outre une plus large définition de la faute comme nous venons de le voir, la prescription de l'action en responsabilité de droit commun est de cinq ou dix ans selon que la victime a subi ou non un dommage corporel au lieu de trois ans sur le fondement des textes spéciaux du Code de commerce. De même, si les textes spéciaux permettent la condamnation solidaire des dirigeants de droit, le droit commun de la responsabilité civile ne permet pour sa part qu'une condamnation *in solidum* des coauteurs d'un dommage. Il en

---

3150 Cass. com. 7 mars 2006, n° 04-16536 : *Bull. civ*. 2006, n° 61 ; *D.* 2006, p. 857, note A. LIENHARD ; *RTD com.* 2006, p. 731, note P. LE CANNU ; *JCP E* 2006, p. 1170, note J.-J. CAUSSAIN, F. DEBOISSY et G. WICKER ; *Bull. Joly Sociétés* 2006, p. 938, note F.-X. LUCAS ; *Rev. sociétés* 2006, p. 644, note J.-F. BARBIERI

3151 Cass. com., 10 mars 1998, n° 96-13407 : préc. note 3143

3152 V. l'étude de cette différence de régime, *supra* n° 367

résulte, en principe, l'exclusion des effets secondaires de la solidarité et une répartition de la dette en fonction de la gravité des fautes respectives et non plus par parts viriles.

SOUS-SECTION 3 : LA RESPONSABILITE CIVILE DU FAIT D'UN CONTROLE CONTRACTUEL

Il est possible de confier le contrôle de la société à un tiers par le biais d'un contrat. Celui qui accepte l'obligation de contrôle accepte en même temps d'assumer la responsabilité qui incombe à tout contrôleur ou contrôlaire.

Paragraphe 1 : La Responsabilité civile des contrôlaires contractuels

Paragraphe 2 : La Responsabilité civile des contrôleurs contractuels

PARAGRAPHE 1 : LA RESPONSABILITE CIVILE DES CONTROLAIRES CONTRACTUELS

La délégation de pouvoir constitue l'unique source contractuelle de transmission du pouvoir de contrôle-direction. Le délégataire est donc le seul contrôlaire contractuel. Néanmoins, l'étude de sa responsabilité civile (A) pourra s'accompagner de celle du dirigeant délégant (B) car ce dernier conserve la qualité d'organe social et ne se trouve pas exonéré de sa propre responsabilité du simple fait de la délégation

A : LA RESPONSABILITE CIVILE DU DELEGATAIRE

447. Responsabilité envers la société. Le délégataire devant être un salarié de la société[3153], il est soumis, à l'égard de cette dernière, aux règles relatives à la responsabilité civile du salarié envers son employeur. Depuis un arrêt de 1958, le salarié n'engage sa responsabilité à l'égard de son employeur qu'en cas de « *faute lourde* »[3154]. Contrairement au droit commun, cette faute lourde ne se définit pas comme le « *comportement qui s'écarte largement du comportement qu'aurait eu dans les mêmes circonstances le bon père de famille ; comportement qui dénote chez son auteur, soit l'extrême sottise, soit l'incurie, soit*

3153 V. *supra* n° 177

3154 Cass. soc., 27 nov. 1958 : *D.* 1959, p. 20, note LINDON ; *RTD civ.* 1959, p. 731, note H. et L. MAZEAUD et p. 753, note J. CARBONNIER ; *JCP G* 1959, II, 11143, note J. BRETHE DE LA GRESSAYE : la Cour d'appel ayant débouté un employeur de sa demande en responsabilité contre ses salariés, la Cour de cassation rejette également le pourvoi au motif « *qu'il n'était pas établi qu'aucun des ouvriers en cause ait commis dans l'exécution de ses obligations professionnelles une faute lourde équipollente au dol* »

une grande insouciance à l'égard des dangers que l'on crée »[3155]. Elle se rapproche plus de la faute intentionnelle[3156] et se caractérise traditionnellement par l'intention de nuire à l'employeur[3157]. Néanmoins, au regard de la jurisprudence, certains auteurs ont critiqué cette restriction de son domaine[3158]. Ils considèrent comme fautif tout acte réalisé par le salarié dans son intérêt personnel ou prônent même un retour à la notion classique de faute lourde. En effet, un certain nombre de décisions retiennent la faute du salarié sans pour autant que l'intention de nuire de ce dernier soit évidente. Monsieur Ferrier cite à l'appui de sa thèse plusieurs décisions où malgré la référence expresse à l'intention de nuire, cette dernière est loin d'être évidente, que ce soit en matière de concurrence déloyale, d'abus de pouvoir ou de vol. Les arrêts plus récents de la Cour de cassation maintiennent une certaine confusion. Continuent ainsi d'être qualifié de faute lourde, en raison de l'intention de nuire, le fait pour le salarié de conserver des fichiers après son licenciement et de les affecter à une société concurrente[3159] ou le fait de conclure avec l'ancien dirigeant une transaction frauduleuse pour bénéficier d'indemnités indues[3160]. Un arrêt du 16 mai 2007 fait même le lien entre la violation de l'obligation de loyauté du salarié et la faute lourde sans faire référence à l'intention de nuire[3161]. Par contre, ne commet pas une faute lourde le salarié réalisant un

---

3155 G. CORNU, ASSOCIATION HENRI CAPITANT, *Vocabulaire juridique*, préc. spéc. p. 447

3156 PH. LE TOURNEAU, *Droit de la responsabilité et des contrats*, Dalloz 8e éd. 2010, spéc. n° 3581

3157 G. COUTURIER, « La faute lourde du salarié », *Dr. social* 1991, p. 105, spéc. p. 106 - H. BLAISE, « La responsabilité pécuniaire du salarié envers l'employeur », *RJS* 1996, p. 68, spéc. n° 22 et s., p. 71 et s. - B. BOSSU, « La faute lourde du salarié : responsabilité contractuelle ou responsabilité disciplinaire ? », *Dr. social* 1995, p. 26, spéc. p. 27

3158 B. BOSSU, « La faute lourde du salarié : responsabilité contractuelle ou responsabilité disciplinaire ? », préc. spéc. p. 28 - N. FERRIER, *La délégation de pouvoir, technique d'organisation de l'entreprise*, préc., spéc. n° 251 et s. p. 350 et s.

3159 Cass. soc., 28 sept. 2011, n° 09-67510 : *Bull. soc*. 2011 ; *RJS* 2001, p. 838 : « *Mais attendu qu'ayant relevé que près des deux tiers des fichiers de la société X..., fondée par la salariée postérieurement à sa prise d'acte et dont l'objet social est similaire à celui de la société CRC, étaient détenus sans motif par elle et provenaient de la base de données de la société CRC, la cour d'appel, qui a retenu que c'était de façon préméditée, en manquant gravement tant à l'obligation de loyauté qu'à l'obligation contractuelle de restitution des fichiers, que Mme X..., qui bénéficiait de la confiance de l'entreprise, avait conservé ces fichiers après la rupture pour les affecter à la société concurrente dont elle avait envisagé la création avant même la prise d'acte, a caractérisé l'intention de nuire de la salariée* » - V. également en matière de concurrence déloyale : Cass. soc., 17 juin 2009, n° 07-44242 : inédit : « *la cour d'appel, qui a constaté que la salariée était intervenue au cours de l'exécution de son contrat de travail pour le compte d'une agence concurrente afin de proposer au nom de celle-ci et à un client de son employeur la même prestation, qu'elle avait entretenu des rapports suivis avec cette agence dans le mois précédant sa démission et qu'elle s'était mise au service de ce concurrent avant la fin de son contrat de travail, a ainsi fait ressortir l'intention de nuire à l'entreprise, constituant une faute lourde et ouvrant droit à une indemnisation de l'employeur* »

3160 Cass. soc., 30 juin 2010, n° 08-44872 : inédit : « *Mais attendu que la cour d'appel a retenu que l'objet de l'acte litigieux était factice et que cet acte avait en réalité une cause résultant d'une volonté commune entre M. X... et l'ancien dirigeant qui avait pour effet d'octroyer au premier, au détriment de la société Tenovis, des avantages financiers auxquels il ne pouvait régulièrement prétendre, et qu'elle en a exactement déduit que M. X... a, alors qu'il se trouvait encore sous les liens de subordination de son employeur, eu à son égard un comportement déloyal caractérisant une intention de nuire et constituant une faute lourde entraînant un préjudice dont elle a souverainement apprécié l'existence et l'étendue* »

3161 Cass. soc., 16 mai 2007, n° 06-40062 : inédit : « *Mais attendu, d'une part, qu'ayant relevé qu'entre le 6 mars 2003 et l'ouverture intervenue le lendemain de la fin du préavis, le salarié, alors qu'il était toujours au service de son employeur, avait pris toutes les dispositions nécessaires pour la conception, l'implantation, l'agencement d'un magasin, s'était procuré des produits auprès des mêmes fournisseurs que ceux de la société Pacific Pêche et avait procédé sur les lieux aux informations de la population sur l'ouverture prochaine de ce magasin avec la spécification*

« *détournement de fonds* » et « *diverses dépenses au nom de la salariée pour des séjours au Portugal et une livraison de vin* »[3162], ou « *en vendant des véhicules à perte, en accordant des facilités de paiement non autorisées, en falsifiant et dissimulant des documents* »[3163]. La conception de la faute lourde inspirant la jurisprudence sociale semble donc plus large que l'intention de nuire proprement dite mais reste peu cohérente[3164]. Plutôt que de parler d'intention de nuire, peut-être devrait-on parler de faute intentionnelle et de conscience de la nuisance causée à l'employeur.

448. Responsabilité envers les tiers. En qualité de préposé, le délégataire bénéficie d'une immunité à l'égard des tiers dès lors qu'il « *a agi sans excéder les limites de la mission qui lui a été impartie par son commettant* »[3165]. Cette exonération de responsabilité du salarié ne tombe que si ce dernier est « *condamné pénalement pour avoir intentionnellement commis, fût-ce sur l'ordre du commettant, une infraction ayant porté préjudice à un tiers* »[3166]. Il suffit dans ce cas que la responsabilité pénale du préposé soit reconnue, peu importe qu'une sanction soit prononcée ou non[3167].

Le salarié délégataire voit néanmoins sa responsabilité personnelle étendue. A plusieurs reprises, la chambre criminelle de la Cour de cassation a eu l'occasion d'affirmer que « *le préposé, titulaire d'une délégation de pouvoir, auteur d'une faute qualifiée au sens de l'article 121-3 du Code pénal, engage sa responsabilité civile à l'égard du tiers victime de l'infraction, celle-ci fût-elle commise dans l'exercice de ses fonctions* »[3168]. L'article 121-3 alinéa 3 du Code pénal dispose qu'il y a délit « *lorsque la loi le prévoit, en cas de faute d'imprudence, de négligence ou de manquement à une obligation de prudence ou de sécurité prévue par la loi*

---

de son objet, identique à celui de l'employeur, la cour d'appel en a exactement déduit l'existence d'un manquement à l'obligation de loyauté caractérisant une faute lourde du salarié »

3162 Cass. soc., 22 sept. 2011, n° 09-72557 : *Cah. Soc. barreau Paris* nov. 2011, p. 289, note S. NOUREDINE

3163 Cass. soc., 29 sept. 2010, n° 09-41465 : inédit

3164 Pour d'autres exemples, V. N. FERRIER, *La délégation de pouvoir, technique d'organisation de l'entreprise*, préc., spéc. n° 251 p. 353

3165 Cass. ass. plén., 25 févr. 2000, n° 97-17378 et 97-20152 : *Bull. Ass. plén.*, 2000, n° 2 ; *RJDA* 2000, p. 395, note J.-P. DORLY ; *D.* 2000, jurispr. p. 673, note PH. BRUN et somm. p. 454, note PH. DELEBECQUE ; *JCP G* 2000, II, 10 295, note M. BILLIAU et I, 241, n° 5, note G. VINEY ; *Resp. civ. et assur.* mai 2000, p. 7 note H. GROUTEL et oct. 2000, p. 6, note CH. RADE ; *Bull. Joly Sociétés* 2000, p. 645, note J.-F. BARBIERI ; *Droit et patrimoine*, mai 2000, p. 107, note F. CHABAS ; *RTD civ.* 2000, p. 582, note P. JOURDAIN

3166 Cass. ass. plén., 14 déc. 2001, n° 00-82066 : *Bull. Ass. plén.*, 2001, n° 17 ; *Gaz. Pal.* 24-26 févr. 2002, p. 29, concl. M. DE GOUTTES et p. 37, note Y. MONNET ; *D.* 2002, p. 1230, note J. JULIEN et somm. p. 1317, note D. MAZEAUD ; *JCP G* 2002, I, 124, note G. VINEY et II, 10026, note M. BILLIAU ; *Droit et patrimoine*, mars 2002, p. 94, note F. CHABAS

3167 Cass. crim., 7 avril 2004, n° 03-86203 : *Bull. crim.* 2004 n° 94 ; *Resp. civ. et assur.* juill.-août 2004, p. 15 : « *le préposé qui a intentionnellement commis une infraction ayant porté préjudice à un tiers engage sa responsabilité civile à l'égard de celui-ci, alors même que la juridiction répressive qui, saisie de la seule action civile, a déclaré l'infraction constituée en tous ses éléments, n'a prononcé contre lui aucune condamnation pénale* »

3168 Cass. crim., 28 mars 2006, n° 05-82975 : *Bull. crim.* 2006, n° 91 ; *JCP G* 2006. II. 10188, note J. MOULY ; *JCP S* 2006. 1448, note J.-F. CESARO ; *Resp. civ. et assur.* oct. 2006, p. 14, note H. GROUTEL ; *RTD civ.* 2007, p. 135, note P. JOURDAIN - Cass. crim., 12 nov. 2008, n° 08-80681 : *Resp. civ. et assur.* janv. 2009, p. 16, note H. GROUTEL – V. également pour un capitaine de navire « *investi d'une délégation générale en matière de sécurité* » : Cass. crim., 13 mars 2007, n° 06-85422 : *Resp. civ. et assur.* juill.-août 2007, p. 9, A. VIALARD

ou le règlement, s'il est établi que l'auteur des faits n'a pas accompli les diligences normales compte tenu, le cas échéant, de la nature de ses missions ou de ses fonctions, de ses compétences ainsi que du pouvoir et des moyens dont il disposait ». L'alinéa 4 du même article ajoute que « *dans le cas prévu par l'alinéa qui précède, les personnes physiques qui n'ont pas causé directement le dommage, mais qui ont créé ou contribué à créer la situation qui a permis la réalisation du dommage ou qui n'ont pas pris les mesures permettant de l'éviter, sont responsables pénalement s'il est établi qu'elles ont, soit violé de façon manifestement délibérée une obligation particulière de prudence ou de sécurité prévue par la loi ou le règlement, soit commis une faute caractérisée et qui exposait autrui à un risque d'une particulière gravité qu'elles ne pouvaient ignorer* »[3169]. C'est cette seconde disposition que vise la jurisprudence en faisant référence à la faute qualifiée. *A fortiori*, on peut légitimement penser que le délégataire est également personnellement responsable lorsqu'il est l'auteur direct de l'infraction non intentionnelle.

Cette extension de responsabilité au cas d'infraction involontaire est propre au salarié titulaire d'une délégation de pouvoir. En effet, le simple préposé, s'il peut voir sa responsabilité pénale engagée sur le fondement de l'article 123-1 du Code pénal, n'est pas tenu de réparer le dommage causé tant qu'il a agi dans les limites de la mission qui lui était impartie. Un arrêt de 2011 illustre ce cas. En l'espèce, le salarié mécanicien d'une société de location d'engins de chantier avait mal arrimé une pelleteuse sur une remorque. Les preneurs avaient été tués suite au renversement de leur véhicule. La Cour d'appel avait retenu la responsabilité pénale du salarié pour homicide involontaire[3170]. Elle avait également retenu la responsabilité civile de ce dernier. La Cour de cassation casse l'arrêt mais seulement en ses dispositions civiles au motif que « *n'engage pas sa responsabilité à l'égard des tiers le préposé qui agit sans excéder les limites de la mission qui lui a été impartie par son commettant* ».

Le salarié délégataire bénéficie donc d'une très large immunité en matière de responsabilité civile. Néanmoins, celle-ci reste plus étendue que pour le simple préposé.

3169 Par « *faute caractérisée* », il faut entendre une faute d'une particulière gravité mais non d'une exceptionnelle gravité, le législateur n'ayant pas souhaité trop restreindre le domaine de cette disposition : F. DESPORTES et F. LE GUNEHEC, *Droit pénal général*, Economica 16e éd. 2009, spéc. n° 498-2 p. 470

3170 Cass. crim., 10 mai 2011, n° 10-87653 : inédit : « *Attendu que, pour déclarer coupable d'homicides involontaires M. X..., préposé de la société de location qui avait procédé à l'opération de chargement, les juges du second degré, par motifs propres et adoptés, relèvent que l'accident résulte de l'utilisation d'une remorque mal entretenue sur laquelle l'engin avait été chargé à l'envers, l'ensemble présentant un poids excessif ; que les juges ajoutent que le prévenu, mécanicien expérimenté, ne s'est soucié ni de l'état, pourtant apparent, de vétusté de la remorque, ni des consignes expresses du constructeur relatives au mode de chargement, ni du bon arrimage, et qu'il a ainsi commis une succession de négligences gravement fautives dans l'exécution de sa mission et présentant un lien de causalité directe avec l'accident ; Attendu qu'en l'état de ces énonciations, la cour d'appel a justifié sa décision* »

L'autonomie dont dispose le délégataire dans l'exercice du pouvoir qui lui a été confié ne suffit pas à justifier sa pleine responsabilité car la jurisprudence ne tient pas compte de ce critère[3171]. Elle permet cependant de mettre à sa charge la réparation de ses fautes les plus graves, que ce soit à l'égard de la société ou des tiers[3172].

449. Responsabilité civile en qualité de dirigeant de fait. Pour passer outre l'immunité du salarié délégataire, la seule solution est de démontrer que celui-ci est plus que cela : qu'il est le véritable dirigeant de fait de la société. En principe, la qualité de dirigeant de fait et celle de délégataire sont incompatibles en raison de l'autorité du délégant qui pèse sur ce dernier[3173]. Elle interdit l'exercice en toute indépendance du pouvoir de gestion et de direction[3174]. Néanmoins, la jurisprudence apprécie *in concreto* si, de fait, le délégataire est bien soumis à cette autorité. Dans le cas contraire, il peut se voir qualifier de dirigeant de fait et être soumis au droit commun de la responsabilité délictuelle. Il en est ainsi, du directeur salarié qui a reçu délégation de tous les pouvoirs du gérant avant que ce dernier ne parte pour l'Afrique[3175].

B : LA RESPONSABILITE CIVILE DU DELEGANT

450. A l'égard de la société. En qualité d'organe social, le dirigeant délégant est susceptible de voir sa responsabilité personnelle engagée envers la société. En effet, la délégation de pouvoir peut constituer une faute de gestion, ou une violation de la loi ou des statuts, en elle-même. La jurisprudence considère ainsi comme fautifs le choix d'un délégataire incompétent[3176], le fait de ne pas avoir surveillé ses agissements[3177], voire d'y avoir eu recours[3178].

3171 Cass. 2e civ., 9 nov. 2004, n° 01-17908 : *Bull. civ.* 2004, n° 262 ; *D.* 2005, p. 253, note F. CHABAS ; *RTD civ.* 2005, p. 143, note P. JOURDAIN ; *JCP G* 2005, II, 10020, rapport DUVAL-ARNOUD et note PORCHY-SIMON ; *JCP G* 2005, I, 132, note G. VINEY : la Cour d'appel avait retenue la responsabilité civile d'un médecin salarié au motif que « *sa qualité de salarié n'aliène nullement l'indépendance dont il dispose dans l'exercice de son art* ». La Cour de cassation casse au visa de l'article 1384 al. 5 du Code civil au motif que « *le médecin salarié, qui agit sans excéder les limites de la mission qui lui est impartie par l'établissement de santé privé, n'engage pas sa responsabilité à l'égard du patient* »

3172 N. FERRIER, *La délégation de pouvoir, technique d'organisation de l'entreprise*, préc., spéc. n° 260 p. 364

3173 N. FERRIER, *La délégation de pouvoir, technique d'organisation de l'entreprise*, préc., spéc. n° 266 p. 382

3174 V. *supra* n° 201

3175 Cass. com., 8 nov. 1973 : *D.* 1974, inf. rap. p. 32 – V. également CA Bourges, 18 févr. 2010 : *JurisData* n° 2010-004684 : « *Attendu en outre qu'il résulte de la procédure pénale que Mme PO exerçait dans la SAS S.E.C.C. le pouvoir disciplinaire, pouvoir inhérent au dirigeant d'entreprise, qu'elle était en relation directe avec les fournisseurs ou clients de cette société ainsi qu'avec les établissements financiers, qu'elle bénéficiait d'une délégation de signature bancaire et d'une délégation de pouvoir général pour engager la S.E.C.C. ; qu'ainsi l'appelante était bien gérante de fait avec son époux de ladite société* »

3176 Cass. com., 11 juin 1991, n° 89-20653 : *RJDA* 1991, p. 733 : « *Mais attendu que l'arrêt relève que M. X... n'a pas accordé toute son attention à la gestion d'une entreprise naissante et fragile, comptant sur des subventions aléatoires et sur le soutien des banques pour se constituer une trésorerie, qu'il n'était présent au siège de l'entreprise qu'un jour par semaine, déléguant la plupart de ses pouvoirs à des collaborateurs recrutés dans la société en liquidation des biens dont le fonds de commerce avait été repris et où ils avaient fait preuve, pour le moins, d'une certaine*

451. A l'égard des tiers. A l'égard des tiers, le dirigeant de droit bénéficie de l'écran de la personnalité morale. Il ne peut voir sa responsabilité personnelle engagée que pour faute détachable[3179]. La délégation de pouvoir trouve son fondement dans la plénitude des pouvoirs du dirigeant social[3180]. Elle fait partie de ses attributions normales. Elle ne peut donc constituer, en tant que telle, une faute détachable. Le délégant ne verra donc sa responsabilité engagée envers les tiers que dans le cadre d'une action en comblement de passif lorsque la société est en procédure collective[3181].

PARAGRAPHE 2 : RESPONSABILITE CIVILE DES CONTROLEURS CONTRACTUELS

Le contrôle-surveillance peut faire l'objet du contrat lui-même (A) ou n'en être qu'un effet (B).

A : LA RESPONSABILITE CIVILE DU FAIT DU CONTROLE OBJET DU CONTRAT

452. Fondements. Le fondement de la responsabilité civile du fait du contrôle, objet du contrat, varie selon que la victime est le cocontractant du contrôleur ou un tiers. Dans le premier cas, la responsabilité sera contractuelle, dans le second, elle repose sur le droit commun de la responsabilité délictuelle.

---

incompétence et que c'est ainsi qu'après 8 mois d'existence à peine, la société dont il était le dirigeant accusait déjà une perte d'exploitation de 2 millions de francs pour un chiffre d'affaires de 14 735 francs en dépit des aides financières allouées et des exonérations de charges sociales obtenues qui représentaient environ 550 000 francs d'économies ; qu'en l'état de ces seules constatations, la cour d'appel a pu décider que M. X... avait commis une faute de gestion ayant contribué à l'insuffisance d'actif »

3177 Cass. com., 6 févr. 1962 : préc. note 1350 : le gérant a « *commis une série de fautes en omettant de surveiller efficacement un directeur qu'il avait choisi et à qui, sans mieux le connaitre, il avait consenti une procuration des plus larges constituant en réalité une véritable délégation de pouvoirs et en ne prenant pas, le jour où il a été informé des agissements répréhensibles de ce directeur, les mesures qui s'imposaient* »

3178 CA Aix-en-Provence, 30 nov. 1995 : *JurisData* n° 1995-050901 : « *Attendu que le gérant de droit de la société ne saurait s'exonérer de cette faute de gestion en soutenant qu'il a délégué ses pouvoirs à un directeur, alors qu'il lui revenait de surveiller les agissements de celui-ci et de prendre toutes mesures pour mettre un terme à des agissements contraires au bon fonctionnement de l'entreprise ; Qu'en se déchargeant totalement sur un salarié de ses obligations propres de dirigeant et en omettant de le contrôler voire de le sanctionner, l'appelant a commis une faute de gestion* » CA Paris, 28 sept. 1993 : *JurisData* n° 1993-023792 : « *Considérant enfin, que les délégations et procurations renouvelées que Monsieur PUDET a accordées, dépassaient le cadre du contrat de collaboration administrative et financière conclu entre les 2 sociétés, dans la mesure où il s'agissait de véritables abandons de pouvoir que rien ne justifiai*t » - CA Aix-en-Provence, 28 janv. 1999 : *JurisData* n° 1999-041938

3179 V. *supra* n° 387

3180 F. MARMOZ, *La délégation de pouvoir*, préc., spéc. n° 703 p. 266

3181 CA Aix-en-Provence, 14 mai 2009 : *JurisData* n° 2009-005930 : « *Attendu d'autre part, que c'est avec pertinence que le tribunal a relevé que l'acceptation des fonctions de gérant a pour conséquence l'obligation d'apporter à la gestion sociale un contrôle régulier et efficace, et que la délégation de pouvoir au profit du directeur de restaurant qui ne disposait pas de la délégation de signature sur le compte bancaire et le paiement des salaires, ne dispensait pas le gérant d'exercer avec vigilance son rôle de responsable de la gestion, le directeur de restaurant exerçant son activité sous le contrôle de la direction générale, selon les termes même de son contrat de travail* […] ; *c'est donc à bon droit que le tribunal a dit que l'appelant a commis en sa qualité de gérant de droit des fautes de gestion qui ont contribué à l'insuffisance d'actif* » - Cass. com., 11 juin 1991, n° 89-20653 : préc. note 3176

La liberté contractuelle permet d'insérer dans tout contrat des clauses permettant l'exercice d'une surveillance minimum des actes de son cocontractant. On peut penser par exemple aux contrats de distribution qui comportent souvent ce type de disposition. Néanmoins, il existe trois contrats dont l'objet essentiel est l'exercice du contrôle et qui sont susceptibles d'entrainer la responsabilité du contrôleur. Ce sont ces derniers que nous allons plus particulièrement étudier. Il s'agit du contrat d'expertise-comptable (1), du contrat d'audit (2) et du contrat de notation (3).

1 : La responsabilité de l'expert-comptable

L'expert-comptable engage sa responsabilité tant à l'égard de son client (a) que des tiers (b).

a : A l'égard de la société cliente

453. La faute : l'inexécution du contrat. En raison du contrat d'entreprise liant l'expert-comptable à son client, sa responsabilité est nécessairement contractuelle[3182] quand bien même sa mission serait encadrée par des normes professionnelles[3183]. L'expert-comptable répond donc à l'égard de son client de l'inexécution du contrat qui les lie.

Dans le cadre de sa mission, l'expert-comptable est tenu d'une obligation de moyen[3184]. En effet, les modalités de contrôle par sondage de la comptabilité du client laissent la place à un certain aléa, renforcé par la participation du client au bon déroulement de l'examen des pièces comptables : ce dernier devant produire les informations nécessaires au travail de l'expert-comptable[3185]. La seule preuve d'un préjudice ne suffit pas pour obtenir réparation, il faut nécessairement prouver une faute de l'expert-comptable en lien avec le dommage[3186]. Néanmoins, certaines missions excluant tout aléa font peser sur l'expert-comptable une obligation de résultat. Il en est ainsi pour le respect des délais de déclaration fiscale[3187], pour

---

3182 V. *supra* n° 209

3183 A. ROBERT, *Responsabilité des commissaires aux comptes et des experts comptables*, préc., spéc. n° 12.41 p. 26

3184 Cass. com., 25 juin 1977, n° 76-13644 : *Bull. civ.* 1977, n° 23 : « *la cour d'appel, qui déclare, à juste titre, que la fiduciaire était seulement tenue d'une obligation de moyens dans le cadre de son contrat, a pu, en conséquence, au vu des constatations et énonciations susvisées, admettre que cette société n'avait pas commis de faute susceptible d'engager sa responsabilité dans les détournements* » - Cass. 1re civ., 3 févr. 1993, n° 91-13643 - Cass. com., 21 févr. 1995, n° 93-12238 : *LPA* 15 janv. 1995, p. 30, note PASQUALINI et PASQUALINI-SALERNO

3185 CH. DE LAUZAINGHEIN, J.-L. NAVARRO et D. NECHELIS, *Droit comptable*, préc., spéc. n° 172 p. 153

3186 Cass. com., 2 juin 1987, n° 85-15266 : *D.* 1987, p. 500, note A. VIANDIER : « *attendu qu'après avoir rappelé à bon droit que l'expert-comptable n'est tenu que d'une obligation de moyens, la Cour d'appel a retenu, que la société ECE n'établissait pas l'existence de fautes précises de la société CFE en relation directe avec les redressements en cause* »

3187 Cass. com., 20 nov. 2001, n° 98-18515 : *JCP E* 2002, 916 ; *Bull. Joly Sociétés* 2002, p. 207, note P. SERLOOTEN : « *ayant constaté qu'aux termes du contrat du 23 mars 1987 conclu avec M. C... X..., M. Y..., expert-comptable, devait*

la vérification de l'accomplissement de certaines formalités obligatoires[3188] ou encore en matière de rédaction d'actes[3189].

La faute s'apprécie *in abstracto* par comparaison avec un expert-comptable normalement compétent et diligent[3190]. Le juge dispose d'un certain nombre de référentiels. Le Code de déontologie rappelle dans son article 5 que ce dernier doit exercer son activité « *avec compétence, conscience professionnelle et indépendance d'esprit* ». Il ne doit accepter une mission que s'il se sait capable de la mener à bien[3191]. Le juge doit également se référer au contrat qui lie l'expert du chiffre et son client, et notamment à la lettre de mission qui fixe les obligations réciproques des parties[3192]. La profession a également mis en place depuis 1976 une série de normes professionnelles encadrant les différentes missions de l'expert-comptable[3193]. Enfin, la jurisprudence impose un devoir de conseil à l'égard du client consacré par le Code de déontologie[3194].

454. Exemples de faute de l'expert-comptable. L'expert-comptable est d'abord responsable en cas de faute dans l'établissement de la comptabilité mais cette mission n'est pas constitutive d'un contrôle-surveillance car elle ne nécessite aucune appréciation particulière du risque social au regard de l'intérêt social. Toutefois, « *l'expert-comptable qui accepte d'établir une déclaration fiscale pour le compte d'un client doit, compte tenu des*

établir les déclarations fiscales et sociales de ce dernier, que ce n'est que le 30 mai 1989, postérieurement à une mise en demeure du 25 mai 1989, que la déclaration BIC 87-88 a été remise par M. Y... à M. C..., après qu'un premier délai fixé par la prorogation ministérielle au 2 mai 1989 ait été dépassé, la cour d'appel a légalement justifié sa décision retenant la faute de M. Y... dans l'accomplissement de sa mission »

3188 Cass. com., 5 mars 2002, n° 99-13386 : *JCP E* 2003, 1028 : « *mais attendu qu'après avoir relevé que M. X...* [l'expert-comptable], *mandataire salarié, chargé de vérifier si les locaux étaient assurés contre l'incendie, à quelles conditions et auprès de quelles compagnies, avait une obligation de résultat qui ne pouvait être satisfaite par une description superficielle des caractéristiques de la police présentée et par une conclusion évasive formulée dans des termes insuffisants pour attirer l'attention du destinataire du rapport, alors qu'il s'est avéré que seule une proposition d'assurance non suivie d'acceptation avait été formulée, la cour d'appel a pu déduire que la négligence commise par M. X... dans l'exécution de sa mission avait participé à la réalisation du dommage* »

3189 Cass. com., 26 janv. 1999, n° 97-10477 : inédit : « *Mais attendu, d'une part, que la cour d'appel se référant aux arrêts du 5 février 1993 ayant annulé les deux contrats de franchisage a constaté que ces contrats avaient été annulés pour indétermination du prix, la clause litigieuse étant à cet égard " trop vague " et le franchiseur étant au surplus " seul habilité à traiter avec les fournisseurs sans que les franchisés puissent à cet égard exercer aucun contrôle" ; qu'en l'état de ces constatations, établissant la responsabilité contractuelle de* [l'expert-comptable], *rédacteur des actes litigieux, la cour d'appel a pu en déduirequ'elle n'avait pas à procéder à une recherche pour savoir si les contrats auraient pu être résolus pour inexécution par M. X... de ses obligations, ses constatations précédentes rendant inopérantes une telle recherche* »

3190 CA Toulouse, 21 janv. 1992 : *JurisData* n° 1992-040884 : « *l'expert comptable ne peut être tenu que d'une obligation de moyens, laquelle suppose, pour que sa responsabilité soit engagée, la preuve d'une faute démontrant une méconnaissance des soins consciencieux, attentifs et, réserve faite de circonstances exceptionnelles, conformes aux données acquises due la science comptable* » - Cass. com., 22 mars 1994, n° 91-20129

3191 article 10 du Code de déontologie des professionnels de l'expertise comptable

3192 A. ROBERT, *Responsabilité des commissaires aux comptes et des experts comptables*, préc., spéc. n° 21.64 p. 48

3193 CH. DE LAUZAINGHEIN, J.-L. NAVARRO et D. NECHELIS, *Droit comptable*, préc., spéc. n° 109 et s. p. 101 et s.

3194 CA Paris, 15 juin 2010 : *Bull. Joly Sociétés* 2010, p. 676 : les experts comptables sont « *soumis, à l'égard de leurs clients, à un devoir général d'information et de conseil et à un devoir de mise en garde ou de réserves* » – article 15 du Code de déontologie des professionnels de l'expertise comptable

informations qu'il détient sur la situation de celui-ci, s'assurer que cette déclaration est, en tout point, conforme aux exigences légales »[3195].

L'autre cause fréquente de mise en jeu de la responsabilité de l'expert-comptable à l'égard de son client est l'absence de détection des fraudes commises par des salariés. Il s'agit d'une véritable faute de contrôle-surveillance car il n'aura pas détecté les circonstances où le risque social induit par les salariés fautifs n'est pas conforme à l'intérêt social. Il peut ainsi se voir reprocher son manque de diligence en matière d'appréciation des procédures de contrôle interne[3196]. Il est également fautif de ne pas avoir relevé certaines anomalies comptables[3197] ou de ne pas avoir contrôlé les rapprochements bancaires[3198] qui auraient permis de révéler l'existence d'un détournement. En cela, la faute de contrôle-surveillance de l'expert-comptable se rapproche de celle du commissaire aux comptes.

Enfin, en matière sociale, l'expert-comptable est responsable s'il a pour mission de rédiger les bulletins de salaire et les différentes déclarations sociales[3199]. Il est par exemple fautif s'il n'informe pas son client « *sur les conséquences du défaut d'affiliation obligatoire d'un cadre à un organisme de prévoyance* »[3200], ou s'il ne s'assure pas de la régularité de la procédure de

---

3195 Cass. com., 6 févr. 2007, n° 06-10109 : *D.* 2007, p. 725, note X. DELPECH ; *Bull. Joly Sociétés* 2007, p. 816, note TH. GRANIER

3196 Cass. com., 15 janv. 2002, n° 98-21831 : *Bull. CNCC* 2002, n° 125 p. 61, note Ph. Merle ; *Dr. sociétés* 2002, comm. 94, note D. VIDAL : « *Mais attendu que la cour d'appel a relevé que selon le rapport de l'expert, plusieurs vices des procédures en usage au sein de la société avaient permis les détournements ; qu'en retenant à la charge de l'expert comptable une insuffisance de ses diligences concernant l'analyse des procédures administratives et de contrôle interne de la société elle a, par là même, caractérisé l'existence d'un lien de causalité entre les manquements constatés et la réalisation du dommage et légalement justifié sa décision* »

3197 Cass. com., 4 nov. 2008, n° 07-10152 : inédit : « [Attendu que l'arrêt] *retient encore, après un examen du compte 413 "effets en portefeuille" pour l'exercice du 1er juin 1998 au 31 mai 1999, que l'existence de ce compte créditeur constitue une présomption d'irrégularité de la comptabilité, d'un tel compte ne pouvant sortir plus qu'il n'est entré, et que le caractère insolite de la position substantiellement et durablement créditrice du compte, l'ampleur des mouvements, et l'anormalité de la régularisation par deux virements globaux, auraient dû entraîner des investigations complémentaires susceptibles de révéler la fraude ou d'intimider l'employée indélicate, qui avait déclaré, au cours de l'enquête de police, que le compte litigieux ne faisait l'objet d'aucune vérification particulière ; qu'en l'état de ces constatations et appréciations, la cour d'appel qui ne s'est pas bornée à déduire les manquements de l'expert-comptable au cours de la période de son intervention dans la société du seul examen du compte "effets à recevoir" pour la période du 1er juin 1998 au 31 mai 1999 et qui a caractérisé l'existence d'un lien de causalité entre les manquements constatés et le préjudice subi par la société dont elle a souverainement apprécié l'étendue, a, sans dénaturer les conclusions, légalement justifié sa décision* »

3198 Cass. com., 10 mars 2007, n° 05-18878 : inédit : « *Mais attendu que l'arrêt retient, par motifs adoptés, que le préjudice subi par la société Liabeuf et Sapin, tant en total des détournements qu'en conséquences sur les agios bancaires, a pu être déterminé avec une quasi-exactitude arithmétique, que le cabinet Auditor consultants, qui n'a pas vérifié sérieusement les états de rapprochements bancaires a fait perdre à la société Liabeuf et Sapin une chance relativement importante de stopper les fraudes dès lors que si elle n'avait pas commis cette faute les détournements des années 1990 et 1991 auraient été découverts avec certitude, ce qui aurait pu permettre soit d'empêcher l'aggravation du préjudice, soit un remboursement amiable de l'argent détourné ; que compte tenu des fautes de la société Liabeuf et Sapin et de l'ensemble des éléments concernant chaque protagoniste, la cour d'appel, loin de procéder à une évaluation forfaitaire, a ainsi fait l'exacte application de l'article 1147 du Code civil* »

3199 Cass. com., 17 mars 2009, n° 07-20667 : *Bull. civ.* 2009, n° 40 ; *Bull. Joly Sociétés* 2009, p. 682, note TH. GRANIER : « *l'expert-comptable qui a reçu la mission de rédiger les bulletins de paie et les déclarations sociales pour le compte de son client a, compte tenu des informations qu'il doit recueillir sur le contrat de travail pour établir ces documents, une obligation de conseil afférente à la conformité de ce contrat aux dispositions légales et réglementaires* »

3200 Cass. com., 12 mai 2010, n° 09-13496 : *RGDA* 2004, p. 776, note J. BIGOT

licenciement mise en œuvre par l'employeur[3201]. Encore une fois, il s'agit pour l'expert-comptable de s'assurer que la définition du risque social par le dirigeant est conforme à la législation en vigueur et donc à l'intérêt social.

455. Un préjudice. L'engagement de la responsabilité de l'expert-comptable nécessite la preuve d'un préjudice existant. La difficulté apparaît en matière fiscale. Si la faute de l'expert a empêché son client de bénéficier d'un avantage fiscal, le préjudice existe et correspond au montant de l'avantage perdu[3202]. Par contre, si la faute a conduit à un redressement fiscal, ce dernier ne saurait constituer un préjudice puisqu'il ne s'agit pour le client que de verser des impôts normalement dus à l'Etat[3203]. Seules les pénalités de retard et majorations constituent un préjudice réparable. Il en irait toutefois différemment si le redressement avait pu être évité sans la faute de l'expert-comptable[3204].

Il en va de même en matière sociale. L'expert-comptable n'est tenu de réparer que le surcout engendré par sa faute[3205]. Il ne saurait se voir mettre à sa charge les compléments de salaires ou indemnités légalement dus au salarié et que sa faute avait minorés puisque l'employeur aurait de toute façon eu à payer ces sommes[3206].

3201 CA Angers, 13 mars 2000 : *JurisData* n° 2000-135922 : « *La Société SEGECA* [l'expert-comptable] *en tant que professionnel était tenue à une obligation de conseil et de renseignement à l'égard de Monsieur DELAUNAY lequel ignorait la procédure à suivre en matière de licenciement et avait sollicité son expert comptable pour ce faire. En datant les deux courriers litigieux de la même date et en n'attirant pas l'attention de Monsieur DELAUNAY sur la nécessité expresse de ne pas adresser les deux courriers en même temps la Société SEGECA a engagé sa responsabilité* »

3202 Cass. com., 31 mars 2004, n° 01-03454 : inédit : « *Attendu que, pour se prononcer comme il a fait sur le montant du préjudice indemnisable, l'arrêt retient encore que, en ce qui concerne l'exigibilité immédiate de l'impôt, seule conséquence directe de l'inobservation des formalités légales, M. et Mme X... ne justifient d'aucune perte financière réelle dès lors qu'en raison de la procédure en contestation de la procédure d'imposition par eux engagée devant le tribunal administratif, ils ont obtenu de fait un report d'imposition jusqu'en 1999 ; Attendu qu'en statuant ainsi, sans rechercher si, faute d'avoir rempli les conditions d'un premier report d'imposition, M. et Mme X... n'avaient pas perdu une chance de bénéficier d'un nouveau report d'imposition des plus-values réalisées en 1991 au moment de la fusion-absorption intervenue en 1999, la cour d'appel a privé sa décision de base légale* »

3203 Cass. 1re civ., 29 mai 1996, n° 94-16505 : inédit : « *Mais attendu que l'existence du préjudice relève de l'appréciation souveraine des juges du fond; et que, c'est dans l'exercice du pouvoir qui lui est ainsi reconnu que la cour d'appel a constaté que la société et M. X... n'ont subi aucun préjudice, qu'il s'agisse du paiement du principal des impôts, qui étaient dus en tout état de cause, ou des pénalités de retard, contrebalancées par un avantage de trésorerie* »

3204 Cass. com., 29 janv. 1991, n° 89-16511 : *Bull. civ.* 1991, n° 46 : rejet du pourvoi prétendant, entre autre, que « *le préjudice ne correspond pas nécessairement aux majorations d'impôt réclamées à la suite de la faute commise* », au motif « *que l'arrêt fait ressortir exactement que la valeur du fonds de commerce à inscrire au bilan, au titre des immobilisations, devait être celle de l'acte de cession et retient que l'inscription de la somme de 300 900 francs a entraîné un redressement fiscal à la charge de la société X... " dont les bénéfices de l'exercice 1983-1984 ont été majorés artificiellement par l'augmentation de la valeur du fonds de commerce " ainsi qu'un redressement fiscal à la charge de M. X... en raison de l'augmentation de son revenu correspondant à " la différence entre la valeur de cession et la valeur inscrite " ; qu'en l'état de ces seuls motifs, répondant en les écartant aux conclusions invoquées, la cour d'appel a fait les recherches prétendument omises* »

3205 V. par ex. CA Riom, 18 déc. 2003 : *JurisData* n° 2003-239711 : le préjudice est constitué par le montant des indemnités versées suite au licenciement irrégulier de deux salariés par la faute de l'expert-comptable et par l'obligation pour la société de se défendre en justice devant le conseil des prud'hommes

3206 CA Lyon, 31 janv. 2008 : *JurisData* n° 2008-365753 : « *Ce manquement de la société SCORGEC à son obligation de conseil a perduré jusqu'au 24 février 2004, date à laquelle celle-ci a établi une estimation du coût du licenciement de Monsieur POZNANSKI sur la base de salaires non conformes aux dispositions conventionnelles mais le préjudice qui en est directement résulté pour la société GOTHEIL ne coïncide pas avec les rappels de salaires, de congés payés et*

Si le préjudice doit être certain, il peut néanmoins consister en une perte de chance. Ainsi, si la faute de l'expert-comptable a pu empêcher son client de bénéficier d'une exonération fiscale, le préjudice peut se limiter à la perte de chance de bénéficier de cet avantage dès lors qu'il n'est pas certain « *que le montage initialement envisagé était effectivement réalisable et que dûment informé,* [le client] *aurait certainement opté pour cette solution alternative* »[3207]. Constitue également une perte de chance l'absence de contrôle des rapprochements bancaires qui aurait peut-être permis la détection d'un détournement[3208].

b : A l'égard des tiers

456. Fondement délictuel. En vertu de l'effet relatif des conventions, les tiers ne sont pas parties au contrat d'expertise-comptable. Toutefois, l'inexécution de ce dernier peut constituer une faute délictuelle ouvrant droit à réparation sur le fondement de l'article 1382 du Code civil[3209]. Ainsi, dans un arrêt du 9 juillet 2009, la Cour de cassation a rejeté le pourvoi formé par une société d'expertise-comptable condamnée à réparer le dommage subi par les ayants droit d'un salarié de son client privés du bénéfice d'un contrat d'assurance prévoyance par la faute de l'expert-comptable. La première chambre civile rappelle à cette occasion que l'expert-comptable a commis, à l'égard de la famille du salarié, « *une faute délictuelle ayant contribué à leur dommage* »[3210].

2 : La responsabilité de l'auditeur

457. Fondement. Comme l'expert-comptable, la responsabilité de l'auditeur est contractuelle à l'égard de son client (a) et délictuelle à l'égard des tiers (b). En pratique, elle semble très rarement mise en œuvre au regard de la quasi-absence de jurisprudence.

---

d'indemnité de licenciement qu'elle a été uniquement condamnée à verser à son ex -salarié, et qui sont la simple contrepartie de la prestation fournie par celui-ci, prétention d'ailleurs abandonnée par cette société »

3207 Cass. 1re civ., 5 mars 2009, n° 08-11374 : *Bull. civ.* 2009, n° 43 ; *RDC* 2009, p. 1032, note O. DESHAYES ; *Bull. Joly Sociétés* 2009, p. 682, note TH. GRANIER

3208 Cass. com., 10 mars 2007, n° 05-18878 : préc. note 3198 – CA Paris, 19 oct. 2010 : *Bull. Joly Sociétés* 2011, p. 26 note J.-F. BARBIERI

3209 Cass. ass. plén., 6 oct. 2006, n° 05-13255 : *Bull. ass. plén.* 2006, n° 9 ; *D.* 2006, p. 2825, note G. VINEY ; *JCP G* 2006, II, 10181, note M. BILLIAU ; *Rev. Lamy Dr. Civ*. janv. 2007, p. 5, note P. BRUN ; P. ANCEL, « Retour sur l'arrêt d'Ass. plén. Du 6 octobre 2006 à la lumière du droit compare », *in Études offertes à Geneviève Viney*, LGDJ 2008, p. 23 : « *le tiers à un contrat peut invoquer, sur le fondement de la responsabilité délictuelle, un manquement contractuel dès lors que ce manquement lui a causé un dommage* »

3210 Cass. 2e civ., 9 juill. 2009, n° 08-16053 : inédit

a : A l'égard du cocontractant.

458. Une faute. La faute de l'auditeur résulte de l'inexécution de la lettre de mission qui accompagne le contrat d'audit et fixe le cadre de ses obligations[3211]. Par analogie avec la mission de l'expert-comptable[3212], la mission d'audit fait peser sur l'auditeur une obligation de moyen[3213]. La jurisprudence énonce par exemple qu'« *il suffit de constater que* [l'auditeur] *n'a pas mis en œuvre les moyens pour réaliser sa mission, alors que celle-ci était réalisable et a été réalisée pour constater* [qu'il] *n'a pas rempli ses obligations contractuelles* »[3214]. Néanmoins, le contrôle du respect de certaines formalités administratives ou du respect de la législation en vigueur peut faire naitre une obligation de résultat en raison de l'absence d'aléa dans sa réalisation[3215]. La faute de l'auditeur peut résulter, par exemple, d'une surévaluation du stock de la société cible dans le cadre d'une acquisition[3216], ou encore des erreurs d'évaluation et de comptabilisation lors de la réalisation d'un audit comptable indépendant puis du refus de procéder à la correction de ces erreurs[3217], ou enfin de la violation de son obligation d'information et de conseil[3218].

459. Un dommage et un lien de causalité. La responsabilité de l'auditeur étant contractuelle, il « *n'est tenu de réparer que le préjudice prévisible lors du contrat et dans la mesure où ce préjudice est une suite directe et immédiate des fautes contractuelles commises* »[3219]. Ce dommage peut être constitué par exemple par les indemnités dues aux souscripteurs d'un emprunt obligataire en raison du retard de cotation sur un marché[3220] ou encore par la réduction des capacités bénéficiaires et la perte de trésorerie de la société dont le client a pris le contrôle suite à la surévaluation de sa valeur[3221].

3211 C. LEPAGE-JESSUA, *Audit d'environnement*, préc. spéc. p. 151 et s.

3212 V. *supra* n° 453

3213 C. LEPAGE-JESSUA, *Audit d'environnement*, préc., spéc. p. 154

3214 CA Paris, 8 déc. 2006, RG 05/02094 : *JurisData* n° 2006-329838

3215 *JCl. Environnement et Développement durable*, Fasc. 2220, par M-P. MAITRE et I. EMPAIN, spéc. n° 79

3216 T. com. Paris, 9 mai 2000, RG 97/024072 : *JurisData* n° 115784 : « *Attendu que le Cabinet MAZARS avait notamment pour mission d 1 organiser un inventaire des stocks et de vérifier la valorisation de cet inventaire ; attendu que l'expert conclut dans son rapport que le Cabinet MAZARS n'a pas vraiment organisé cet inventaire ; qu'il constate également que les contrôles effectués ont été restreints et que les sondages réalisés, même insuffisants, n'ont pas été exploités ; qu'en outre, des erreurs flagrantes ont été commises dans le contrôle de valorisation* »

3217 CA Paris, 8 déc. 2006, RG 05/02094 : préc. note 3214

3218 *JCl. Environnement et Développement durable*, Fasc. 2220, par M-P. MAITRE et I. EMPAIN, spéc. n° 77

3219 T. com. Paris, 9 mai 2000, RG 97/024072 : préc. note 3216

3220 CA Paris, 8 déc. 2006, RG 05/02094 : préc. note 3214

3221 T. com. Paris, 9 mai 2000, RG 97/024072 : préc. note 3216 : « *Attendu qu'il est raisonnablement prévisible que la société ACTIV aurait renégocié les conditions de la prise de contrôle de la société OCB pour tenir compte non seulement de la diminution de valeur de cette société, mais aussi du manque à gagner résultant de la réduction de capacité bénéficiaire et enfin de la perte de trésorerie destinée à résorber les conséquences financières de cette réduction de capacité financière* »

Le préjudice doit toutefois exister. Ainsi, si le dommage a déjà été partiellement réparé par la mise en jeu d'une clause de garantie de passif, celle-ci viendra réduire les dommages et intérêts dus par l'auditeur[3222]. En outre, la nature strictement contractuelle de la mission de l'auditeur autorise la mise en jeu des éventuelles clauses aménageant la responsabilité de ce dernier : clauses limitatives de responsabilité ou au contraire clauses pénales[3223].

b : A l'égard des tiers

460. Responsabilité délictuelle. Les tiers peuvent se prévaloir de la faute contractuelle de l'auditeur. Néanmoins, en tant que tiers au contrat, ils devront fonder leur action sur l'article 1382 du Code civil. Un arrêt de la Cour d'appel d'Orléans du 29 juin 2009 illustre cette possibilité[3224]. Le directeur d'une maison de retraite avait été licencié suite à la réalisation d'un audit social à la demande de son employeur. L'audit avait en effet révélé que son comportement avait entrainé une grave crise au sein de l'établissement et faisait peser le risque d'une action pour harcèlement moral de la part de certains salariés. Le directeur licencié a formé une action en réparation contre l'auditeur, estimant que le rapport avait été rédigé « *contrairement aux règles de l'art* ». La Cour d'appel rappelle en premier lieu que pour mettre en cause la responsabilité de l'auditeur, le demandeur devait « *rapporter la preuve d'une faute qui* [lui] *soit imputable et d'un préjudice qui résulterait pour lui de cette faute* ». Puis elle constate que le simple fait d'avoir procédé à l'audit ne peut constituer en soi une faute de l'auditeur, cette demande relevant de la responsabilité du mandant, que l'auditeur avait scrupuleusement respecté les termes de sa lettre de mission, qu'il avait procédé à une enquête objective et qu'aucune faute ne pouvait lui être reprochée. Elle remarque enfin que la décision de licenciement relève du libre choix de l'employeur, commanditaire de l'audit, et de sa responsabilité, le rapport litigieux ayant pu conduire à une tout autre décision.

Si en l'espèce, le demandeur se voit débouter de ses prétentions, une telle décision démontre bien l'usage potentiel que peuvent faire les tiers du rapport d'audit. Ce dernier peut en effet avoir conduit à une décision défavorable pour eux, ou peut avoir influencé leur propre

---

3222 T. com. Paris, 9 mai 2000, RG 97/024072 : préc. note 3216 : « *par la mise en jeu de la garantie consentie par Monsieur WALLET, la valeur de la société OCB a été réduite de 7, 5 MF environ, essentiellement par suppression de la plus grande partie des titres de la société ACTIV émis en rémunération de l'apport ; que cette diminution du capital de la société OCB a donc eu un effet relatif, a augmenté la valeur unitaire des actions de la société ACTIV et a constitué pour cette dernière une indemnisation dépassant de 3, 6 MF environ le préjudice qu'elle a subi du fait de la perte de valeur de la société OCB; qu'elle a donc déjà été en partie indemnisée du manque à gagner et des pertes de trésorerie qu'elle a éprouvées* »

3223 F. LABARTHE, C. NOBLOT, *Le contrat d'entreprise*, préc. spéc. n° 756 et s. p. 432 et s.

3224 CA Orléans, 29 juin 2009, RG n° 08/01222 : *JurisData* n° 2009-379687

décision. On peut par exemple penser, dans ce dernier cas, à l'acquéreur de droits sociaux s'étant fondé sur un audit environnemental, social ou fiscal, commandité par la société cible.

3 : La responsabilité des agences de notation

Depuis 2010, les agences de notation financières sont soumises à des textes spéciaux en matière de responsabilité civile (a). Ces textes ne visent néanmoins que la responsabilité du fait de la violation du règlement communautaire du 16 septembre 2009. Hors ces fautes précisément définies, un retour au droit commun de la responsabilité s'impose. Les agences de notations financières et les agences de notation sociale doivent alors répondre aux mêmes conditions de responsabilité (b).

a : Le principe de responsabilité des agences de notation financière issu du Code monétaire et financier

461. L'intervention législative du 22 octobre 2010. Jusqu'en 2010, malgré les critiques adressées aux agences de notation, celles-ci se trouvaient de fait immunisées contre toute action en responsabilité envers les émetteurs ou les investisseurs[3225]. Le législateur est intervenu pour compléter un règlement communautaire du 16 septembre 2009[3226] et inscrire le principe de la responsabilité des agences de notation dans le Code monétaire et financier. L'article L. 544-5 alinéa 1er dispose que « *les agences de notation de crédit mentionnées à l'article L. 544-4 engagent leur responsabilité délictuelle et quasi délictuelle, tant à l'égard de leurs clients que des tiers, des conséquences dommageables des fautes et manquements par elles commis dans la mise en œuvre des obligations définies dans le règlement (CE) n° 1060 / 2009 du Parlement européen et du Conseil, du 16 septembre 2009, précité* ».

462. Les fautes résultant de la violation du règlement communautaire du 16 septembre 2009. Le législateur communautaire est intervenu en premier lieu pour prévenir le risque de conflit d'intérêts pesant sur l'activité des agences de notation. Ce risque avait déjà été pris en compte par l'International Organization of Securities Commissions, regroupant les régulateurs des principales bourses. L'IOSCO a ainsi publié en 2004 un *Code of conduct fundamentals for credit rating agencies* dont près d'un tiers des dispositions concerne

---

3225 H. DE VAUPLANE, « Pour une responsabilité civile entière des agences de notation », *in Droit bancaire et financier : Mélanges AEDBF-France* V, Banque éd. 2008, p. 449, spéc. p. 449 – A. PRÜM, « Les agences de notation dans la ligne de mire des politiques », *RD bancaire et fin.* 2009, repère 1

3226 Règlement (CE) n° 1060/2009 du Parlement européen et du Conseil du 16 septembre 2009 sur les agences de notation de crédit, modifié par le Règlement (CE) n° 513/2011 du 11 mai 2011 – M. TOUCH, « Les agences de notation de crédit », *RD bancaire et fin.* 2011, dossier 9, spéc. n°6

l'indépendance des agences de rating et la prévention des conflits d'intérêts[3227]. Ces deniers peuvent naitre d'abord du caractère « oligopolistique » de la profession (trois intervenants se partageant l'essentiel du marché). Le risque résulte ensuite du caractère contractuel du lien unissant l'agence à l'émetteur : ce dernier payant le service rendu. Enfin, les agences de notation offrent également à leurs clients un panel de services de conseil et d'analyse qui s'accommode mal avec l'indépendance requise ensuite pour les noter[3228]. En réponse à ces risques, l'article 6 du règlement communautaire de 2009 dispose que les agences de notation doivent prendre « *toute mesure nécessaire pour garantir que l'émission d'une notation de crédit n'est affectée par aucun conflit d'intérêts ni aucune relation commerciale, existants ou potentiels, impliquant l'agence de notation de crédit émettant cette notation, ses dirigeants, ses analystes de notation, ses salariés, toute autre personne physique dont les services sont mis à la disposition ou placés sous le contrôle de l'agence de notation de crédit ou toute personne directement ou indirectement liée à elle par une relation de contrôle* ». L'annexe I du règlement fixe les exigences organisationnelles et opérationnelles censées prévenir tout risque de conflit d'intérêts[3229].

En deuxième lieu, la Communauté européenne pose des exigences de qualité du travail des agences de notation[3230]. Cela passe d'abord par le contrôle de la compétence professionnelle de leur personnel[3231]. Les agences de rating doivent également s'assurer de la qualité des informations qu'elles utilisent[3232], de l'efficacité de leur méthode de notation[3233] et du suivi

---

3227 articles 2.1 et s. du *Code of conduct fundamentals for credit rating agencies* : http://www.iosco.org/library/pubdocs/pdf/IOSCOPD180.pdf

3228 sur les risques de conflit d'intérêts, V. J.-M. MOULIN, « Conflits d'intérêts chez les agences de notation », *Bull. Joly Bourse* 2008, p. 580

3229 I. TCHOTOURIAN, « Règlement (CE) n° 1060/2009 concernant les agences de notation de crédit : vrai réforme ou faux-semblant », *Bull. Joly Bourse* 2010, p. 430, spéc. n° 10 et 11 - J.-M. MOULIN, « le règlement (CE) n° 1060/2009 du 16 septembre 2009 sur les agences de notation de crédit », *JCP E*, 2010, 1522, spéc. n° 16

3230 I. TCHOTOURIAN, « Règlement (CE) n° 1060/2009 concernant les agences de notation de crédit : vrai réforme ou faux-semblant », préc., spéc. n° 12 et 13 - J.-M. MOULIN, « le règlement (CE) n° 1060/2009 du 16 septembre 2009 sur les agences de notation de crédit », préc., spéc. n° 17 et 18

3231 article 7. 1 du règlement (CE) n° 1060/2009 du 16 septembre 2009, modifié par le Règlement (CE) n° 513/2011 du 11 mai 2011 : « *Les agences de notation de crédit veillent à ce que leurs analystes de notation, leurs salariés et toute autre personne physique dont les services sont mis à leur disposition ou placés sous leur contrôle, qui sont directement associés aux activités de notation de crédit, disposent de connaissances et d'une expérience appropriées au regard des tâches qui leur sont assignées* »

3232 article 8. 2 du règlement (CE) n° 1060/2009 du 16 septembre 2009, modifié par le Règlement (CE) n° 513/2011 du 11 mai 2011 : les agences « *adoptent toutes les mesures nécessaires pour garantir que les informations qu'elles utilisent aux fins de l'attribution d'une notation de crédit soient de qualité suffisante et proviennent de sources fiables* »

3233 article 8. 3 du règlement (CE) n° 1060/2009 du 16 septembre 2009, modifié par le Règlement (CE) n° 513/2011 du 11 mai 2011 : « *Les agences de notation de crédit utilisent des méthodes de notation rigoureuses, systématiques, sans discontinuités et pouvant être validées sur la base de données historiques, y compris des contrôles a posteriori* »

dans le temps de celle-ci[3234]. Elles doivent faire preuve de transparence en publiant leur méthodologie de travail[3235].

En dernier lieu, les agences de notation doivent être attentives à la qualité de l'information transmise aux investisseurs[3236]. Elles doivent publier toute notation de crédit ou toute interruption de notation et ses motifs[3237]. Elles doivent différencier les différents types d'instruments financiers notés[3238]. Elles doivent informer les investisseurs, en cas de notation sauvage, du degré de participation de l'entité notée[3239]. Enfin, le règlement encadre la présentation de la notation au public et les informations qui doivent nécessairement l'accompagner (auteur, sources, méthode, date de première publication, qualité des informations utilisées…)[3240].

Dans les trois cas, la violation d'une de ces obligations entraine une faute de contrôle-surveillance. Le conflit d'intérêts constitue une faute de contrôle car il fait naître un doute sur le sérieux de l'appréciation du risque social. De même, le contrôleur doit assurer les destinataires de son contrôle de sa compétence et de la qualité de son travail. Enfin, la faute de contrôle-surveillance peut naitre de l'absence de sanction ou de la sanction inappropriée qui résulte de l'appréciation du risque social. En matière de notation, il s'agit de la transmission d'une note erronée.

L'article L. 544-5 du Code monétaire et financier ne s'applique en principe qu'en cas de violation de l'une de ces obligations. En pratique, il ne semble guère y avoir de fautes susceptibles de lui échapper. Tout préjudice résultant d'un conflit d'intérêts, d'une erreur de notation ou d'une mauvaise information du public sera réparé sur ce fondement.

3234 article 8. 5 du règlement (CE) n° 1060/2009 du 16 septembre 2009, modifié par le Règlement (CE) n° 513/2011 du 11 mai 2011 : « *Les agences de notation de crédit assurent un suivi de leurs notations de crédit et elles réexaminent leurs notations de crédit et leurs méthodes de façon continue et au moins chaque année* »

3235 article 8. 1 du règlement (CE) n° 1060/2009 du 16 septembre 2009, modifié par le Règlement (CE) n° 513/2011 du 11 mai 2011 : « *Les agences de notation de crédit publient les méthodes, modèles et principales hypothèses de notation qu'elles utilisent dans le cadre de leurs activités de notation de crédit* »

3236 I. TCHOTOURIAN, « Règlement (CE) n° 1060/2009 concernant les agences de notation de crédit : vrai réforme ou faux-semblant », préc., spéc. n° 14 et 15

3237 article 10. 1 du règlement (CE) n° 1060/2009 du 16 septembre 2009, modifié par le Règlement (CE) n° 513/2011 du 11 mai 2011 : « *Les agences de notation de crédit publient toute notation de crédit, ainsi que toute décision d'interrompre une notation de crédit, sur une base non sélective et en temps utile. Au cas où il est décidé d'interrompre une notation de crédit, les informations publiées indiquent dûment l'ensemble des motifs de cette décision* »

3238 article 10. 2 du règlement (CE) n° 1060/2009 du 16 septembre 2009, modifié par le Règlement (CE) n° 513/2011 du 11 mai 2011

3239 article 10. 5 du règlement (CE) n° 1060/2009 du 16 septembre 2009, modifié par le Règlement (CE) n° 513/2011 du 11 mai 2011 : « *Lorsqu'une agence de notation de crédit émet une notation de crédit non sollicitée, elle indique de façon bien visible dans celle-ci si l'entité notée ou un tiers lié a participé ou non au processus de notation de crédit et si l'agence de notation de crédit a eu accès aux comptes et autres documents internes pertinents de l'entité notée ou d'un tiers lié. Les notations de crédit non sollicitées sont identifiées en tant que telles* »

3240 annexe I D du règlement (CE) n° 1060/2009 du 16 septembre 2009, modifié par le Règlement (CE) n° 513/2011 du 11 mai 2011

463. Le régime de l'article L. 544-5 du Code monétaire et financier. Cet article s'applique à toutes les agences de notation relevant de l'article 544-4 du même Code, autrement dit à toutes les agences devant être enregistrées par l'AMF en raison de leur installation sur le territoire national[3241].

La faute dans l'établissement de la note d'un émetteur peut lui causer un préjudice particulièrement lourd. Elle risque dans un premier temps de dissuader les investisseurs potentiels de participer à l'émission des titres en cause. Elle risque également d'entrainer la mise en œuvre des différentes clauses des contrats liant l'émetteur à ses financeurs : clause de déchéance du terme, clause de *rating triggers*, alourdissement des garanties mise en œuvre[3242]… L'article 544-5 du Code monétaire et financier a pour singularité de faire référence expressément à la responsabilité délictuelle de l'agence de rating envers son client[3243]. Cela semble paradoxal. Si l'émetteur est qualifié de client, c'est bien parce que le lien juridique qui l'unit avec l'agence est issu du contrat et non d'un fait juridique. Mathias Audit justifie cette responsabilité délictuelle en relevant que l'article 544-5 ne vise que la réparation de la violation des dispositions du Règlement communautaire de 2009 et non les obligations issues du contrat. On peut rétorquer que les obligations issues de la volonté du législateur européen ont pour but d'assurer la qualité de la notation, objet même du contrat liant l'agence et l'émetteur. Elles visent également à prévenir les éventuels conflits d'intérêts, autrement dit à assurer l'exécution de bonne foi de l'obligation de l'agence. La violation du Règlement 1060/2009 emporte donc nécessairement violation du contrat de notation. D'ailleurs, les articles 544-5 puis 544-6 visent ensuite expressément les éventuelles clauses contractuelles exclusives de responsabilité et attributives de juridiction en les excluant. La loi ne vise pas les clauses limitatives de responsabilité qui, elles, restent parfaitement valables[3244]. La rédaction de l'article 544-5 du Code monétaire résulte donc sans doute d'une erreur de la part du législateur : la responsabilité de l'agence est contractuelle vis-à-vis de l'émetteur, et délictuelle envers les tiers[3245].

L'émetteur devra donc nécessairement prouver la faute, le dommage et le lien de causalité. La note attribuée ne constitue qu'une probabilité de défaut. L'aléa qui l'entoure interdit d'y

---

3241 M. AUDIT, « Aspects internationaux de la responsabilité des agences de notation », *Rev. crit. DIP* 2011, p. 581, spéc. n° 18 p. 589

3242 V. *supra* n° 230

3243 article 544-5 du Code monétaire et financier : « *les agences de notation de crédit mentionnées à l'article L. 544-4 engagent leur responsabilité délictuelle et quasi délictuelle, tant à l'égard de leurs clients que des tiers* »

3244 M. AUDIT, « Aspects internationaux de la responsabilité des agences de notation », préc., spéc. n° 43 p. 599

3245 C. THEPOT, « L'encadrement légal de l'activité des agences de notation par la loi de régulation bancaire et financière », *LPA* 16 déc. 2010, p. 26

voir une obligation de résultat. Il s'agit donc d'une obligation de moyens dont la preuve pèse sur le client de l'agence[3246]. De même, le dommage réparable se limitera au préjudice prévisible. Là encore, l'agence de notation ignore généralement l'utilisation contractuelle de la note par son client, ou en tout cas, les termes exacts de ses engagements. Les dommages résultants de la mise en œuvre de clauses de *rating trigger* ou de stipulations alourdissant la charge du débiteur ne pourront pas être mis à la charge de l'agence[3247]. Enfin, le lien de causalité sera également souvent difficile à prouver[3248] et le législateur en a lui-même conscience[3249].

S'agissant de la responsabilité des agences envers les tiers, la loi renvoie à la responsabilité délictuelle sans autre précision. Le droit commun s'applique donc.

b : La responsabilité de droit commun des agences de notation du fait de leur contrôle-surveillance

464. La responsabilité contractuelle envers le client. Le droit commun de la responsabilité contractuelle s'applique aux agences de notation financière pour toutes les fautes de contrôle-surveillance ne relevant pas du Règlement communautaire de 2009[3250] et aux agences de notation sociale dont la responsabilité n'est encadrée par aucun texte spécial. Le contrat de notation constitue un contrat d'entreprise[3251]. Les règles relatives à la responsabilité des auditeurs vues précédemment ont donc vocation à s'appliquer[3252]. Toutes les clauses contractuelles limitatives ou exclusives de responsabilité ont vocation à s'appliquer. De même que les clauses attributives de compétence[3253]. Or les contrats de notation contiennent de nombreuses dispositions visant à minimiser le risque de voir engagée la responsabilité des agences. Parmi elles, on peut notamment relever les clauses obligeant le client à une participation active et volontaire dans la fourniture d'information. Une action de

---

3246 F. LECLERC, « La responsabilité des agences de notation », *in La notation d'entreprises*, G. VIRASSAMY (dir.), L'Harmattan 2010, p. 129, spéc. p. 152 et s.

3247 C. THEPOT, « L'encadrement légal de l'activité des agences de notation par la loi de régulation bancaire et financière », préc., p. 26

3248 I. TCHOTOURIAN, « Agence de notation : encadrement et responsabilité », *Bull. Joly Bourse* 2011, p. 119, spéc. n° 12

3249 PH. MARINI, *Rapport Sénat n° 703 au nom de la commission des finances sur le projet de loi de régulation bancaire et financière*, spéc. p. 137 : « *les cas dans lesquels le régime de responsabilité pour faute fondé sur l'article L. 544-5 pourra être invoqué avec succès seront sans doute rares mais pas inexistants. Cet article constitue cependant un signal important à destination des agences de notation, qui complète utilement les dispositions du règlement européen* »

3250 C. THEPOT, « L'encadrement légal de l'activité des agences de notation par la loi de régulation bancaire et financière », préc., p. 26 : l'auteur cite par exemple le retard de notation

3251 B. QUENTIN, « Les agences de notation », *RD bancaire et fin.* 2004, p. 465, spéc. p. 466 – B. DONDERO, M. HASCKE-DOURNAUX et S. SYLVESTRE, « Les agences de notation », *Actes prat. ing. sociétaire* 2004, p. 5, spéc. p. 17 - J.-P. MATTOUT et S. MOULY, « La notation », préc., spéc. p. 454

3252 V. *supra* n° 458 et s.

3253 M. AUDIT, « Aspects internationaux de la responsabilité des agences de notation », préc., spéc. n° 40 p. 597

sa part pourrait alors se retourner contre lui s'il a failli à sa propre obligation. On peut également noter les clauses mettant l'accent sur le caractère relatif de la note établie qui ne constitue qu'une opinion et ne saurait s'analyser comme une donnée objective[3254]. Ces deux stipulations rendent difficile la preuve du défaut de l'agence. Il en ira de même s'agissant de la preuve du lien de causalité entre cette faute et le dommage[3255].

465. La responsabilité délictuelle envers les tiers. La responsabilité des agences de notation financière et sociale repose sur le droit commun de la responsabilité délictuelle à l'égard des tiers mais également des émetteurs notés sans l'avoir sollicité[3256].

La notation sauvage ne saurait constituer en soi une faute de l'agence de notation. En effet, comme le relève Monsieur Leclerc, la notation relève de la liberté d'opinion et d'information[3257]. La responsabilité de l'agence de rating sera pourtant plus facile à rapporter qu'en cas de notation sollicitée car les clauses contractuelles encadrant cette responsabilité seront inapplicables. En outre, l'agence ne pourra pas se retrancher derrière le manque d'information pour expliquer une sur-notation hasardeuse, sa cible n'ayant aucune obligation de collaborer avec elle. Le Règlement CE n° 1060/2009, modifié par le Règlement (CE) n° 513/2011 du 11 mai 2011, a d'ailleurs renforcé l'obligation d'information pesant sur les agences de notation à l'égard des investisseurs en matière de notation sauvage[3258]. Ce manque d'information ne saurait non plus justifier une sous-notation par excès de prudence au risque de se voir reprocher une faute d'abstention[3259]. La Cour de cassation a en effet eu l'occasion d'énoncer dans la célèbre affaire Branly que « *la faute prévue par les art. 1382 et 1383 peut consister aussi bien dans une abstention que dans un acte positif ; que l'abstention, même non dictée par la malice et l'intention de nuire, engage la responsabilité de son auteur lorsque le fait omis devait être accompli en vertu d'une obligation légale, réglementaire ou conventionnelle, soit aussi, dans l'ordre professionnel* […] *en vertu des exigences d'une information objective* »[3260].

S'agissant des tiers investisseurs, ils se trouvent dans la même position que les victimes d'un auditeur[3261]. Aucune clause contractuelle ne leur est opposable. La faute de l'agence

---

3254 F. LECLERC, « La responsabilité des agences de notation », préc., spéc. p. 140 et s.

3255 C. THEPOT, « L'encadrement légal de l'activité des agences de notation par la loi de régulation bancaire et financière », préc.

3256 J.-P. MATTOUT et S. MOULY, « La notation », préc., spéc. p. 455 et s.

3257 F. LECLERC, « La responsabilité des agences de notation », préc., spéc. p. 158

3258 article 10. 5 du règlement (CE) n° 1060/2009 du 16 septembre 2009 – V. *supra* n° 462

3259 F. LECLERC, « La responsabilité des agences de notation », préc., spéc. p. 159

3260 Civ. 27 févr. 1951 : *D.* 1951. 329, note H. DESBOIS

3261 V. *supra* n° 460

pourra consister à leur égard en une surévaluation de la note attribuée à l'émetteur[3262]. Cette dernière aura poussé les tiers à investir dans des produits finalement plus risqués que prévu ou aura interdit la mise en œuvre des clauses encadrant le crédit consenti[3263]. On pourrait aussi imaginer que la sous-notation leur cause un préjudice si elle les a conduits à renoncer à un investissement qui finalement se serait révélé intéressant. La preuve de la responsabilité et du dommage subi ne sera pas nécessairement plus facile à rapporter[3264]. Le lien de causalité sera en particulier difficile à prouver car les raisons qui ont conduit un investisseur à choisir tel ou tel titre ne se limitent pas à la seule note obtenue par leur émetteur[3265]. Toutefois, la preuve de la faute de l'agence de notation pourra être facilitée lorsque la note attribuée a fait l'objet d'une dégradation brutale sans que celle-ci soit justifiée par une modification substantielle du milieu économique, social ou environnemental dans lequel évolue l'émetteur[3266].

B : LA RESPONSABILITE CIVILE DU FAIT DU CONTROLE-SURVEILLANCE EFFET DU CONTRAT : LA RESPONSABILITE DU BANQUIER

466. Fondement. La banque étant contractuellement liée à l'égard de son client, c'est sur le fondement de la responsabilité contractuelle qu'elle peut être tenue de réparer le dommage causé à ce dernier (1). Les tiers, quant à eux, doivent fonder leur action sur l'article 1382 du Code civil si l'inexécution contractuelle leur a causé un dommage (2)[3267].

1 : Responsabilité à l'égard du client

467. La violation du devoir de vigilance. Si le banquier n'est pas tenu de s'immiscer dans les affaires de son client[3268], on peut toutefois lui reprocher de ne pas avoir exercé un minimum de surveillance sur ses opérations afin de lui apporter les conseils et mises en garde les plus appropriés[3269]. Sur ce fondement, on peut par exemple lui reprocher de ne pas avoir vérifié les pouvoirs de la personne se présentant comme mandataire social, ce qui a permis à

3262 F. LECLERC, « La responsabilité des agences de notation », préc., spéc. p. 160

3263 C. THEPOT, « L'encadrement légal de l'activité des agences de notation par la loi de régulation bancaire et financière », préc.

3264 A. COURET, « Les agences de notation : observations sur un angle mort de la réglementation », préc., spéc. n° 15 p. 771

3265 J.-P. MATTOUT et S. MOULY, « La notation », préc., spéc. p. 457 - I. TCHOTOURIAN, « Agence de notation : encadrement et responsabilité », *Bull. Joly Bourse* 2011, p. 119, spéc. n° 12 - C. LECLERC, « La responsabilité des agences de notation », préc., spéc. p. 161

3266 B. DONDERO, M. HASCKE-DOURNAUX et S. SYLVESTRE, « Les agences de notation », préc., spéc. p. 24

3267 TH. BONNEAU, *Droit bancaire*, préc., spéc. n° 735, p. 603

3268 V. *supra* n° 249

3269 TH. BONNEAU, *Droit bancaire*, préc., spéc. n° 408 et s. , p. 338 et s.

cette dernière de commettre des détournements de fonds au détriment de la société cliente[3270]. Le banquier engage également sa responsabilité lorsqu'il n'informe pas son client des opérations douteuses faisant craindre d'éventuels détournements de fonds par l'un de ses salariés[3271].

De même, lorsqu'il propose à son client emprunteur une assurance, le banquier « *est tenu de l'éclairer sur l'adéquation des risques couverts à sa situation personnelle* »[3272]. Il doit également tenir compte des compétences professionnelles de son client afin de le mettre en garde lorsque celui-ci se prête à certaines opérations spéculatives[3273]. Cela fait donc peser sur le banquier une obligation de contrôle-surveillance de son client et celui-ci peut se prévaloir d'une faute dans cette obligation de contrôle. Le préjudice qui en découlera sera constitué par la perte de chance de ne pas contracter[3274] ou d'éviter un risque[3275].

468. La responsabilité du fait de l'octroi d'un crédit. L'octroi d'un crédit inconsidéré au regard des capacités de remboursement de son client est source de responsabilité pour le banquier[3276]. Cette sanction se fonde sur son devoir de mise en garde[3277]. Le banquier est donc tenu de s'informer sur la situation de l'emprunteur. Il commet une faute s'il ne met pas en

---

3270 Cass. com., 27 mai 2008, n° 07-15132 : *Bull. civ.* 2008, n° 105 ; *Banque et droit* 2008, n° 120, p. 14 note TH. BONNEAU et p. 44, note M. STORCK ; *Bull. Joly Sociétés* 2008, p. 667, note J. F. BARBIERI : « *il appartient à la banque, tant lors de l'ouverture du compte bancaire d'une personne morale que, le cas échéant, en cours de fonctionnement à l'occasion du changement de mandataire, de vérifier la conformité des pouvoirs de ses représentants à la loi et aux statuts de cette personne morale* »

3271 Cass. com., 11 janv. 1983, n° 81-14155 préc. note 1792 - Cass. 2e civ., 5 mai 1975, n° 73-12166 : préc. note 1792 :

3272 Cass. ass. plén., 2 mars 2007, n° 06-15267 : préc. note 1803 - Cass. 2e civ., 20 mars 2008, n° 07-10378 : *Banque et droit* 2008, n° 120, p. 17, note TH. BONNEAU - Cass. 2e civ., 2 oct. 2008, n° 07-15276 et 07-16018 : *Bull. civ.* 2008, n° 201 et 202 ; *Banque et droit* 2008 n° 122, p. 22, note TH. BONNEAU ; *JCP E* 2008, 2425, note D. LEGEAIS - Cass. 1re civ., 22 janv. 2009, n° 07-19867 : *Banque et droit* 2009 n° 125, p. 24, note TH. BONNEAU ; *JCP G* 2009, Il, 10055, note DUPONT - Cass. 2e civ., 3 sept. 2009, n° 08-13952 : *Banque et droit* 2009, n° 128, p. 39 note TH. BONNEAU – Cass. com., 22 sept. 2009, n° 08-18141 : *Banque et droit* 2009, n° 128, p. 39 note TH. BONNEAU – Cass. 2e civ., 13 janv. 2011, n° 10-30009 : *Banque et droit* 2011, n° 136, p. 27, note TH. BONNEAU – Cass. 2e civ., 7 avr. 2001, n° 10-17221, *Resp. civ. et assur.* 2011, comm 269 - Cass. com., 31 mai 2011, n° 10-20043 : *RD bancaire et fin.* juill. 2011, p. 40, note J. DJOUDI - Cass. com., 10 mai 2012, n° 11-15206 : *RD bancaire et fin.* juill. 2012, p. 46, note J. DJOUDI

3273 article L. 533-13 I du Code monétaire et financier – article 321-46 al. 1er du règlement général de l'AMF

3274 Cass. com., 13 sept. 2011, n° 10-20644 : *Banque et droit* 2011, n° 140, p. 20, note TH. BONNEAU ; *RD bancaire et fin.* 2011, comm. 204, note J. DJOUDI : « *le préjudice né du manquement par une banque à son obligation d'éclairer sur l'adéquation de l'opération proposée à la situation personnelle de son client s'analyse en une perte de chance de ne pas contracter, laquelle ne peut qu'être mesurée à la chance perdue et ne peut être égale à l'avantage qu'aurait procuré cette chance si elle s'était réalisée* »

3275 Cass. com., 9 avril 2002, n° 97-13093 : inédit : « *mais attendu qu'ayant retenu que le Crédit lyonnais avait manqué à son obligation d'éclairer les époux Y... sur les risques éventuels résultant de leur choix d'effectuer des opérations spéculatives sur le marché boursier à règlement mensuel, dès lors que ceux-ci n'en avaient pas connaissance, la cour d'appel en a exactement déduit que cette faute avait seulement privé les intéressés d'une chance d'échapper, par une décision peut-être plus judicieuse, au risque qui s'est finalement réalisé, cette perte de chance constituant un préjudice distinct de celui résultant des opérations réalisées* » - Cass. com., 19 juin 2001, n° 99-11397

3276 TH. BONNEAU, *Droit bancaire*, préc., spéc. n° 737, p. 604 - D. LEGEAIS, « Responsabilité du banquier en matière de crédit », *RD bancaire et fin.* 2010, étude 4 - J. STOUFFLET, « Retour sur la responsabilité du banquier donneur de crédit », *in Etudes de droit commercial à la mémoire de Henry Cabrillac*, Litec 1999, p. 517 - V. LAMANDA, « La responsabilité du banquier dans la délivrance du crédit », *in Mélanges en l'honneur de Daniel Tricot - Professeur, avocat, juge au service du droit des affaires*, Dalloz Litec 2011 , p. 21

3277 V. *supra* n° 250

garde l'emprunteur non averti au regard de ses capacités financières et des risques d'endettement que le prêt concourt à faire peser[3278]. Un arrêt de 2011 a apprécié cette faute au regard du caractère non averti de la société elle-même[3279]. Même si la Cour fait ensuite référence au caractère également « *profane* » de ses associés fondateurs, une telle décision conduit à s'interroger sur ce qui se passerait en cas de reprise d'entreprise par exemple. L'expérience acquise par la société prévaudrait-elle sur l'ignorance de ses nouveaux dirigeants ? Monsieur Dondero, à raison, fait valoir qu'il s'agit surement ici d'une maladresse de rédaction, les juges ayant sans doute voulu insister sur l'incompétence de toutes les personnes parties au contrat[3280]. Le préjudice constitué par la violation du devoir de mise en garde du banquier consiste en une perte de chance de ne pas avoir contracté le prêt risqué[3281].

L'absence de vigilance quant à l'usage que son client entend faire du crédit qui lui est accordé peut également ouvrir droit à dommages et intérêts à l'égard de ce dernier[3282]. La banque est ainsi tenue de le mettre en garde contre la rentabilité insuffisante de l'investissement que le prêt a pour but de réaliser[3283]. La Cour de cassation est allée plus loin

---

3278 Cass. mixte, 29 juin 2007, n° 05-21104 et 06-11673 : préc. note 1799 : « *en se déterminant ainsi, sans préciser si M.X... était un emprunteur non averti et, dans l'affirmative, si, conformément au devoir de mise en garde auquel elle était tenue à son égard lors de la conclusion du contrat, la caisse justifiait avoir satisfait à cette obligation à raison des capacités financières de l'emprunteur et des risques de l'endettement né de l'octroi des prêts, la cour d'appel a privé sa décision de base légale* » - Cass. 1re civ., 30 avril 2009, n° 07-18334 : *JCP E* 2009, 1583, note D. LEGEAIS ; *Banque et droit* 2009, n° 126, p. 20, note TH. BONNEAU ; *RD bancaire et fin.* juill. 2009, p. 44, note F.-J. CREDOT, TH. SAMIN et X. LAGARDE ; *RTD com.* 2009, p. 604, note D. LEGEAIS ; *Dr. et patrimoine* déc. 2009, p. 97, note L. AYNES - Cass. 1re civ., 24 sept. 2009, n° 08-16345 : *LPA* 19 févr. 2010, p. 11, note Y. DAGORNE-LABBE ; *Banque et droit* 2009, n° 128, p. 38, note TH. BONNEAU ; *RD bancaire et fin.* nov. 2009, p. 56, note D. LEGEAIS et A. CERLES ; *Resp. civ. et assur.* 2009, comm. 360

3279 Cass. com., 18 janv. 2011, n° 09-17425 : *Bull. Joly Sociétés* 2010, p. 290, note B. DONDERO : « *Mais attendu que l'arrêt relève que lors de la souscription du prêt, la société, en cours de constitution, n'avait aucune expérience et ses deux associés fondateurs étaient profanes l'un, en matière financière et l'autre, en matière d'économie de la restauration, de sorte qu'ils ne pouvaient, en l'absence de conseils justifiés de la banque, connaître les risques inhérents à cette opération financière si les résultats de la société, dans une activité à risque et fortement fluctuante, ne s'avéraient pas aussi prometteurs que le laissait entrevoir l'analyse financière ;* […]*; qu'ayant ainsi fait ressortir que la société était un emprunteur non averti et que, lors de la souscription de ce prêt in fine manifestement inadapté, la banque lui a fait prendre, sans la mettre en garde, un risque financier totalement inutile et excessif, la cour d'appel, qui n'était pas tenue d'entrer dans le détail de l'argumentation des parties, a légalement justifié sa décision* »

3280 B. DONDERO, note sous Cass. com., 18 janv. 2011, n° 09-17425 préc. note 3279

3281 Cass. com., 20 oct. 2009, n° 08-20274 : *Bull. civ.* 2009, n° 127 ; *D.* 2009, p. 2607, note X. DELPECH et p. 2971, note D. HOUTCIEFF ; *JCP E* 2009, 2053, note D. LEGEAIS ; JCP G 2009, 482, note S. PIEDELIEVRE ; *RD bancaire et fin.* janv. 2010, p.39, note D. LEGEAIS ; *RDC* 2010 p. 30, note D. MAZEAUD ; *LPA* 19 févr. 2010, p. 11, note Y. DAGORNE-LABBE : « *le préjudice né du manquement par un établissement de crédit à son obligation de mise en garde s'analyse en la perte d'une chance de ne pas contracter* »

3282 TH. BONNEAU, *Droit bancaire*, préc., spéc. n° 739, p. 611

3283 CA Montpellier, 11 mars 1992 : *JurisData* n° 1992-034148 : « *Qu'il est ainsi démontré par l'acte de vente que les revenus tirés du fonds pendant les trois dernières années d'exploitation avant la cession, ont été très inférieures au montant des annuités du prêt ; que ce fait n'était pas ignoré de la CRCA qui a participé à l'acte, et qui, pour garantir le résultat financier de l'opération à son endroit, a exigé non seulement le nantissement du fonds de commerce à son profit, mais, très exceptionnellement la caution solidaire de la Commune de FANJEAUX à concurrence de 70 % du montant du prêt ; QUE ces garanties appelées à réduire à néant le risque pris par la banque n'en laissent pas moins subsister l'attitude inconsidérée de la banque, parfaitement mise en évidence par le contrat qui fait apparaître 1 'impossibilité pour 1 'emprunteur d'honorer ses engagements irréfléchis ; qu'en consentant dans de semblables conditions, un prêt manifestement voué à l'échec, elle a commis une faute d'imprudence, manqué à son obligation de conseil et pris un risque qui la rend partiellement responsable de son préjudice* »

dans un arrêt de 1993. La banque avait octroyé un prêt à un couple pour la rénovation d'un immeuble via une association spécialisée. Elle avait délivré une partie de la somme sur le compte courant de cette dernière qui par la suite fait faillite sans réaliser les travaux prévus. Les emprunteurs ont demandé réparation à la banque pour faute dans la délivrance des fonds. La Cour d'appel ayant rejeté leur demande, la Cour de cassation casse l'arrêt au motif que « *la banque ne pouvait favoriser, consciemment ou imprudemment, au mépris des termes des contrats de mandat et de prêt, l'utilisation du montant de celui-ci pour d'autres fins que le financement des travaux sur l'immeuble de M. et Mme X..., auquel il était destiné* »[3284].

2 : A l'égard des tiers

469. La violation du devoir de vigilance. La vigilance du banquier doit s'exercer dès l'ouverture du compte par son client. Cette opération pouvant en effet servir de support à toute sorte de malversations préjudiciables aux tiers. La jurisprudence, au visa de l'article 1382 du Code civil, a ainsi reproché à un banquier sa négligence « *pour avoir ouvert sans précaution suffisante le compte sur lequel l'auteur du détournement avait encaissé le chèque litigieux* »[3285]. Il doit donc vérifier l'identité et le domicile de son client[3286]. On pourra engager sa responsabilité pour ne pas avoir procédé à des investigations plus poussées pour s'assurer, en cas de doute, de leur réalité[3287]. Lorsque le client est une société en formation, la jurisprudence semble en outre faire peser sur le banquier l'obligation de s'assurer que le processus de constitution a de bonnes chances d'arriver à son terme[3288]. Enfin, si malgré tout

---

3284 Cass. com., 18 mai 1993, n° 91-16700 : *Bull. civ.* 1993, n° 190 ; *D.* 1993, p. 609, note A. BENABENT ; *RTD com*. 1994, p. 84, note M. CABRILLAC et B. TEYSSIE

3285 Cass. com., 23 juin 2004, n° 02-17789 : *RD bancaire et fin.* 2004, p. 400, note F.-J. CREDOT et Y. GERARD ; *D*. 2004, p. 2373

3286 article R. 312-2 du Code monétaire et financier

3287 Cass. com., 8 nov. 2005, n° 04-11307 : *Resp. civ. et assur.* mars 2006, p. 14 : « *Attendu qu'en statuant ainsi alors qu'il résultait de ses constatations que le client n'avait produit, pour justifier de son domicile, que le contrat d'abonnement qu'il venait de souscrire auprès des services EDF, que l'adresse qu'il annonçait n'était pas celle figurant sur la carte d'identité produite et que les deux spécimens de signature qu'il avait déposés ne présentaient qu'une certaine similitude avec la signature figurant sur le document d'identité et n'étaient pas non plus parfaitement identiques entre eux, ce dont elle devait déduire, qu'eu égard à cette conjonction de circonstances, des précautions particulières s'imposaient et qu'avant l'ouverture du compte, le banquier aurait dû, tout particulièrement, procéder à des investigations complémentaires en vue de s'assurer de l'exactitude du domicile déclaré que la seule pièce produite, établie sur la base des indications de l'intéressé, était insuffisante à établir, la cour d'appel a violé le texte susvisé* »

3288 Cass. com., 15 janv. 1980, n° 78-11691 : *Bull. civ.* 1980, n° 18 ; *D.* 1980, inf. rap. p. 433, note VASSEUR ; *RTD com.* 1980, p. 123, note CABRILLAC et RIVES-LANGE ; *JCP G* 1981, I, 3048, n° 25, par C. GAVALDA et J. STOUFFLET : « *mais attendu que la cour d'appel, devant laquelle, contrairement aux allégations du pourvoi, le Comptoir a invoqué le fait que la CRCAMC avait, au mépris de la réalité, fourni des renseignements satisfaisants sur la Sofal et le fait qu'il avait été avise avec un grand retard du non-paiement des chèques, a relevé que la CRCAMC avait délivré les chéquiers sous l'intitule Sarl Sofal alors que cette société n'était pas encore constituée et ne pouvait justifier de son immatriculation au registre du commerce, que la CRCAMC s'était contentée d'une copie des statuts sous seings prives d'une société au capital de 20 000 francs, composée de deux ressortissants italiens dont les adresses à Nice et à Tunis se sont révélées fausses et d'un extrait de journal d'annonces légales indiquant que la société "serait" immatriculée au registre du commerce, que la CRCAMC ne justifiait pas du dépôt de la somme de 20 000 francs que les futurs associés auraient*

le client semble suspect, le banquier doit être d'autant plus vigilant sur le fonctionnement ultérieur du compte[3289].

Dans tous les cas, le fonctionnement du compte doit aussi faire l'objet d'un minimum de contrôle de la part de la banque et peut engager sa responsabilité. Elle commet ainsi une faute en encaissant des chèques au profit de son client alors que « *le fonctionnement du compte de la société* […], *qui présentait des mouvements très nombreux sans justification apparente et des virements de sommes ainsi créditées sur des comptes étrangers, ouverts en Suisse ou aux Bahamas, ne pouvait qu'attirer l'attention, s'agissant d'opérations qui font nécessairement l'objet d'une surveillance accrue* »[3290]. De même, au moment de la délivrance d'un chéquier, elle est tenue d'un minimum de vigilance quant au risque de défaut d'approvisionnement du compte[3291]. En cas de faute de vigilance, la banque doit réparer le dommage causé aux tiers : il s'agira généralement des sommes restées impayées en raison de l'insolvabilité du client[3292].

470. La responsabilité du fait de l'octroi d'un crédit. Par principe, la loi dégage la banque de toute responsabilité en cas soutien financier à une entreprise en difficulté. L'article L. 650-1 du Code de commerce, instauré par la Loi de sauvegarde des entreprises de 2005, dispose que « *lorsqu'une procédure de sauvegarde, de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire est ouverte, les créanciers ne peuvent être tenus pour responsables des préjudices subis du fait des concours consentis* ». Cette exonération de responsabilité n'est écartée qu'en cas « *de fraude, d'immixtion caractérisée dans la gestion du débiteur ou si les*

---

effectué dans ses caisses, qu'elle ne produisait pas d'extrait du compte ouvert à la Sofal faisant apparaitre une activité quelconque de cette société et ne fournissait aucun élément d'appréciation sur les activités antérieures ou les références des futurs associés qui ont disparu sans laisser d'adresse, qu'au contraire, c'était au vu des renseignements erronés donnés par l'agence de Borgo, par le canal de la caisse de Sisteron, renseignements dont la CRCAMC ne déniait pas la fausseté, que le Comptoir avait été conduit à nouer des relations commerciales avec la Sofal, qu'enfin, le Comptoir n'avait été prévenu, par téléphone, du rejet des chèques, que le 14 août 1975 pour les deux premiers et le 21 aout 1975 pour les deux autres ; qu'en l'état de ces constatations, la cour d'appel, qui a répondu sans les dénaturer aux conclusions invoquées, qui n'a pas statué sur des moyens soulevés d'office et qui n'a pas renversé la charge de la preuve en appréciant la portée de l'ensemble des éléments de preuve à elle soumis, a pu décider que la CRCAMC avait commis a l'égard du Comptoir des fautes engageant sa responsabilité »

3289 Cass. 1re civ., 2 nov. 2005, n° 03-10909 : *Bull. civ.* 2005, n° 400 ; *RDC* 2006, p. 826, note S. CARVAL ; *Banque et droit* 2006, n° 106, p. 66, note TH. BONNEAU ; *JCP E* 2006, 1850, note SALGUEIRO ; *D.* 2006, p. 62, note V. AVENA-ROBARDET : « *Attendu, cependant, que la cour d'appel avait constaté que, pour l'ouverture du compte litigieux, M. Y... avait présenté une carte d'identité périmée portant une adresse différente de celle qu'il déclarait être la sienne et que le banque San Paolo ne justifiait pas avoir vérifié l'exactitude de cette indication, ce dont il résultait qu'il lui incombait de faire preuve d'une vigilance particulière relativement au fonctionnement du compte litigieux* »

3290 Cass. com., 22 nov. 2011, n° 10-30101 : *Bull. civ.* 2011, IV ; *Rev. Lamy dr. aff.* janv. 2012, p. 34, note D. CHEMIN-BOMBEN et févr. 2012, p. 32, note S. PIEDELIEVRE ; *JCP G* 2012, 105, note J. LASSERRE CAPDEVILLE ; *Rev. Banque*, janv. 2012, p. 73, note J.-L. GUILLOT et P.-Y. BERARD ; *D.* 2011, p. 2924, note X. DELPECH ; *Banque et droit* 2012, n° 142, p. 19, note TH. BONNEAU

3291 Cass. com., 18 juin 1985, n° 84-13052 : préc. note 1751 : « *mais attendu, d'une part, que l'arrêt a relevé à l'encontre de la banque, non pas qu'elle avait mal contrôlé les mouvements de fonds de la société en formation, leur origine et leur utilisation, mais qu'elle avait délivré à M. Z... des chèques alors qu'en raison des circonstances de l'espèce et notamment de sa connaissance du marché, elle ne pouvait ignorer que les chèques seraient sans provision ; qu'en l'état de cette constatation, la cour d'appel a pu retenir que la banque avait commis une faute* »

3292 Cass. com., 18 juin 1985, n° 84-13052 : préc. note 1751

garanties prises en contrepartie de ces concours sont disproportionnées à ceux-ci »[3293]. Comme l'explique Monsieur Bonneau, il faut entendre ici l'immixtion dans un sens beaucoup plus large que la gestion de fait. Elle peut n'être que ponctuelle[3294]. Désormais, les tiers ne peuvent plus reprocher au banquier l'octroi d'un crédit inconsidéré à leur débiteur puisqu'une telle faute ne figure pas dans les exceptions expressément retenues par la loi[3295].

La responsabilité de la banque peut toutefois être engagée à l'égard des tiers lorsqu'elle n'a pas respecté l'affectation du prêt telle qu'elle était prévue au contrat. Cette solution a été consacrée dans un arrêt de 1978. Une SCI avait bénéficié d'un prêt pour une opération de construction immobilière. La banque avait demandé à l'architecte la renonciation à son privilège. En contrepartie, la société « *devait lui justifier de l'affectation des demandes de fonds à la réalisation de l'opération immobilière* ». L'architecte n'ayant pas été payé, il engage la responsabilité de banque. Celle-ci est retenu car « *la banque ayant ainsi tous pouvoirs de contrôle de l'opération et de disposition des fonds, devait s'assurer que les sommes par elle versées étaient bien destinées à la construction et ne créditer la société civile immobilière que dans la mesure où étaient réglées les créances des prestations fournies pour l'édification de ladite construction* ». En ayant laissé la gérante et le principal associé opérer des retraits importants sur le compte, la banque avait manqué à son obligation de vigilance et commis une faute[3296]. Evidemment, une telle obligation ne pèse sur le banquier que si le contrat de prêt prévoit expressément l'affectation des fonds[3297]. En outre, les tiers ne peuvent se prévaloir d'une clause d'affectation lorsque celle-ci n'était prévue que dans l'intérêt exclusif du prêteur[3298].

3293 article L. 650-1 du Code de commerce

3294 TH. BONNEAU, *Droit bancaire*, préc., spéc. n° 737, p. 606

3295 V. FORRAY, « Commentaire complémentaire de l'article L. 650-1 du Code de commerce », *RTD com.* 2008, p. 661, spéc. p. 662

3296 Cass. 3e civ., 15 févr. 1978, n° 76-12417 : *Bull. civ.* 1978, n° 82 ; *D.* 1978, inf. rap. p. 416, note M. VASSEUR – Cass. com., 30 nov. 1982, n° 81-14507 : *Bull. civ.* 1982, n° 384 ; *JCP G* 1983, IV, 54 – Cass. 1re civ., 3 mars 1987, n° 85-13230 : *Bull. civ.* 1987, n° 77 ; *D.* 1987, somm. p. 444, note L. AYNES

3297 Cass. com., 15 févr. 2011, n° 10-14912 : inédit « *en l'absence de dispositions légales ou conventionnelles imposant à l'établissement de crédit de surveiller l'affectation des fonds prêtés, il ne peut être reproché à la banque, qui débloque les fonds dans les conditions prévues par l'acte de prêt, le changement d'affectation des fonds prêtés effectué par les emprunteurs* » - Cass. com., 17 juill. 2001, n° 98-18871 : *RD bancaire et fin.* 2001, p. 346, note D. LEGEAIS – Cass. com., 17 mars 2004, n° 01-15969 : *JCP E* 2005, p. 868, note J. STOUFFLET

3298 Cass. com., 20 juin 2006, n° 05-11059 : *Resp. civ. et ass.* 10/2006, p. 17 ; *RTD com.* 2006, p. 649, note D. LEGEAIS ; *RD bancaire et fin.* nov. 2006, p. 13, note TH. SAMIN et F.-J. CREDOT : « *en statuant ainsi alors qu'il n'avait été ni prétendu ni prouvé que les emprunteurs n'auraient pas eu la libre disposition des fonds empruntés hors de tout contrôle du crédit mutuel, que la clause contractuelle faisant référence à la faculté réservée au prêteur de contrôler l'emploi des fonds avait été stipulée dans le seul intérêt de celui-ci et sans caractériser en quoi le comportement de l'établissement de crédit aurait pu être abusif, la cour d'appel a violé* [l'article 1382 du Code civil] » - Cass. com., 27 mars 2001, n° 98-13346 : *Banque et droit* mars-avr. 2002, p. 61, note J.-L. GUILLOT - Cass. 1re civ., 12 déc. 1995, n° 93-20417 : *RD bancaire et fin.* 1996, p. 120, note F.-J. CREDOT et Y. GERARD

CONCLUSION DU CHAPITRE 1

Les fondements sur lesquels repose la responsabilité des contrôlaires et des contrôleurs sont particulièrement variés. Certains répondent de leurs actes sur le fondement de textes spéciaux, tels les directeurs généraux, administrateurs ou commissaires aux comptes, d'autres relèvent du droit commun. S'appliquent alors, soit les règles de la responsabilité contractuelle, pour les contrôleurs contractuels, soit délictuelles comme pour le dirigeant de fait ou les contrôleurs contractuels à l'égard des tiers, soit encore administrative pour les institutions publiques.

Il en résulte des disparités importantes quant à la mise en œuvre de cette responsabilité. Dans certains cas, la faute fait l'objet d'une définition légale, dans d'autres elle relève de la liberté d'appréciation des juges du fond. Le dommage réparable voit également son étendue varier. Il est intégralement réparé lorsqu'il résulte d'une responsabilité légale, délictuelle ou administrative. Il n'est réparé qu'à auteur du préjudice prévisible lorsqu'il repose sur la responsabilité contractuelle. Enfin, même la condition du lien de causalité diffère selon le régime de responsabilité mis en jeu : la responsabilité pour insuffisance d'actif n'exige qu'une causalité partielle pour être mise en jeu.

Ces multiples fondements à la responsabilité du fait du contrôle sont source d'inégalité entre les auteurs du dommage et entre leurs victimes. Pourtant, la source de cette responsabilité résulte finalement toujours d'une même faute et engendre toujours le même type de dommage. Un retour vers une meilleure cohérence de la responsabilité du fait du contrôle serait souhaitable.

CHAPITRE 2 : POUR UNE REVISION DE LA RESPONSABILITE DU FAIT DU CONTROLE

471. Un régime unique de responsabilité. L'étude des différents régimes de responsabilité des contrôlaires et des contrôleurs de la société démontre la complexité liée à leur multiplicité. Pour ne s'arrêter qu'à la seule responsabilité des dirigeants sociaux, Messieurs Petit et Reinhard dénonçaient déjà en 1997 cette difficulté : « *cette complexité ne s'imposait pas. Il aurait sans doute suffi de s'en remettre aux dispositions du Code civil et de considérer, puisqu'il n'existe pas dans ce domaine d'obligation de résultat, que la responsabilité du dirigeant est dans tous les cas fondée sur une faute et trouve son origine dans l'inexécution d'une obligation de moyens* »[3299]. Effectivement, il est possible de simplifier considérablement le principe de responsabilité, non seulement des dirigeants, mais également de tous les contrôleurs de la société. Une faute, un dommage et un lien de causalité sont les seules conditions nécessaires à sa mise en œuvre. Nous allons voir que ces trois notions peuvent être définies de manière unitaire et s'appliquer à toutes les situations de contrôle, rétablissant de fait l'équilibre entre les obligations pesant sur les différents intervenants dans la vie sociale.

Section 1 : Une identité de faute de contrôle

Section 2 : Une identité de préjudice

Section 3 : Vers une cohérence des régimes

[3299] B. PETIT et Y. REINHARD, « Responsabilité civile des dirigeants », préc., spéc. p. 283

SECTION 1 : UNE IDENTITE DE FAUTE DE CONTROLE

472. La nécessaire faute de contrôle. En matière de contrôle social, il n'existe pas de principe de responsabilité objective, sans faute. L'étude de la responsabilité des différents intervenants, contrôleurs ou contrôlaires, permet d'affirmer ce principe. Le comportement dommageable de ces derniers ne suffit pas en tant que tel à engager leur responsabilité. On ne peut que s'en satisfaire. Il semblerait pour le moins incongru d'admettre une responsabilité sans faute des dirigeants et contrôleurs de la société notamment en raison du principe de libre concurrence. L'activité sociale entraine *de facto* un préjudice aux concurrents de la société, et puisque cette concurrence est recherchée par les principes économiques modernes, on ne saurait en blâmer ses auteurs. La responsabilité civile du fait du contrôle est donc encore à l'abri de l'objectivisation de la responsabilité.

Puisque la responsabilité du fait du contrôle exige la démonstration d'une faute de contrôle, il s'agira dans un premier temps d'étudier cette notion de faute puis dans un second temps de définir précisément les contours de cette faute de contrôle.

Paragraphe 1 : La notion de faute

Paragraphe 2 : La faute de contrôle

PARAGRAPHE 1 : LA NOTION DE FAUTE

A : LA FAUTE DELICTUELLE

473. La difficile définition de la faute civile. Le droit commun de la responsabilité civile trouve son fondement dans l'article 1382 du Code civil qui dispose : « *Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer* ». Cette notion de faute étant absente des trois premiers projets de Code présentés par Cambacérès, la place de cette dernière dans la responsabilité civile ne fait guère de doute. Comme Mazeaud et Tunc, et Madame Grare, il faut reconnaître aux rédacteurs du Code de 1804 la volonté de faire reposer l'obligation de réparation sur l'existence d'une faute de l'auteur du dommage[3300]. Il reste à définir cette faute.

[3300] H. et L. MAZEAUD, par A. TUNC, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, t. I, préc., spéc. n° 45 p. 53 ; C. GRARE, *Recherche sur la cohérence de la responsabilité délictuelle*, préc., spéc. n° 2 p. 2

Parmi les auteurs, ceux qui se sont le plus attachés à l'étude de la faute et à sa défense sont sans doute Messieurs Mazeaud et Tunc dans leur *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*[3301]. A leur suite, il est possible de montrer que les critiques qu'ils adressaient à certaines définitions doctrinales de la faute sont tout à fait recevables en matière de faute de contrôle.

474. Critiques des conceptions restrictives de la faute. La première conception doctrinale erronée de la faute consiste à assimiler cette dernière au lien de causalité. C'est par exemple la proposition de Saleilles[3302]. Selon lui, l'article 1382 du Code civil ne mentionne la faute qu'au moment de désigner le responsable, celui qui devra indemniser : « *Il fallait bien en effet préciser, à côté de la notion du fait fondant le droit à indemnité, la notion de l'auteur responsable ; en d'autres termes, préciser le rapport de causalité qui permettrait de rattacher ce fait à son auteur initial, à celui qui en aura été la cause première* ».

La seconde théorie repose, quant à elle, sur la confusion entre la faute et le préjudice. Apparue en 1927 dans un discours de Leclerc, Procureur général près la Cour de cassation de Belgique, elle consiste à faire de l'atteinte à l'intégrité physique ou patrimoniale la cause de toute réparation, supprimant du même coup la nécessité de la preuve d'une faute[3303].

Si ces théories sont critiquables au regard du droit commun de la responsabilité[3304], elles le sont d'autant plus en droit des sociétés. En ce domaine, il est certain que la faute, le lien de causalité et le préjudice ne se confondent pas. L'autonomie de ces trois notions est par exemple illustrée par l'arrêt de la Cour de cassation du 30 novembre 1993 rendu en matière de responsabilité pour insuffisance d'actif : « *le dirigeant d'une personne morale peut être déclaré responsable sur le fondement de l'article 180 de la loi du 25 janvier 1985 même si la faute de gestion qu'il a commise n'est que l'une des causes de l'insuffisance d'actif et qu'il peut être condamné à supporter la totalité des dettes sociales, même si sa faute n'est à l'origine que d'une partie d'entre elles* »[3305]. Cette décision met en avant la distinction nécessaire entre la faute, le lien de causalité et le préjudice. Ils ne sauraient être confondus. La faute doit toujours exister pour engager la responsabilité de son auteur. Il arrive parfois que la jurisprudence fasse preuve de compréhension à l'égard de la victime en faisant naitre une

---

3301 G. VINEY, « La doctrine de la faute dans l'œuvre de Henri, Léon et Jean Mazeaud », *LPA* 31 août 2006, p. 17 - H. et L. MAZEAUD, par A. TUNC, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, t. I, préc., spéc. n° 383 et s. p. 462 et s.

3302 SALEILLES, *Les accidents du travail et la responsabilité*, Arthur Rousseau éditeur 1897, spéc. n° 27 p. 43

3303 LECLERCQ, *Le conducteur d'une automobile qui tue ou blesse un piéton commet-il un acte illicite ?*, Bruylant 1927, spéc. n° 168

3304 H. et L. MAZEAUD, par A. TUNC, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, t. I, préc., spéc. n° 383 et s. p. 462 et s.

3305 Cass. com., 30 nov. 1993, n° 91-20554 : préc. note 2715

présomption de causalité du simple constat d'une faute et d'un préjudice mais il ne s'agit pas d'assimiler faute et lien de causalité[3306].

Un autre exemple vient confirmer ce raisonnement. L'abus de droit de vote ne peut entrainer la responsabilité de son auteur que s'il s'avère fautif puisque par définition l'exercice du vote en soi est un droit subjectif. L'acte de vote ne peut donc pas se confondre avec le lien de causalité sinon les associés seraient toujours responsables des conséquences dommageables de leurs décisions, ce qui est loin d'être le cas. En outre, l'abus du droit de vote peut être retenu par les magistrats sans pour autant qu'un préjudice en résulte obligatoirement[3307]. Cela démontre encore une fois le caractère autonome de la notion de faute.

475. Définition doctrinale de la faute civile. Classiquement, la définition retenue pour envisager la faute délictuelle est celle de Planiol. La faute serait « *un manquement à une obligation préexistante* »[3308]. Cette définition s'avère pourtant trop imprécise[3309]. La plupart des auteurs s'accordent aujourd'hui pour retenir que la faute s'entend de l'anormalité du comportement[3310]. Cette faute doit s'apprécier « *par la comparaison de la conduite de l'agent avec celle d'un homme normal, prudent et diligent, placé dans les mêmes circonstances extérieures* »[3311]. Madame Bacache-Gibeili relève néanmoins que « *le modèle de référence par rapport auquel s'apprécie l'écart de conduite fautif est celui qui résulte du respect des devoirs et obligations que le droit impose à l'agent* »[3312]. On peut donc retenir, à titre de synthèse, que la faute délictuelle ou quasi délictuelle est définie comme « *une erreur de*

3306 S. MESSAI-BAHRI, *La responsabilité des dirigeants sociaux*, préc., spéc. n° 48 p. 28

3307 Cass. com., 5 mai 1998, n° 96-15383 : préc. note 1181 : après avoir admis l'abus de minorité, la Cour d'appel déboute la société de sa demande de dommages et intérêts. Le Pourvoi est rejeté au motif « *qu'après avoir relevé que l'existence des frais financiers dont faisait état la société SAAM au soutien de sa demande de dommages-intérêts ne résultait pas du refus de M. X... de voter l'augmentation de capital, c'est souverainement que la cour d'appel a considéré que la réalité du préjudice financier invoqué n'était pas établie* »

3308 PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, préc., spéc. n° 863 - du même auteur, « Etudes sur la responsabilité civile », *Rev. crit. légis. et juris.* 1905, p. 283

3309 H. et L. MAZEAUD, par A. TUNC, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, t. I, préc., spéc. n° 392 p. 470 - PH. MALAURIE, L. AYNES et PH. STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, préc., spéc. n° 51 p. 29 - J. FLOUR et J.-L. AUBERT, par E. SAVAUX, *Les obligations*, t. 2, *Le fait juridique*, Sirey 14e éd. 2011, spéc. n° 98 p. 119 - PH. BRUN, *Responsabilité civile extracontractuelle*, préc., spéc. n° 289 p. 183 - G. MARTY et P. RAYNAUD, *Traité de droit civil, Les obligations, t. 1, les sources*, préc., spéc. n° 455 p. 509

3310 PH. MALAURIE, L. AYNES et PH. STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, préc., spéc. n° 55 p. 31 - J. FLOUR et J.-L. AUBERT, par E. SAVAUX, *Les obligations*, t. 2, *Le fait juridique*, préc., spéc. n° 98-1 p. 120 - PH. LE TOURNEAU, *Droit de la responsabilité et des contrat*, préc., spéc. n° 6705 - G. VINEY et P. JOURDAIN, *Les conditions de la responsabilité*, préc., spéc. n° 447 et s., p. 375 et s.

3311 G. MARTY et p. RAYNAUD, *Traité de droit civil, Les obligations, t. 1, les sources*, préc., spéc. n° 465 p. 522

3312 M. BACACHE-GIBEILI, *Traité de droit civil,* t. 5*, Les obligations ; la responsabilité civile extracontractuelle*, préc., spéc. n° 140 p. 153

conduite telle qu'elle n'aurait pas été commise par une personne avisée placée dans les mêmes circonstances « externes » que l'auteur du dommage »[3313].

476. Définitions jurisprudentielles de la faute civile. Le Conseil constitutionnel a reconnu la valeur constitutionnelle du principe de responsabilité pour faute[3314] dans une décision du 22 octobre 1982 : « *Considérant que, nul n'ayant le droit de nuire à autrui, en principe tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer* »[3315]. Cette décision a été confirmée par la suite dans une décision du 9 novembre 1999 : « *l'affirmation de la faculté d'agir en responsabilité met en oeuvre l'exigence constitutionnelle posée par l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, dont il résulte que tout fait quelconque de l'homme qui cause à autrui un dommage oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer* »[3316]. Si l'obligation de réparation repose sur l'atteinte au principe selon lequel un droit s'exerce dans la limite où il ne nuit pas à autrui[3317], cela laisse entendre qu'il y aurait faute dès lors qu'il y aurait atteinte à l'intérêt d'autrui. C'est le dommage qui permet donc d'identifier la faute à l'image de la théorie de Leclercq. Pourtant, le Conseil constitutionnel rappelle que « *le droit français ne comporte, en aucune matière, de régime soustrayant à toute réparation les dommages résultant de fautes civiles imputables à des personnes physiques ou morales de droit privé, quelle que soit la gravité de ces fautes* »[3318]. Ce faisant, il dissocie la question du *quantum* de la réparation de celle de la gravité de la faute. Cette dernière conserve donc toute son autonomie. Il n'est donc pas possible de tirer de cette décision une définition précise de la faute.

La Cour de cassation, quant à elle, n'a jamais donné de définition de la faute délictuelle ou quasi délictuelle. Elle s'arroge pourtant le droit de contrôler la qualification de la faute opérée par les juges du fond. Un arrêt de 1910 dispose que « *si les tribunaux constatent souverainement les faits, il appartient à la Cour de cassation d'apprécier si les faits constatés*

3313 H. et L. MAZEAUD, par A. TUNC, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, t. I, préc., spéc. n° 439 p. 504

3314 sur les limites de ce principe, V. M. BACACHE-GIBEILI, *Traité de droit civil,* t. 5*, Les obligations ; la responsabilité civile extracontractuelle*, préc., spéc. n° 127 et s., p. 140 et s.

3315 Cons. const., déc. 22 oct. 1982, n° 82-144 DC : *D.* 1983, p. 189, note F. LUCHAIRE ; *Gaz. Pal.* 1983, 1, 60, note F. CHABAS ; *RDP* 1983, note L. FAVOREU

3316 Cons. const., déc. 9 nov. 1999, n° 99-419 DC : *JCP G*, III, 20173 ; *JCP G* 2000, I, 261, note B. MATHIEU et M. VERPAUX, et I, 280, note G. VINEY ; *D.* 2000, somm. p. 424, note S. GARNIERI

3317 article IV de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen : « *La liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui : ainsi l'exercice des droits naturels de chaque homme n'a de bornes que celles qui assurent aux autres Membres de la Société, la jouissance de ces mêmes droits* »

3318 Cons. const., déc. 22 oct. 1982, n° 82-144 DC : préc. note 3315

présentent les caractères juridiques de la faute prévue par la loi et engagent la responsabilité de leurs auteurs »[3319].

Il faut s'intéresser aux décisions des juges du fond pour voir apparaître une tentative de définition. La Cour d'appel de Paris énonce ainsi que « *Non définie par ces articles 1382 et 1383 du Code civil, la faute mentionnée peut naître de l'abstention aussi bien que de l'action ; la volonté qui la sous-tend peut exprimer une intention de nuire ou être non intentionnelle et traduire la transgression d'une règle légale ou coutumière, voire de principes professionnels issus de Codes ou d'usages et ne pas être justifiée, notamment par l'exercice non abusif d'un droit ; enfin, toute faute, même légère, ouvre droit à la réparation intégrale du dommage causé mais à ce seul dommage certain, actuel né de la faute* »[3320]. Cette définition reste cependant peu satisfaisante car elle reste attachée à l'existence d'un devoir prédéfini : la loi, la coutume ou les normes professionnelles. Elle est donc trop réductrice au regard du droit commun de la responsabilité.

477. Absence de définition unitaire en droit commun. Il faut, à la suite de nombreux auteurs, se rendre à l'évidence qu'une définition unitaire de la faute civile de droit commun n'est pas possible et peut-être même pas souhaitable car elle enfermerait le juge dans un carcan dont il ne pourrait se défaire[3321]. Nous verrons qu'en matière de faute de contrôle, il n'en va pas de même.

B : LA FAUTE CONTRACTUELLE

478. Critiques de la notion unitaire de faute civile. Pour un certain nombre d'auteurs, la responsabilité contractuelle est un « *faux concept* »[3322]. La sanction de l'inexécution contractuelle ne devrait pas être assimilée à l'obligation de réparation qui pèse sur le « responsable »[3323]. Selon Monsieur Rémy, le Code civil ne fait aucunement référence à une quelconque responsabilité contractuelle[3324]. Les dispositions relatives à l'inexécution

---

3319 Cass. civ., 28 févr. 1910 : *Bull. civ.* 1910, n° 30 ; *GAJ civ.* 2008, t. 2, n°192 p. 347 ; *DP* 1913, 1, p. 43 ; *S.* 1911, 1, p. 329, note G. APPERT - Cass. soc., 22 juill. 1957 : *D.* 1957, p. 674 - Cass. 2e civ., 7 juin 1962 : *D.* 1962, p. 721, note R. SAVATIER - Cass. 2e civ., 25 nov. 1965 : *Gaz. Pal.* 1966, 1, 100 ; *RTD civ.* 1966, p. 295, note R. RODIERE

3320 CA Paris, 30 juin 2006 : *Bull. Joly Sociétés* 2006, p. 594, note D. SCHMIDT

3321 PH. BRUN, *Responsabilité civile extracontractuelle*, préc., spéc. n° 291 p. 184 - J. FLOUR et J.-L. AUBERT, par E. SAVAUX, *Les obligations*, t. 2, *Le fait juridique*, préc., spéc. n° 98 p. 119 - PH. LE TOURNEAU, *Droit de la responsabilité et des contrat*, préc., spéc. n° 6705 - G. VINEY et P. JOURDAIN, *Les conditions de la responsabilité*, préc., spéc. n° 439 et s., p. 361 et s.

3322 PH. REMY, « La « responsabilité contractuelle » : histoire d'un faux concept », *RTD civ.* 1997, p. 323

3323 PH. REMY, « La « responsabilité contractuelle » : histoire d'un faux concept », préc., spéc. n° 48 p. 355 - D. TALLON, « Pourquoi parler de faute contractuelle », *in Hommage à Gérard Cornu - Droit et sagesse*, Dalloz 1994, p. 429, spéc. p. 439 ; et du même auteur « L'inexécution du contrat : pour une autre présentation », *RTD civ.* 1994, p. 223, spéc. n° 47 p. 237 - PH. LE TOURNEAU, *Droit de la responsabilité et des contrat*, préc., spéc. n° 806

3324 PH. REMY, « La « responsabilité contractuelle » : histoire d'un faux concept », préc., spéc. n° 3 et s., p. 325 et s.

contractuelle[3325] se trouvent dans le Code bien avant celles relatives aux « *engagements qui se forment sans convention* »[3326]. Cette organisation interdirait de voir de la part des rédacteurs originels une volonté d'assimiler les deux sources d'obligation : l'inexécution contractuelle ne pourrait pas être un fait générateur de responsabilité et n'emporterait pas novation[3327]. Monsieur Rémy explique ensuite l'origine du concept de responsabilité contractuelle. Ses prémices apparaissent avec l'idée de faute contractuelle. Elle remonte au droit romain et a perduré jusqu'à la rédaction du Code civil dont les auteurs l'ont abandonnée. La doctrine s'y est accrochée pour qui l'inexécution contractuelle devait être assimilée à une faute civile[3328]. C'est à la fin du XIXe siècle seulement que la « responsabilité contractuelle » prend vraiment naissance avec Planiol[3329]. Ce dernier et tous ceux qui se sont rattachés à ses travaux n'auraient été animés que par la volonté de défendre la responsabilité pour faute contre le développement de la théorie du risque et de la théorie de la garantie[3330]. Les opposants à la responsabilité contractuelle nient donc le bien-fondé de cette assimilation. Il n'est pas nécessaire de parler de faute contractuelle car la seule question à se poser est : « *le créancier a-t-il reçu la prestation promise ?* ». Il suffit que l'inexécution soit imputable au débiteur sans qu'il soit nécessaire de s'intéresser au caractère fautif ou non de son comportement[3331]. Cette inexécution, une fois constatée, offre trois remèdes au créancier[3332]. Celui-ci peut dans un premier temps mettre en demeure le débiteur d'exécuter sa prestation, ou se prévaloir de l'exception d'inexécution ou demander la renégociation du contrat. Si cela ne résout pas le problème, le créancier pourra dans un deuxième temps demander l'exécution forcée en nature, ou par équivalent, du contrat ou sa résolution. Enfin, dans un troisième temps, le créancier pourra demander l'octroi de dommages et intérêts si la prestation promise est rendue impossible par le fait du débiteur et pour compenser la perte subie ou le gain manqué[3333]. Cette conception de l'inexécution contractuelle reste pourtant minoritaire au sein de la doctrine.

3325 articles 1136, 1142 et 1146 du Code civil

3326 Titre IV du live troisième du Code civil, articles 1370 et s.

3327 PH. REMY, « La « responsabilité contractuelle » : histoire d'un faux concept », préc., spéc. n° 3 p. 326

3328 DESRAYAUD, « Ecole de l'Exégèse et interprétations doctrinales de l'article 1137 du Code civil », RTD civ. 1993, p. 535, spéc. p. 538 et s. – V. par ex. TOULLIER, *Le droit civil français suivant l'ordre du Code*, t. 6, Paris 1821, n° 232 et s.

3329 V. *infra* n° 479

3330 PH. REMY, « La « responsabilité contractuelle » : histoire d'un faux concept », préc., spéc. n° 11 p. 331

3331 D. TALLON, « Pourquoi parler de faute contractuelle », préc., spéc. p. 437

3332 D. TALLON, « L'inexécution du contrat : pour une autre présentation », préc., spéc. n° 28 et s. p. 232 et s.

3333 PH. REMY, « Observation sur le cumul de la résolution et des dommages et intérêts en cas d'inexécution du contrat », *in Mélanges offerts à Pierre Couvrat : la sanction du droit*, PUF 2001, p. 121

479. L'assimilation de l'inexécution contractuelle à une faute délictuelle ou quasi délictuelle. A la fin du XIXe siècle, Planiol critiquait déjà le caractère artificiel de la distinction entre la faute contractuelle et la faute délictuelle. Selon lui, « *la différence qu'on prétend établir entre les deux espèces de fautes manque entièrement de base ; ce n'est qu'une sorte d'illusion résultant d'un examen superficiel : l'une et l'autre faute créent également une obligation, celle de réparer par une indemnité le dommage causé ; l'une et l'autre supposent également* l'existence d'une obligation antérieure *; l'une et l'autre consistent également en un fait qui est* la violation de cette obligation »[3334].

Les dispositions du Code civil relatives à l'inexécution contractuelle vont dans ce sens. Même si la notion de « responsabilité contractuelle » n'est jamais employée, l'inexécution est toujours sanctionnée par l'octroi de « *dommages et intérêts* » au créancier. Il en est ainsi de l'article 1136 du Code civil : « *L'obligation de donner emporte celle de livrer la chose et de la conserver jusqu'à la livraison, à peine de dommages et intérêts envers le créancier* » ; de l'article 1142 : « *Toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages et intérêts en cas d'inexécution de la part du débiteur* » ; de l'article 1145 : « *Si l'obligation est de ne pas faire, celui qui y contrevient doit des dommages et intérêts par le seul fait de la contravention* » ; et des articles 1146 et suivants de la Section IV du Chapitre III du Titre III du Livre III elle-même intitulée « *Des dommages et intérêts résultant de l'inexécution de l'obligation* ». S'il était nécessaire de démontrer encore le caractère indemnitaire et non exécutoire des dommages et intérêts dus en cas d'inexécution contractuelle, on pourrait encore viser l'article 1153-1 du Code civil instauré par la loi du 5 juillet 1985. Le deuxième alinéa de cet article dispose en effet qu'« *en cas de confirmation pure et simple par le juge d'appel d'une décision allouant une indemnité en réparation d'un dommage, celle-ci porte de plein droit intérêt au taux légal à compter du jugement de première instance* ». On peut ajouter que si le Code civil n'évoque jamais « la responsabilité contractuelle », il est tout autant muet sur « l'exécution forcée » de l'obligation.

La jurisprudence n'est pas en reste. La Cour de cassation utilise fréquemment l'expression « responsabilité contractuelle ». Depuis 2008, sept arrêts publiés au bulletin y font expressément référence[3335]. On peut par exemple citer l'attendu d'un arrêt de la chambre commerciale du 26 mai 2010 qui dispose : « *le régime de la responsabilité du fait des*

3334 PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, t. II, LGDJ, 8e éd. 1921 spéc. n°

3335 Cass. 3e civ., 9 avril 2008, n° 07-10795 : *Bull. civ.* 2008, n° 70 - Cass. 3e civ., 18 juin 2008, n° 07-12977 : *Bull. civ.* 2008, n° 106 – Cass. 2e civ., 6 nov. 2008, n° 07-17398 : *Bull. civ.* 2008, n° 234 – Cass. 3e civ., 4 juin 2009, n° 08-13239 : *Bull. civ.* 2009, n° 130 – Cass. 3e civ., 8 sept. 2009, n° 08-17336 : *Bull. civ.* 2009, n° 179 – Cass. com., 26 mai 2010, n° 08-18545 : *Bull. civ.* 2010, n° 99 – Cass. 3e civ., 30 nov. 2011, n° 09-70345 : *Bull. civ.* 2011

produits défectueux exclut l'application d'autres régimes de responsabilité contractuelle ou extracontractuelle de droit commun fondés sur le défaut d'un produit qui n'offre pas la sécurité à laquelle on peut légitimement s'attendre, à l'exception de la responsabilité pour faute et de la garantie des vices cachés »[3336]. Les magistrats n'hésitent pas non plus à employer la notion de « faute contractuelle ». La jurisprudence est encore une fois fournie. Certains arrêts y font référence pour qualifier l'inexécution. Une décision du 21 mars 2001, rendue au visa de l'article 1147 du Code civil, dispose ainsi que « *le vendeur d'un fonds qui affirme faussement dans l'acte de vente qu'il n'a constitué sur ledit fonds aucune servitude et qu'il n'en existe pas à sa connaissance, commet une faute contractuelle dont il doit réparation* »[3337]. D'autres fois, la Cour de cassation rappelle les conditions de la responsabilité contractuelle par exemple en énonçant qu'« *une faute contractuelle n'implique pas nécessairement par elle-même l'existence d'un dommage en relation de cause à effet avec cette faute* »[3338]. Enfin, la jurisprudence admet aujourd'hui que l'inexécution contractuelle puisse constituer une faute délictuelle à l'égard des tiers. Dans un arrêt de 1997, la Cour de cassation avait disposé que « *si la faute contractuelle d'un mandataire à l'égard de son mandant peut être qualifiée de faute quasi délictuelle à l'égard d'un tiers, c'est à la condition qu'elle constitue aussi la violation d'une obligation générale de prudence et diligence* »[3339]. Cette solution a ensuite été étendue. En 2006, l'assemblée plénière de la Cour de cassation énonce que « *le tiers à un contrat peut invoquer, sur le fondement de la responsabilité délictuelle, un manquement contractuel dès lors que ce manquement lui a causé un dommage* »[3340]. Le « *manquement contractuel* » doit bien être assimilé à une faute puisqu'il s'agit d'une condition *sine qua non* de la responsabilité délictuelle[3341]. La doctrine va

---

3336 Cass. com., 26 mai 2010, n° 08-18545 : préc. note 3335

3337 Cass. 3e civ., 21 mars 2001, n° 99-10913 : *Bull. civ.* 2001, n° 38 ; *Dr. et patrimoine* nov. 2001, p. 105, note F. MACORIG-VENIER ; *JCP G* 2001, p. 1987, note H. PERINET-MARQUET – Cass. 2e civ., 8 févr. 2006, n° 05-16031 : *Bull. civ.* II, n° 40 ; *Resp. civ. et assur.* avr. 2006, p. 5, note H. GROUTEL : « *l'assureur qui, en présence d'une clause d'exclusion de garantie fondée sur le défaut de permis de conduire du conducteur du véhicule assuré, a été contraint d'indemniser les victimes auxquelles une telle clause n'est pas opposable, peut exercer contre l'assuré, à raison de sa faute contractuelle, une action en remboursement pour toutes les sommes qu'il a ainsi payées* »

3338 Cass. 1re civ., 18 nov. 1997, n° 95-19516 : *Bull. civ.* 1997, n° 317 ; *Resp. civ. et assur.* févr. 1998, p. 13 – Cass. crim. 28 sept. 1999, n° 97-82353 : *Bull. crim.* 1999, n° 198 ; *Rev. sc. crim.* 2000, p. 389 – Cass. 3e civ., 3 déc. 2003, n° 02-18033 : *Bull. civ.* 2003, n° 221 ; *RTD civ.* 2004, p. 295, note P. JOURDAIN ; *JCP G* 2003, p. 1627, note G. VINEY ; *Resp. civ. et assur.* mai 2004, p. 18, note H. GROUTEL ; *RDC* 2004, p. 359, note J.-B. SEUBE ; *RDC* 2004, p. 280, note PH. STOFFEL-MUNCK ; *Contrats conc. consom.* mars 2004, p. 15, note L. LEVENEUR - Cass. 2e civ., 11 sept. 2008, n° 07-20857 : *Bull. civ.* 2008, n° 191 ; *Dr. sociétés* 2008, comm. 230, note J. MONNET ; *RDC* 2009 p. 77, note O. DESHAYES

3339 Cass. com., 17 juin 1997, n° 95-14535 : *Bull. civ.* 1997, n° 187 ; *JCP G* 1998, I, 144, note G. VINEY ; *RTD civ.* 1998, p. 113, note P. JOURDAIN – Cass. 1re civ., 16 déc. 1997, n° 95-22321 : *Resp. civ. et assur.* 1998, comm. 98 ; *JCP G* 1998, I, 144, note G. VINEY

3340 Cass. ass. plén., 6 oct. 2006, n° 05-13255 : préc. note 3209

3341 C. OPHELE, « Faute délictuelle et faute contractuelle », *Resp. civ. et assur.* 2003, chron. 21, spéc. n° 2 et s. p. 78 – M. FAURE-ABBAD, *Le fait générateur de la responsabilité contractuelle*, LGDJ 2003, spéc. n° 277 et s., p. 240 et s.

majoritairement dans le même sens et admet généralement l'assimilation des fautes contractuelles et délictuelles. Toutefois, la faute contractuelle n'est pas autre chose que l'inexécution de l'obligation[3342]. En effet, le consentement fait naître l'obligation pour le débiteur d'exécuter sa prestation. L'article 1134 du Code civil dispose que « *les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites.* […] *Elles doivent être exécutées de bonne foi* ». Il revient à celui qui s'engage de s'assurer qu'il sera en mesure d'exécuter son obligation. L'inexécution du contrat révèle bien la violation d'une obligation préexistante et, partant, une faute, quelle qu'en soit sa cause dès lors qu'elle n'est pas excusée par la loi. On peut ajouter que le contrat est plus que la création d'obligations réciproques. Il oblige à un certain comportement (bonne foi, sécurité, loyauté, conseil…) dont la violation est également source de responsabilité[3343].

PARAGRAPHE 2 : LA DEFINITION DE LA FAUTE DE CONTROLE

La faute ouvrant droit à réparation se caractérise par la violation d'une norme de comportement. En matière de contrôle social, ce comportement réside nécessairement dans la prise d'un risque social (A). Ce risque ne sera fautif que s'il est anormal. Cette anormalité est constituée dès lors que le risque pris a été disproportionné au regard de l'intérêt social (B).

A : L'APPRECIATION D'UN RISQUE SOCIAL

La faute de contrôle peut trouver son origine soit dans un acte de gestion autorisé par la loi (1) soit dans un acte illégal (2). L'appréciation du risque social sera évidemment plus simple dans ce second cas car l'acte sera par définition anormal.

1 : L'ACTE DE GESTION LEGAL

480. La prise de risque. La prise de décision présente nécessairement des risques. Ces risques constituent l'un des fondements du contrat de société[3344]. Il s'agit de l'aléa social qui oblige les associés à partager tant les bénéfices que les pertes. S'il n'y a pas de risque de perte, il n'y a pas contrat de société. Les dirigeants ont pour mission de gérer la société, autrement dit de définir le risque social. Or, cette définition « *n'est souvent que l'art de*

3342 P. REMY-CORLAY, « Exécution et réparation : deux concepts ? », *RDC* 2005, p. 13, spéc. p. 26
3343 G. VINEY et P. JOURDAIN, *Les conditions de la responsabilité*, préc. spéc. n° 483 et s., p. 428 et s.
3344 V. supra n° 121 et s.

choisir la moins mauvaise des solutions, sans avoir le temps de beaucoup réfléchir en pesant longuement le pour et le contre »[3345]. On peut même aller plus loin. Le dirigeant doit prendre des risques : « *l'aléa ouvre l'opportunité de profit comme de perte, où s'engouffre le désir de s'enrichir et d'agir. Il n'est pas à récuser, le risque économique est même moteur* »[3346]. Comme l'a démontré Schumpeter, il s'agit d'une condition nécessaire de l'innovation et de l'entrepreneuriat[3347]. L'exercice du mandat social est donc incompatible avec l'absence de risque sous peine d'immobilisme[3348].

La décision fautive n'en est donc pas une par principe. Un même acte pourra être considéré comme normal dans un cas et fautif dans un autre.

481. L'abstention du dirigeant. Que la faute de contrôle soit le fait d'un contrôlaire ou d'un contrôleur, elle trouve toujours son origine dans le comportement du dirigeant, de droit ou de fait, de la société. Elle peut d'abord résulter d'une abstention de sa part. C'est le cas par exemple lorsqu'un dirigeant est sanctionné en raison de « *sa passivité* »[3349], qu'un administrateur provisoire se voit reprocher le défaut de souscription d'une assurance[3350] ou qu'un administrateur judiciaire poursuit un contrat en cours sans s'assurer de pouvoir l'exécuter[3351]. C'est encore le cas lorsque le commissaire aux comptes ne relève pas le défaut de libération de l'augmentation de capital promise[3352], que le commissaire à l'exécution du

---

3345 *JCl. Sociétés Traité*, Fasc. 132-10, par Y. GUYON et B. LE BARS, spéc. n° 46 - Cass. com., 3 avr. 1990, n° 87-44904 : *Rev. sociétés* 1990, p. 625 note Y. GUYON - V. également A. TUNC, « Rapport sur la responsabilité civile des organes de sociétés et les règles générales de la responsabilité civile en droit français », préc., spéc. p. 27

3346 M.-A. FRISON-ROCHE, « L'idée de mesurer l'efficacité économique du droit », *in Mesurer l'efficacité économique du droit*, LGDJ 2005, p. 19, spéc. p. 31

3347 J. SCHUMPETER, *Capitalisme, socialisme et démocratie*, Payot 1990, spéc. p. 113 et s. – Sur « *la reconnaissance des vertus économiques de la liberté de prendre des risques* », V. H. BARBIER, *La liberté de prendre des risques*, PUAM 2010, spéc. p. 87 et s.

3348 S. HADJI-ARTINIAN, *La faute de gestion en droit des sociétés*, Litec 2001, spéc. n° 3

3349 Cass. com., 31 janv. 1995, n° 92-21548 : préc. note 491 : « *Attendu qu'en statuant ainsi, alors qu'ayant accepté les fonctions d'administrateur, M. Y... était tenu à une surveillance et à un contrôle sérieux de l'administration de la société et que l'intérêt limité qu'il avait dans l'affaire ne pouvait justifier sa passivité, la cour d'appel n'a pas tiré les conséquences légales de ses constatations* »

3350 Cass. com., 8 déc. 1992, n° 91-10758 : préc. note 2993 : « *Mais attendu, d'une part, qu'en retenant que la société Studio 18 n'était plus assurée contre l'incendie depuis six mois lors de l'entrée en fonction de M. X..., que celui-ci a attendu encore six autres mois avant de rechercher un assureur, tandis que sa nomination était intervenue précisément pour qu'une saine gestion soit rétablie, la cour d'appel a pu décider que cette négligence constituait une faute en relation directe avec la perte du fonds dont la CMDP supportait les effets ; Attendu, d'autre part, que l'arrêt relève que l'action engagée par la CMDP était fondée sur la responsabilité quasidélictuelle de l'administrateur provisoire ; qu'en retenant que M. X... avait commis une faute ayant causé préjudice à la CMDP, la cour d'appel, qui n'était pas tenue de répondre aux conclusions invoquées, fondées sur un contrat de cautionnement et inopérantes, a légalement justifié sa décision* »

3351 Cass. com., 26 mai 1998, n° 96-15820 : préc. note 3012 : « *Mais attendu que* […] *la société EuroLPA était hors d'état, même partiellement, de s'acquitter du paiement des loyers inhérents au maintien dans les lieux loués et que* [l'administrateur judiciaire] *ne justifiait pas des raisons pour lesquelles il avait attendu, le 9 juin 1989, pour demander sa liquidation; qu'en l'état de ces constatations et appréciations, la cour d'appel, sans encourir le grief de dénaturation, a pu estimer que* [l'administrateur judiciaire] *avait commis une faute engageant sa responsabilité personnelle* »

3352 Cass. req., 9 mars 1942 : préc. note 2927 : « *les commissaires aux comptes, au même titre que les administrateurs, connaissaient ou pouvaient connaître sans difficulté le non versement de l'intégralité de l'augmentation de capital*

plan n'informe pas le tribunal de l'inexécution du plan[3353], ou que l'inspection des installations classées n'empêche pas la poursuite de l'activité d'une société qui ne respecte pas les prescriptions qui lui avaient été imposées[3354].

482. L'action du dirigeant. Plus souvent, la faute naît d'un acte positif de direction du dirigeant. Les exemples sont alors beaucoup plus nombreux[3355]. Si l'on veut en faire une synthèse, on peut relever deux cas de figure. Le premier concerne les actions fautives dont le contrôlaire se rend personnellement responsable et dont doivent également répondre les contrôleurs, complices ou incompétents, qui ne les ont pas révélées. On peut citer le cas du dirigeant qui se lance dans une entreprise sans s'en donner les moyens[3356], qui concurrence sa propre société[3357], qui se montre particulièrement incompétent[3358] ou choisit un délégataire guère plus efficace[3359]. Du côté des contrôleurs, la responsabilité incombera au commissaire

---

social de 1920, dont la libération figurait à tort au bilan de 1921 ; Qu'en l'état de ces constatations la Cour d'appel a pu décider que la responsabilité des commissaires aux comptes de la Banque P… et spécialement de T., était engagée envers la masse »

3353 Cass. com., 3 févr. 2009, n° 08-14740 : préc. note 3029 : « *Mais attendu qu'après avoir relevé que M. X... n'avait pas satisfait aux exigences légales et réglementaires qui lui imposaient d'informer le procureur de la République et le tribunal de l'inexécution du plan et de déposer des rapports annuels, l'arrêt retient que cette carence est sans relation de causalité avec le préjudice invoqué par la société Becton, celle-ci, ayant fait procéder, dès février 1994, à des mesures de saisies, et agi en résolution du plan, le 9 mars 1995, que toute initiative plus précoce du commissaire à l'exécution du plan aurait abouti au même résultat et qu'avant le prononcé de la liquidation judiciaire, elle n'aurait pas perçu plus que ses saisies et initiatives lui ont permis de récupérer ; que par ces seuls motifs faisant ressortir l'absence de lien de causalité entre la faute relevée et le préjudice allégué, la cour d'appel, qui a procédé à la recherche prétendument omise et n'a pas relevé un moyen d'office, a justifié sa décision ; que le moyen n'est pas fondé* »

3354 CAA Versailles, 8 mars 2006, n° 03VE04692 : préc. note 3115 : « *Considérant qu'en s'abstenant, de 1988 à 1994, de faire vérifier par l'inspection des installations classées que la société Lunije respectait les prescriptions qui lui avaient été imposées, notamment pour le stockage et le traitement des eaux résiduaires. alors qu'il avait pu constater le comportement dilatoire de cette société jusqu'en 1988, et en laissant ainsi se poursuivre l'exploitation de cette installation dans des conditions portant une atteinte grave aux intérêts mentionnés à l'article 1er de la loi du 19 juillet 1976 sans faire usage des pouvoirs que lui conféraient les dispositions de cette loi reprises aujourd'hui à l'article L.514-1 du Code de l'environnement, le préfet du Val-d'Oise, alors même qu'aucune plainte contre la société Lunijc n'avait été portée à sa connaissance pendant la période précitée, a commis une faute de nature à engager la responsabilité de l'Etat* »

3355 V. les développements du chapitre précédent

3356 CA Rouen, 20 oct. 1983 : préc. note 2662 : « *le choix, lors de la création de l'entreprise, d'investissements inadaptés ou excessifs, compte tenu de leurs conditions prévisibles de financement, peut, à supposer les faits établis, constituer une faute de gestion ayant contribué à l'insuffisance d'actif* »

3357 Cass. com., 4 mars 1969 : préc. note 2667 : « *qu'ayant enfin constaté que Claude z... avait méconnu ses obligations de gérant de la société en continuant à percevoir son traitement tout en s'occupant des intérêts d'une entreprise concurrente, en contravention aux dispositions des statuts, la cour d'appel a pu retenir à la charge des époux A... le détournement de clientèle allégué* »

3358 Cass. com., 14 mai 1991, n° 89-19081 : préc. note 2669 : « *Mais attendu que, tant par motifs propres qu'adoptés, l'arrêt a retenu que MM. François et Jean-Louis X... qui, en créant au cours de 3 années d'activité de la société une insuffisance d'actif de 13 millions de francs, ont fait preuve d'une totale incompétence, ont malgré une cessation des paiements acquise en mai 1986, poursuivi abusivement l'exploitation déficitaire jusqu'en février 1987, ne procédant au " dépôt de bilan " qu'après avoir été assignés en redressement judiciaire ; qu'en l'état de ces constatations et appréciations, la cour d'appel qui a caractérisé la faute de gestion des dirigeants sociaux et le lien de causalité avec l'insuffisance d'actif constatée, à laquelle cette faute a contribué, n'a fait qu'user des pouvoirs qu'elle tient de l'article 180 de la loi du 25 janvier 1985 en les condamnant au paiement d'une partie des dettes sociales* »

3359 Cass. com., 11 juin 1991, n° 89-20653 : préc. note 3176 : « *Mais attendu que l'arrêt relève que M. X... n'a pas accordé toute son attention à la gestion d'une entreprise naissante et fragile, comptant sur des subventions aléatoires et sur le soutien des banques pour se constituer une trésorerie, qu'il n'était présent au siège de l'entreprise qu'un jour par semaine, déléguant la plupart de ses pouvoirs à des collaborateurs recrutés dans la société en liquidation des biens*

aux comptes qui ne relève pas la présentation irrégulière,[3360] voire frauduleuse, de la comptabilité[3361]. Elle pèse de même sur l'administrateur judiciaire qui laisse le débiteur passer des actes de gestion courante alors que la situation de l'entreprise est irrémédiablement compromise[3362], sur les services de l'Etat qui laissent une banque procéder à une recapitalisation insuffisante qui conduira à sa faillite[3363], sur l'expert-comptable qui ne dénonce pas les manquements relatifs aux procédures de contrôle interne[3364], ou encore sur la

---

dont le fonds de commerce avait été repris et où ils avaient fait preuve, pour le moins, d'une certaine incompétence et que c'est ainsi qu'après 8 mois d'existence à peine, la société dont il était le dirigeant accusait déjà une perte d'exploitation de 2 millions de francs pour un chiffre d'affaires de 14 735 francs en dépit des aides financières allouées et des exonérations de charges sociales obtenues qui représentaient environ 550 000 francs d'économies ; qu'en l'état de ces seules constatations, la cour d'appel a pu décider que M. X... avait commis une faute de gestion ayant contribué à l'insuffisance d'actif »

3360 Cass. com., 6 oct. 1992 : préc. note 2928 : « *Attendu que, pour débouter la société Veuve Le Floch et fils de son action dirigée contre M. Lagadec, commissaire aux comptes de la société Le Floch Sarb, afin d'avoir réparation du préjudice allégué pendant les années 1975 à 1980 du fait de l'inexactitude de la comptabilité de cette société, l'arrêt retient, par motifs adoptés, qu'il apparaît du dossier de l'information pénale qui a abouti à la condamnation d'un employé de la société Le Floch Sarb pour abus de confiance, que " seule la mise en place d'une comptabilité informatisée, permettant les rapprochements entre les fiches éleveurs et le stock, a rendu possible la découverte du déficit " et qu'il ne peut être reproché à M. Lagadec d'avoir laissé se développer une comptabilité globale n'autorisant pas l'analyse séparée des comptes de chaque éleveur ; Attendu qu'en se déterminant par de tels motifs, impropres à caractériser l'absence de faute de M. Lagadec, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision* » - Cass. com., 11 févr. 2003, n° 99-10139 : préc. 2931

3361 Cass. com., 9 févr. 1988, n° 86-13121 : préc. note 2900 : « *Attendu, d'autre part, que d'après l'article 228 de la loi du 24 juillet 1966, en sa rédaction antérieure à la loi du 30 avril 1983, les commissaires aux comptes certifient la régularité et la sincérité de l'inventaire, du compte d'exploitation générale, du compte de pertes et profits et du bilan, que par application de l'article 229 de la même loi, ils opèrent à toute époque de l'année les vérifications nécessaires pour mener à bien leur mission ; que la cour d'appel a constaté qu'un examen sommaire tel que celui effectué par la société d'expertise économique et financière avait permis de déceler la probabilité d'une fraude dans la présentation du bilan de 1976, et que les irrégularités n'avaient été révélées par M. X... qu'après que le nouveau dirigeant, M. Y..., les ait fait apparaître, alors que les difficultés qu'il reconnaissait avoir éprouvées pour obtenir les comptes de 1976 auraient dû l'inciter à se montrer spécialement circonspect et à se faire communiquer toutes les pièces utiles à l'exercice de sa mission ; que la cour d'appel a pu ainsi en conclure que ce commissaire aux comptes n'avait pas effectué de contrôles ; qu'elle a ainsi justifié légalement sa décision* »

3362 Cass. com., 8 déc. 1998, n° 96-17731 : préc. note 3006 : « *Attendu qu'en se déterminant ainsi, sans rechercher si, lors de la passation de chaque commande qui entrait dans la catégorie des actes de gestion courante et n'avait pas été visée par l'administrateur, la situation de l'entreprise était irrémédiablement compromise ou si l'administrateur avait induit en erreur les fournisseurs par des assurances imprudemment données, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision* »

3363 CE, 30 nov. 2001, n° 219562 : préc. note 3113 : « *Mais considérant qu'alors que par lettre du 6 octobre 1987, la Commission bancaire avait demandé au président-directeur général de la banque qu'une augmentation de capital de 50 millions de francs fût réalisée "dans les meilleurs délais", elle a ensuite réduit de moitié le montant de l'augmentation de capital prescrite et a accordé à la banque un délai pour le réaliser allant jusqu'à fin mai 1988 ; qu'eu égard au caractère urgent que présentait, comme l'avait souligné le rapport d'inspection du 5 mai 1987, le rétablissement de la solvabilité de la Saudi Lebanese Bank, la Commission bancaire, si elle pouvait légitimement choisir de négocier avec les dirigeants une stratégie permettant le rétablissement de leur banque plutôt que d'engager sur le champ une procédure juridictionnelle, aurait dû toutefois adresser à ces dirigeants des prescriptions plus fermes et assortir celles-ci de délais contraignants ; que, par ailleurs, revenant sur les exigences qu'elle avait formulées, la Commission bancaire a également admis, le 14 mars 1988, que soient analysés séparément et non ensemble, au regard de la réglementation prudentielle, les engagements de la Saudi Lebanese Bank sur l'Union nationale S.A.L. et le groupe Kairouz, alors que la première société était une filiale de la seconde ; qu'alors même qu'en l'état des règles prudentielles alors applicables, elle avait seulement la faculté d'exiger le regroupement de ces créances, la Commission bancaire aurait dû maintenir, en considération de la situation dans laquelle se trouvait la banque, les exigences qu'elle avait formulées ; que ces carences sont constitutives d'une faute lourde de nature à engager la responsabilité de l'Etat* »

3364 Cass. com., 15 janv. 2002, n° 98-21823 : préc. note 3196 : « *Mais attendu que la cour d'appel a relevé que selon le rapport de l'expert, plusieurs vices des procédures en usage au sein de la société avaient permis les détournements ; qu'en retenant à la charge de l'expert comptable une insuffisance de ses diligences concernant l'analyse des*

banque qui laisse son client contracter un prêt manifestement risqué et excessif[3365] ou ne l'alerte pas des mouvements suspects sur son compte[3366].

Le second cas de figure concerne des actes non fautifs du dirigeant. Seuls les contrôleurs répondent alors d'une faute dans l'exercice de leur contrôle. La mauvaise appréciation d'un acte normal de gestion peut en effet causer un préjudice à la société ou à un tiers. Le dirigeant, même de fait, ne saurait, lui, être sanctionné pour avoir pris une décision non fautive[3367]. Les associés engagent donc leur responsabilité en cas de révocation d'un dirigeant dont la gestion semble irréprochable[3368], le commissaire aux comptes en cas d'alerte abusive[3369], ou l'administration en cas de refus illégal d'exploitation d'une installation classée conforme à la législation en vigueur[3370].

---

procédures administratives et de contrôle interne de la société elle a, par là même, caractérisé l'existence d'un lien de causalité entre les manquements constatés et la réalisation du dommage et légalement justifié sa décision »

3365 Cass. com. 18 janv. 2011, n° 09-17425 : préc. note 3279 : « *Mais attendu que l'arrêt relève que lors de la souscription du prêt, la société, en cours de constitution, n'avait aucune expérience et ses deux associés fondateurs étaient profanes l'un, en matière financière et l'autre, en matière d'économie de la restauration, de sorte qu'ils ne pouvaient, en l'absence de conseils justifiés de la banque, connaître les risques inhérents à cette opération financière si les résultats de la société, dans une activité à risque et fortement fluctuante, ne s'avéraient pas aussi prometteurs que le laissait entrevoir l'analyse financière ;* […]*; qu'ayant ainsi fait ressortir que la société était un emprunteur non averti et que, lors de la souscription de ce prêt in fine manifestement inadapté, la banque lui a fait prendre, sans la mettre en garde, un risque financier totalement inutile et excessif, la cour d'appel, qui n'était pas tenue d'entrer dans le détail de l'argumentation des parties, a légalement justifié sa décision* »

3366 Cass. com., 22 nov. 2011, n° 10-30101, préc. note 3290 : c'est à bon droit que la Cour d'appel « *a retenu que le fonctionnement du compte de la société Sheen, qui présentait des mouvements très nombreux sans justification apparente et des virements de sommes ainsi créditées sur des comptes étrangers, ouverts en Suisse ou aux Bahamas, ne pouvait qu'attirer l'attention, s'agissant d'opérations qui font nécessairement l'objet d'une surveillance accrue* »

3367 V. par ex. pour un dirigeant de fait : CA Aix-en-Provence, 17 sept. 2010 : préc. note 3142 : le demandeur « *ne démontre pas que M. N..., gérant de fait, a commis un acte contraire à l'intérêt de la société* […] *en l'appauvrissant, ce qui aurait pu, dans cette hypothèse, causé un préjudice à M. C... en sa qualité de caution, laquelle a été actionnée par la SARL ACRJ, créancière de la société* »

3368 Cass. com., 13 mars 2001, n° 98-16197 : préc. note 2834 : « *Attendu qu'en statuant ainsi, alors qu'elle avait relevé que la décision de révocation avait été prise en violation flagrante des règles légales relatives à la tenue et à la convocation des assemblées des associés et alors qu'une décision inspirée par une intention vexatoire et contraire à l'intérêt social, caractérise de la part de ses auteurs une volonté de nuire constitutive d'une faute, la cour d'appel a violé le texte susvisé* »

3369 Cass. com., 3 déc. 1991, n° 90-14592 : préc. note 2942 : « *Attendu que pour accueillir cette demande, la cour d'appel a retenu que M. Beaunier avait fait preuve d'une minutie extrême qui avait exaspéré les dirigeants de la société et avait accordé à des lacunes constatées une importance démesurée, ce qui l'avait conduit à déclencher à tort une procédure d'alerte et à saisir sans motifs suffisants le procureur de la République, que pour l'opération envisagée de transformation de la société en société à responsabilité limitée, il avait refusé, à tort, de certifier que les capitaux propres étaient égaux au capital social comme prescrit par l'article 237 de la loi du 24 juillet 1966, qu'il avait ainsi commis des fautes d'appréciation et des abstentions coupables, que son comportement avait rendu intolérable pour la société le maintien du lien contractuel ; Attendu qu'en se déterminant par de tels motifs, impropres à établir, eu égard à la mission légale des commissaires aux comptes, que M. Beaunier avait, dans ses démarches, agi avec mauvaise foi et avait ainsi commis une faute de nature à justifier sa révocation, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision* »

3370 CE, 14 janv. 1994, n° 125195 : préc. note 3112 : « *Considérant que la cour administrative d'appel de Nancy a rejeté les conclusions à fin d'indemnité présentées par la société SPECHINOR en réparation du préjudice qui lui a été causé par la décision du préfet du Pas-de-Calais en date du 9 avril 1982 lui enjoignant de cesser l'exploitation de ses installations dans la commune d'Angres, en se fondant sur la circonstance que cette décision n'interdisait pas à la société requérante de poursuivre la partie de ses activités qui relevait du régime déclaratif institué par la législation sur les installations classées ; qu'en retenant ce motif, alors qu'il ressortait des pièces du dossier au vu duquel elle a statué que l'arrêté préfectoral en cause interdisait à la société requérante l'exercice de toute activité, y compris celle qui relevait du régime déclaratif, la cour administrative d'appel de Nancy a dénaturé la portée dudit arrêté préfectoral ; que, dès lors, la société SPECHINOR est fondée à demander l'annulation de l'arrêt attaqué en tant qu'il*

Ces quelques exemples tirés de la jurisprudence doivent s'étendre aux autres contrôleurs de la société non encore visés par des décisions au fond. Cela concerne notamment les auditeurs et surtout les agences de notation auxquels on peut tout à fait reprocher de ne pas avoir apprécié à leur juste mesure les actes directoriaux. L'audit ou la note attribuée à la société peut en effet présenter comme idyllique une situation obérée ou, au contraire, dénigrer la situation pourtant florissante d'une entreprise.

2 : L'ACTE DE GESTION OBLIGATOIRE OU INTERDIT

483. La responsabilité du fait du non-respect d'une obligation sociale. Il arrive parfois que le dirigeant se refuse d'exécuter une obligation pesant sur la société. Ce défaut est source de responsabilité car il peut avoir des conséquences préjudiciables pour la société. C'est le cas lorsque le dirigeant omet de rembourser des sommes dues par la société et que celle-ci se trouve tenue de payer des intérêts moratoires[3371].

484. Responsabilité du fait d'un acte illégal. La responsabilité du fait du contrôle naît également parfois de la réalisation d'un acte illégal par le dirigeant de la société. Ce dernier est responsable civilement en cas de non-convocation de l'assemblée générale[3372], de défaut d'information des associés[3373], d'abus de biens sociaux[3374] ou de concurrence déloyale à

---

rejette sa demande tendant à la réparation du préjudice résultant de la fermeture illégale de l'ensemble de ses installations »

3371 Cass. com., 12 janv. 1993, n° 91-11558 : préc. note 2674 : « *Mais attendu qu'ayant retenu que M. X..., qui était le dirigeant de la Sadia, avait différé le remboursement des sommes dont cette société s'est reconnue débitrice envers Mme Z..., la cour d'appel a pu décider que M. X... avait, en ne payant pas en temps utile la créance de Mme Z..., commis une faute, préjudiciable à ladite société, qu'il devait réparer en la garantissant du paiement des intérêts moratoires* »

3372 Cass. com., 12 mars 1974 : préc. note 2634 : « *Mais attendu que la Cour d'appel* […] *énonce que L…* […] *a provoqué la dissolution par son obstination à gérer la société seul et sans contrôle, notamment en se refusant, malgré les demandes de ses coassociés, à les convoquer en assemblée générale depuis 1964* […] ; *qu'ayant ainsi caractérisé le comportement fautif du gérant, la Cour d'appel a pu estimer que ce comportement était en relation de cause à effet avec le dommage résultant pour la société de l'obligation où elle s'était trouvée de verser des indemnités de licenciement* »

3373 Cass. com., 9 mars 2010, n° 08-21547 et 08-21793 : préc. note 2636 : « *Mais attendu qu'après avoir relevé que c'est avec la publication au BALO du 3 décembre 2004 des comptes 2003 portant annulation de produits non encore facturés au 31 décembre 2003 à hauteur de 45 056 000 euros que les actionnaires ont, de fait, été avertis de la situation exacte de la société et ont pu constater que tant les comptes que les communiqués portés jusqu'alors à leur connaissance par les dirigeants de la société ne donnaient pas une image fidèle de sa situation, l'arrêt retient que le fait dommageable n'est pas constitué par la difficulté liée à l'absence d'outils de gestion fiables au sein de la société mais par les agissements de ses dirigeants qui, en ce qu'ils ont incité les actionnaires à acquérir ou à conserver les titres de la société, sont à l'origine du préjudice par eux allégué ; que l'arrêt ajoute que la carence de la société à mettre en place les outils de gestion fiables nécessités par l'adoption de la méthode de comptabilisation à l'avancement, est à rapprocher des communiqués très optimistes qui présentaient la société sous un jour particulièrement favorable, en omettant de rappeler les réserves émises par les commissaires aux comptes mais aussi, en faisant état pour certains d'entre eux, de comptes consolidés pro forma sans préciser que les évolutions d'une année sur l'autre n'étaient pas à périmètre constant ; que l'arrêt relève encore que ces informations ne faisaient que corroborer les résultats particulièrement favorables publiés jusqu'en 2002 et donner l'image d'une entreprise florissante alors que les dirigeants n'ignoraient pas leur incapacité à gérer efficacement les informations, s'agissant des produits non encore facturés ; qu'en l'état de ces constatations et appréciations, desquelles il résulte que le dommage invoqué a pour origine la dissimulation par les dirigeants de la société, au moyen de la diffusion d'une*

l'encontre d'une autre société[3375]. S'agissant des contrôleurs, le commissaire aux comptes se doit de relever les détournements de fonds commis à l'encontre de la société[3376]. Sont également responsables les services de l'Etat qui autorisent un licenciement illégal d'un salarié protégé[3377].

B : L'ADEQUATION DU RISQUE SOCIAL A L'INTERET SOCIAL

485. Contrôle actif/contrôle passif. Le contrôle est la recherche de la conformité du risque social à l'intérêt social. Cette recherche peut être active ou passive. En effet, le contrôlaire recherche activement cette adéquation en tentant d'exercer sa mission conformément à l'intérêt de la société qu'il représente. Il dispose du pouvoir de prendre le risque social. Les contrôleurs, quant à eux, recherchent passivement cette adéquation. Leur mission n'est pas de prendre un risque social le plus conforme possible à l'intérêt social mais uniquement de s'assurer que le risque pris par le dirigeant l'est.

L'intérêt social, expressément ou implicitement, est donc le critère de qualification de la faute de contrôle qu'elle soit celle du contrôlaire (1) ou du contrôleur (2).

---

information trompeuse, de la situation financière de cette dernière et que le caractère trompeur de cette information leur a été révélé moins de trois ans avant l'introduction de l'instance, la cour d'appel, qui n'a pas modifié les termes du litige, a légalement justifié sa décision ; que le moyen n'est pas fondé »

3374 Cass. com., 29 févr. 2000, n° 96-15827 : préc. note 2666 : « *Mais attendu, en premier lieu, que l'arrêt retient qu'au-delà de la qualification pénale d'abus de biens sociaux du prêt consenti par M. X... à un ami personnel, la privation de trésorerie qui en est résultée pour la société Semade a été à l'origine d'une faute de gestion, la société ayant été contrainte de souscrire de nouveaux emprunts et augmenter ainsi ses frais financiers ; que la cour d'appel a ainsi justifié sa décision* »

3375 Cass. com., 10 mars 1998, n° 96-13407 : préc. note 3143 : rejette le pourvoi formé contre l'arrêt ayant retenu à bon droit que « *M. C… devait être tenu en sa qualité de dirigeant de l'établissement* » et que « *les agissements litigieux avaient créé un trouble commercial* (concurrence déloyale) *générateur de préjudice en relation de causalité avec la faute* »

3376 Cass. com., 6 févr. 1990, n° 88-15536 : préc. note 2920 : « *Mais attendu que l'arrêt relève, tant par motifs propres qu'adoptés, que, de 1978 à 1985, des détournements ont été commis au préjudice de la société Y..., leurs auteurs omettant de créditer le compte bancaire de versements de clients portés sur le livre de caisse, et soldant les comptes de ces derniers par le débit du compte fournisseur de la Régie Renault, que celui-ci présentait en conséquence des écarts importants avec les soldes du compte de la société Y... dans les livres de la Régie Renault, que des sondages et recoupements sérieux ainsi que des vérifications des écritures par les pièces justificatives, opérations rendues nécessaires par les divergences constatées, auraient dû être effectuées par la SLRC, que celle-ci, commissaire aux comptes de la société Y... depuis 1975, n'a signalé les écarts qu'en 1985, et s'est alors bornée à recommander à la société de recourir à la méthode de confirmation des soldes auprès des principaux clients et fournisseurs, sans mettre en œuvre aucun contrôle, comme il lui appartenait de le faire, pour rechercher l'origine des anomalies, que les vaines vérifications d'autres organismes ne justifient pas les manquements de la SLRC ; que, répondant ainsi aux conclusions invoquées, la cour d'appel a pu déduire de ces constatations et énonciations que la SLRC, investie d'une mission permanente de contrôle sur les comptes de la société Y..., avait fait preuve d'une carence fautive justifiant qu'elle soit relevée de ses fonctions* »

3377 CAA Nancy, 9 oct. 1990, n° 89NC00751 : préc. note 3110 : « *l'illégalité commise par l'administration en autorisant le licenciement d'un salarié protégé constitue une faute engageant la responsabilité de l'Etat vis-à-vis de l'employeur* »

1 : INTERET SOCIAL ET FAUTE DU CONTROLAIRE

486. La faute de gestion, l'intérêt social et la loi. Le droit français ne définit pas la faute de gestion susceptible d'engager la responsabilité de son auteur. Toutefois, les articles 1848 du Code civil et L. 221-4 du Code de commerce, relatifs au pouvoir des gérants de sociétés civiles et de sociétés en nom collectif, disposent respectivement : dans les rapports entre associés, « *le gérant peut accomplir tous les actes de gestion que demande l'intérêt de la société* » et « *le gérant peut faire tous actes de gestion dans l'intérêt de la société* ». Il en va de même pour le gérant de SARL[3378]. L'intérêt social constitue donc un référentiel essentiel dans la prise de décision du dirigeant social.

Le droit pénal des affaires est plus précis. Les dirigeants de SARL, de SA, de SAS, de sociétés européennes et de sociétés en commandite par actions sont pénalement responsables en cas d'abus de pouvoir ou d'abus de biens sociaux[3379]. Constituent une infraction pénale « *le fait, pour les* [dirigeants], *de faire, de mauvaise foi, des biens ou du crédit de la société, un usage qu'ils savent contraire à l'intérêt de celle-ci, à des fins personnelles ou pour favoriser une autre société ou entreprise dans laquelle ils sont intéressés directement ou indirectement* » et le fait « *de faire, de mauvaise foi, des pouvoirs qu'ils possèdent ou des voix dont ils disposent, en cette qualité, un usage qu'ils savent contraire aux intérêts de la société, à des fins personnelles ou pour favoriser une autre société ou une autre entreprise dans laquelle ils sont intéressés directement ou indirectement* ». L'abus de pouvoir et l'abus de biens sociaux, qui constituent de fait des fautes de gestion, sont définis par rapport à l'intérêt social. C'est la contrariété à cet intérêt qui permet de qualifier l'infraction. Sans le dire expressément, la loi consacre bien l'obligation pour le dirigeant de mesurer le risque pris à l'aune de l'intérêt de la société qu'il dirige. A défaut, son action est fautive.

487. La définition jurisprudentielle de la faute de gestion. La jurisprudence consacre également l'intérêt social comme fondement de l'action du dirigeant social. On en trouve une bonne illustration dans un arrêt de 2010. Un gérant de SARL avait été révoqué pour juste motif, ce qu'il contestait. Il demanda des dommages et intérêts. Les juges du fond firent droit à cette demande, écartant la « *mésentente grave et persistante* » soulevée par les associés. La Cour de cassation rejeta le pourvoi au motif « *qu'après avoir rappelé qu'il est du devoir d'un gérant de mettre en garde les associés contre des décisions qu'il estime devoir nuire à l'intérêt social, l'arrêt retient que c'est ce à quoi s'est employé M. X... en écrivant les 20*

3378 article L. 223-18 al. 4 du Code de commerce renvoyant à l'article L. 221-4

3379 Articles L. 241-3 4° et 5°, L. 242-6 3° et 4°, L. 242-30, L. 243-1, L. 244-1 et L. 244-5 du Code de commerce

décembre 1999 et 5 janvier 2000 aux associés ; qu'il ajoute que cette attitude qui, du fait du refus de certains associés de suivre ses mises en garde, s'est traduite dès cette époque par des prises de position particulièrement violentes, loin de constituer une faute de gestion ou d'être de nature à compromettre l'intérêt social ou le fonctionnement de la société, montrait clairement que l'intéressé entendait préserver les intérêts de cette société contre les dérives de certains des associés qui poursuivaient un but personnel en désirant prélever des fonds tandis que la société devait faire face, de manière imminente, à des engagements immobiliers importants »[3380]. Le dirigeant est donc « *gardien de l'intérêt social* » et l'on ne saurait lui reprocher une faute de gestion dès lors qu'il n'a agi que pour préserver cet intérêt[3381].

Depuis un arrêt de 1997, la jurisprudence caractérise la faute de gestion au regard de l'intérêt social. Le dirigeant de deux sociétés avait transféré le fonds de commerce appartenant à l'une à la seconde sans facturation. Il s'en était suivi un redressement fiscal à l'encontre de la cédante. La société a demandé réparation à son dirigeant. Ce dernier est condamné au motif « *qu'en transférant sans facturation un fonds de commerce de la société Hall Décor, dont il allait abandonner la gérance, à la société Décor Hall, qu'il venait de créer, M. Z..., gérant de l'une et l'autre société à la date du transfert avait agi à l'encontre de l'intérêt social de la première société et ainsi commis une faute de gestion* »[3382]. Un arrêt de 2002 fait également référence à l'intérêt social, cette fois pour condamner un dirigeant pour insuffisance d'actif : « *la négligence de* [la dirigeante] *et le comportement qu'elle a cru devoir adopter, contraires aux intérêts sociaux, ont contribué à aggraver l'insuffisance d'actif* »[3383].

Un arrêt de 2011 est également intéressant car il réaffirme la distinction entre la faute et l'erreur de gestion. Les dirigeants successifs d'une SCI avaient maintenu une action en justice en résolution du bail commercial conclu par la société. A l'issu de la procédure, cette action avait été reconnue abusive[3384]. Les associés demandaient réparation du fait de l'absence de paiement des loyers pendant la durée de l'instance et de la perte des locataires. La Cour d'appel fit droit à cette demande mais la décision fut cassée, les juges du fond s'étant fondés sur des motifs impropres à caractériser « *une faute de gestion contraire à l'intérêt social* »[3385]. Nonobstant les erreurs commises par les magistrats de la Cour d'appel et qui conduisent à

3380 Cass. com., 9 nov. 2010, n° 09-71284 : *Rev. sociétés* 2011, p. 421, note J.-F. BARBIERI ; *Bull. Joly Sociétés 2*011, p. 110, note B. DONDERO

3381 J.-F. BARBIERI, note sous Cass. com., 9 nov. 2010, n° 09-71284 : préc. note 3380, spéc. n° 2 p. 422

3382 Cass. com., 7 oct. 1997, n° 94-18553 : préc. note 2692

3383 Cass. com., 28 mai 2002, n° 00-13127 : inédit

3384 CA Pau, 27 sept. 2007, n° 05/04340 : JurisData n° 2007-344267

3385 Cass. com. 27 avril 2011, n° 10-17138 : *Bull. Joly Sociétés* 2011, p. 677, note J. COUARD ; *Rev. sociétés* 2012, p. 110, note J.-F. BARBIERI

rendre la décision peu intelligible[3386], cette solution est parfaitement justifiée. Le dirigeant ayant repris l'action agissait manifestement dans ce qu'il pensait être l'intérêt de la société. Pour preuve, les premiers juges du fond avaient fait droit à la demande. N'ayant pas agi dans un intérêt personnel, ou de façon complètement déraisonnée, le risque qu'il avait choisi de prendre restait proportionné à l'intérêt social[3387]. Cet arrêt rappelle également que l'appréciation du risque social est étroitement liée à la conjoncture qui entoure la décision. Il est facile de reprocher après coup au dirigeant un comportement au regard de ses conséquences alors que ces dernières étaient généralement, sinon imprévisibles, en tout cas sujettes à un certain aléa.

La jurisprudence considère également que la contravention à une règle d'ordre public constitue en soi une atteinte à l'intérêt social. Dans deux arrêts du 20 novembre 2007, la Cour de cassation énonce que le dirigeant qui met « *la société qu'il représente en infraction avec une règle d'ordre public dont elle doit répondre, agit contre l'intérêt social* » et commet une faute de gestion[3388]. La société étant une fiction juridique, elle ne dispose de la personnalité morale que par la volonté du législateur. Si ce dernier a permis la naissance de cette institution, c'est pour des motifs d'intérêt général. Le rapport Sudreau sur la réforme de l'entreprise énonçait en 1975 que « *l'entreprise remplit aussi des fonctions d'intérêt général* »[3389]. Pour Monsieur Trébulle, « *si la personne morale existe, c'est certes en raison de son efficience, mais c'est avant tout parce que celle-ci sert la collectivité, par delà les intérêts de ceux qui la constituent* »[3390]. Cela justifie donc que le contrôle de l'intérêt social soit étroitement lié au contrôle de l'intérêt général auquel il est nécessairement inféodé. L'intérêt social doit donc nécessairement respecter l'intérêt général. On peut ajouter que toute contravention à une disposition d'ordre public fait naître un risque de sanction à l'encontre de la société. L'acte illégal est donc par définition contraire à l'intérêt social.

488. Le risque pris par le « bon père de famille ». Pour caractériser la faute du dirigeant, il faut apprécier « *si le comportement du dirigeant peut s'analyser en une faute au regard de la gestion normale d'une activité économique* »[3391]. Il ne peut y avoir de critère mathématique d'appréciation du risque social pris par le dirigeant. Le juge ne peut donc que se tourner vers

---

3386 J.-F. BARBIERI, note sous Cass. com. 27 avril 2011, n° 10-17138, préc. note 3385, spéc. n° 2

3387 J.-F. BARBIERI, note sous Cass. com. 27 avril 2011, n° 10-17138, préc. note 3385, spéc. n° 5

3388 Cass. com., 20 nov. 2007, n° 06-13993 et 06-13994 : préc. note 2690

3389 La réforme de l'entreprise, Sudreau (dir.), 1975, p. 196

3390 F.-G. TREBULLE, « Stakeholders Theory et droit des société », préc., spéc. n° 3 – V. également dans le même sens et du même auteur « Personnalité morale et citoyenneté, « considération sur l'entreprise citoyenne » », préc. spéc. n°35 et s.

3391 C. MASCALA, « Panorama des fautes de gestion », *RTD com.* 1999, p. 983, spéc. p. 983

une notion bien connue : celle du « bon père de famille »[3392]. Ce dernier constitue « *l'homme normalement prudent, soigneux et diligent* » doté de « *la vertu moyenne d'une gestion patrimoniale avisée* »[3393]. La notion de « bon dirigeant » n'est pas utilisée expressément par la jurisprudence. Un seul arrêt dispose que pour engager l'action en comblement de passif « *il faut rapporter la preuve d'une faute de gestion du dirigeant* […] *que n'aurait pas commise un bon dirigeant en pareille circonstance* »[3394]. Cela n'empêche pas la Cour de cassation, dans un arrêt de 2010, d'énoncer que « *commet une faute individuelle chacun des membres du conseil d'administration ou du directoire 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* »[3395]. Il s'agit bien d'une référence au « bon père de famille », au comportement attendu d'un dirigeant normal[3396]. L'échec n'est pas en soi une faute dès lors que l'entrepreneur a pris suffisamment de précautions, a agi de bonne foi et de façon prudente et diligente.

La Cour d'appel de Versailles, dans un arrêt du 11 juin 1998, illustre parfaitement le rôle du juge dans l'appréciation de la faute de gestion[3397]. Elle énonce dans un premier temps que « *la responsabilité d'un dirigeant social implique toujours la commission personnelle par lui d'une faute lors d'un acte de gestion ne relevant pas de la collectivité des associés, étant observé que si celui-ci est tenu d'une obligation générale de compétence, de diligence et d'action dans l'intérêt de la société, il ne contracte sur ce point qu'une obligation de moyens, sans que le mauvais état des affaires sociales ne permette de présumer sa faute de gestion dont la charge de la preuve incombe à la partie qui s'en prévaut* ». Il s'agit bien ici d'une référence au comportement du dirigeant « en bon père de famille ». Ce comportement doit être apprécié par les magistrats mais la Cour rappelle que « *les juridictions n'étant pas juges de l'opportunité des décisions de gestion, les fautes potentielles perpétrées à cet égard par* [le dirigeant] *doivent être appréciées en fonction de la régularité du processus ayant conduit à l'adoption de ces décisions, de leur caractère non anormal au moment où elles ont été prises en tenant compte de l'acceptation des risques générés par la gestion de toute entreprise* ».

3392 *JCl. Sociétés Traité,* Fasc. 74-20, par M. STORCK, spéc. n° 36 - M. BACACHE-GIBEILI, *Traité de droit civil,* t. 5*, Les obligations ; la responsabilité civile extracontractuelle*, préc. spéc. n° 143, p. 161

3393 G. CORNU, ASSOCIATION HENRI CAPITANT, *Vocabulaire juridique*, préc. spéc. p. 120

3394 CA Douai, 21 février 2002, RG n° 2000/911 : inédit

3395 Cass. com., 30 mars 2010, n° 08-17841 : préc. note 2817

3396 A. TUNC, « Rapport sur la responsabilité civile des organes de sociétés et les règles générales de la responsabilité civile en droit français », préc. spéc. p. 29

3397 CA Versailles, 11 juin 1998, RG n° 1996-346 : préc. note 2652

L'exercice de l'objet social présentant nécessairement un risque, le comportement du dirigeant ne saurait se déduire du bilan comptable de la société. Ce n'est pas tant la décision elle-même que la façon dont elle a été prise qui permettra alors de déceler la faute. Seule l'anormalité du comportement sera génératrice de responsabilité[3398]. Cette solution n'est pas le propre du dirigeant de droit. Il n'est pas possible de reprocher aux administrateurs provisoires ni même aux dirigeants de fait d'avoir agi conformément à l'intérêt social. A leur encontre, une faute est toujours exigée et cette faute s'apprécie également au regard de l'intérêt de la société[3399].

2 : INTERET SOCIAL ET FAUTE DU CONTROLEUR

489. La mission du contrôleur : suppléer, sanctionner et informer. La raison d'être du contrôle social est d'être finalisé. C'est ce qui le distingue du droit à l'information. Le contrôle entraine soit l'information des stackeholders de la bonne ou mauvaise gestion des contrôlaires, soit la sanction ou la bonification des dirigeants, soit de suppléer à leur carence, soit enfin de les conseiller.

Les premiers contrôleurs de l'action directoriale sont les dirigeants eux-mêmes et les associés. En cas de cogestion ou de pluralité d'organes de direction, les dirigeants sont tenus d'exercer une surveillance mutuelle de leurs actes[3400] et se doivent soit de les dénoncer aux associés soit de procéder à la révocation du fautif ou de l'incompétent. Les associés sont également tenus de contrôler les actes des dirigeants. La jurisprudence n'hésite pas à qualifier d'abus de majorité la désignation d'un gérant alors que celui-ci était déjà gérant d'une société concurrente[3401]. Même s'il n'y a aucune décision en ce sens, le refus de révoquer un dirigeant incompétent pourrait très bien être qualifié d'abus de majorité. Prenons l'exemple de l'associé majoritaire qui refuse de se révoquer lui-même de sa qualité de gérant ou l'un de ses proches alors pourtant que son action dirigeante s'avère désastreuse : toutes les conditions de l'abus de majorité s'avèrent réunies.

Parmi les contrôleurs, les institutions publiques disposent également d'un pouvoir de sanction ou d'autorisation : l'AMF, l'ACP ou l'autorité de la concurrence disposent d'un

---

3398 J.-C. SAINT-PAU, « Responsabilité civile et anormalité », *in Etudes à la mémoire de Christian Lapoyade-Deschamps*, PU Bordeaux 2003, p. 249, spéc. p. 250

3399 BARBIER H., *La liberté de prendre des risques*, préc., spéc. n° 273 p. 249 - CA Aix-en-Provence, 17 sept. 2010 : préc. note 3142

3400 V. *supra* n° 63

3401 CA Besançon, 23 juin 1999, RG n° 98/00819 : *JurisData* n° 1999- 043016 : « *le fait de choisir M. Menu comme gérant alors qu'il était un concurrent direct de la société, comme étant le gérant d'une société Ambulances du Val de Seille est nécessairement contraire à l'intérêt de la société d'exploitation des Ambulances Grigi et constitue un abus de majorité* »

organe disciplinaire et d'un arsenal de sanctions, le contrôle environnemental permet la délivrance ou le retrait d'autorisation d'exploitation…

Les autres contrôleurs ont essentiellement un pouvoir ou un devoir d'information. Les destinataires de cette information sont nombreux. Les organes sociaux de contrôle s'adressent avant tout aux associés, les institutions représentatives du personnel aux salariés, les organes de la procédure collective aux créanciers et aux juridictions, les commissaires aux comptes et les agences de notation aux investisseurs potentiels… Certains d'entre eux sont également tenus d'une obligation de conseil : les auditeurs, les experts-comptables ou encore les banques par exemple.

Enfin, les commissaires aux comptes ou le mandataire judiciaire peuvent dans certains cas suppléer à la carence des dirigeants, par exemple en procédant à la convocation de l'assemblée générale.

490. Le contrôle fautif. Le contrôle-surveillance est fautif lorsqu'il n'a pas permis de sanctionner le dirigeant incompétent ou lorsque l'information transmise s'est avérée erronée. Dans tous les cas, le défaut de contrôle par les contrôleurs révèle une anormalité entre le risque social pris par le dirigeant et l'intérêt social ou à tout le moins, une divergence entre les conséquences que ce risque a entrainées pour la société et celles qui étaient attendues suite au contrôle. On relève donc trois cas de figure : à l'issu du contrôle, on ne sait pas si le risque est conforme à l'intérêt ou si le risque était anormal et cela n'a pas été révélé ou, enfin, si le risque était normal mais l'acte a été abusivement dénoncé.

491. Illustrations. Il est possible d'illustrer ce propos grâce à quelques exemples déjà évoqués dans le chapitre précédent. Les associés sont responsables en cas de révocation abusive du dirigeant. Cet abus est constitué notamment lorsque la révocation s'est révélée contraire à l'intérêt social[3402]. Si le départ du dirigeant est contraire à l'intérêt social, *a contrario* sa présence ne peut être que louée et il s'agit donc d'un bon gestionnaire. En l'espèce, l'assemblée générale commet bien une faute en retenant implicitement que le risque social pris par le dirigeant est anormal au regard de l'intérêt social et que cela justifie de s'en séparer.

Le commissaire aux comptes est, lui, le garant de la normalité du risque social[3403] en ce sens qu'il doit s'assurer de la régularité, de la sincérité et de la fidélité de la comptabilité de la société qui n'est que la traduction chiffrée du risque pris par le dirigeant. C'est ce dernier qui

---

3402 Cass. com., 13 mars 2001, n° 98-16197 : préc. note 2834 : « *une décision inspirée par une intention vexatoire et contraire à l'intérêt social, caractérise de la part de ses auteurs une volonté de nuire constitutive d'une faute* »

3403 D. VIDAL, *Le commissaire aux comptes dans la société anonyme*, préc. spéc. n° 42 p. 48 et n° 50 et s., p. 51 et s.

est responsable de sa tenue. Le Code de commerce prévoit en effet que le dirigeant doit rendre compte de sa gestion par la transmission du rapport de gestion, de l'inventaire et des comptes annuels qu'il a lui-même établis[3404]. Le commissaire aux comptes est responsable s'il certifie des comptes qui ne reflètent pas la réalité du risque social pris au regard de l'intérêt social ou, au contraire, s'il refuse abusivement de certifier des comptes. Ce n'est pas le fait que le risque social soit conforme ou non à l'intérêt de la société qui fait naître la responsabilité. Il ne revient pas en effet au commissaire de s'immiscer dans la gestion sociale. La faute apparaît quand le défaut de contrôle a empêché le destinataire de la mission du commissaire d'avoir une connaissance satisfaisante du risque social pris[3405]. Il en va de même pour l'auditeur et l'agence de notation dont la mission est d'informer la société ou les tiers sur la conformité ou non du risque social. La mésinformation résulte toujours d'une erreur d'appréciation de l'adéquation du risque social pris par le dirigeant avec l'intérêt social.

Enfin, les institutions publiques ont pour première mission de protéger l'intérêt général en contenant le risque social et en sanctionnant les violations des dispositions légales. La violation de la loi, nous l'avons vu, est en soi contraire à l'intérêt social du fait du risque de sanction et de l'obligation de réparation qui pèseront sur la société. L'AMF est ainsi chargée de contrôler que le risque social pris par le dirigeant est porté à la connaissance du public[3406]. Cela passe par le contrôle du respect des obligations légales de diffusion de l'information imposées aux dirigeants. L'ACP contrôle, quant à elle, la situation financière des entreprises de banque et assurance. Dans l'intérêt général, ces dernières sont soumises à des obligations financières strictes. Néanmoins, ce contrôle s'opère directement dans l'intérêt social et son objet est de s'assurer que le risque social est limité notamment par l'assurance que la solvabilité de ces sociétés est bien préservée. L'ACP contrôle également le respect des droits de leur clientèle. L'autorité de la concurrence s'intéresse au bon fonctionnement des marchés économiques. Elle s'assure que tous les intervenants en respectent les règles de libre concurrence. L'équilibre concurrentiel est une condition du bon fonctionnement de l'économie nationale. Il préserve également les intérêts propres de chaque entreprise. L'autorité de la concurrence contrôle donc le respect des règles de libre concurrence par le dirigeant et vérifie que sa gestion ne remet pas en cause cet équilibre. Le risque de sanction en cas de violation de ces règles est particulièrement lourd.

3404 V. *supra* n° 75

3405 V. les exemples cités *supra* n° 413

3406 V. *supra* n° 286 et s.

Le contrôle environnemental illustre encore mieux le lien étroit entre l'intérêt social et l'intérêt général. Le développement de la conscience écologique parmi la population la transforme en concept marketing. En outre, le risque environnemental peut conduire à des catastrophes majeures dont les conséquences financières pour l'entreprise peuvent être désastreuses. On peut penser par exemple à l'explosion de l'usine AZF à Toulouse ou encore à la fusion des réacteurs de la centrale nucléaire de Fukushima au Japon. En matière environnementale, intérêt général et intérêt social se recouvrent. Le contrôle environnemental permet de s'assurer que le risque environnemental pris par le dirigeant est le plus limité possible. Il en va de l'intérêt de la société elle-même car le non-respect des normes environnementales risque, au mieux, d'entrainer l'impossibilité d'exercer son objet social du fait du refus des autorisations requises, au pire, d'entrainer sa faillite en raison du coût exorbitant qu'entrainerait un accident majeur.

Le contrôle, quel qu'il soit, se résume toujours à s'assurer que le risque social est proportionné à l'intérêt social. La faute naîtra lorsque l'appréciation de cette proportionnalité s'avérera erronée.

SECTION 2 : UNE IDENTITE DE PREJUDICE

Le préjudice résultant de la faute de contrôle présente une particularité liée à l'aléa qui entoure l'action directoriale. Pour exposer cette singularité, il faut en premier lieu définir la notion de préjudice et évoquer la question de son éventuelle anormalité. Il sera alors possible de transposer ces considérations au préjudice anormal résultant de la faute de contrôle.

Paragraphe 1 : La notion de préjudice anormal

Paragraphe 2 : Le préjudice anormal résultant de la faute de contrôle

PARAGRAPHE 1 : LA NOTION DE PREJUDICE ANORMAL

Pour mettre en œuvre la responsabilité civile contractuelle ou délictuelle, il est nécessaire de démontrer l'existence d'un dommage (A). Cette condition n'est toutefois pas suffisante, ce dommage ne sera indemnisé que si le préjudice qui en résulte est anormal (B).

A : LA CONDITION DE L'EXISTENCE D'UN DOMMAGE

492. La distinction entre le dommage et le préjudice. Certains auteurs utilisent indifféremment dommage et préjudice comme synonymes[3407] et au cours des développements précédents, pour des facilités de langage, il a été fait de même dans ces travaux. Il apparaît cependant qu'à ce stade de réflexion, il faut nécessairement définir ces deux termes, quand bien même certains auteurs douteraient de la pertinence d'une telle distinction[3408]. Une partie de la doctrine entend en effet restaurer le sens exact de ces deux notions[3409].

3407 V. par ex. F. TERRE, PH. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*, préc., spéc. n° 698 p. 712 - M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations,* t. 2*, Responsabilité civile et quasi-contrats*, PUF 2e éd. 2010, spéc. p. 109 et s. ; H. et L. MAZEAUD et A. TUNC, *Traité historique et pratique de la responsabilité civile,* t. 1 préc., spéc. n° 208 et s. - H. et L. MAZEAUD, J. MAZEAUD et F. CHABAS, *Leçons de droit civil,* t. 2, vol. 1*, Obligations, théorie générale*, préc., spéc. n° 407 - G. MARTY et P. RAYNAUD, *Traité de droit civil, Les obligations*, t. 1, préc., spéc. n° 421 - B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, *Obligations*, 1, *Responsabilité délictuelle*, Litec 5e éd. 1996, spéc. n° 95 - J. FLOUR et J.-L. AUBERT, par E. SAVAUX, *Les obligations*, t. 2, *Le fait juridique*, préc., spéc. n° 133 p. 157

3408 G. VINEY et P. JOURDAIN, *Les conditions de la responsabilité*, préc., spéc. n° 246-1 p. 4

3409 PH. LE TOURNEAU, *Droit de la responsabilité et des contrat*, préc., spéc. n° 1305 – M. BACACHE-GIBEILI, *Traité de droit civil,* t. 5*, Les obligations ; la responsabilité civile extracontractuelle*, préc., spéc. n° 354, p. 389 - L. CADIET, « Les métamorphoses du préjudice », *in Journée R. Savatier*, PUF, 1998, p. 37 - PH. BRUN, *Responsabilité civile extracontractuelle*, préc., spéc. n° 174 et s., p. 113 et s. - Y. LAMBERT-FAIVRE, *Droit du dommage corporel*, Dalloz, 7e éd. 2012, spéc. n° 25 p. 21 - C. LAPOYADE-DESCHAMPS, « Quelle(s) réparation(s) ? », *Resp. civ. et assur*. n° spéc. juin 2000, p. 62, - PH. STOFFEL-MUNCK, « Le préjudice économique : propos introductifs », *Journ. sociétés* juin 2007 - C. BLOCH, *La cessation de l'illicite, Recherche sur une fonction méconnue de la responsabilité civile extracontractuelle*,

Le dommage constitue « *la lésion subie* »[3410]. Il s'agit de l'atteinte objective à un intérêt légitime : celle que subit physiquement ou matériellement toute victime subissant la même situation, indépendamment des conséquences subjectives que cela représente pour elle[3411].

La notion de préjudice ne fait l'objet d'aucune définition légale[3412], ni même jurisprudentielle[3413]. La doctrine s'accorde donc pour définir le préjudice comme la lésion d'un intérêt légitime[3414]. Plus précisément, il s'agit de l'effet du dommage sur la victime : ses conséquences patrimoniales et extrapatrimoniales[3415]. Prenons l'exemple d'un homme victime d'un accident et qui se voit amputer des deux jambes. Le dommage est la perte de ses membres inférieurs. Il est commun à toute personne dans la même situation. Par contre, son préjudice sera très différent selon que notre pauvre victime est marathonienne ou joueuse d'échecs ! Le préjudice est une appréciation subjective des conséquences du dommage et c'est lui qui permettra d'établir le *quantum* de réparation. La Cour de cassation fait elle aussi cette distinction. Dans un arrêt du 28 octobre 2003, rendu en matière de droit international privé, elle énonce « *que la loi applicable à la responsabilité extracontractuelle est celle de l'Etat du lieu où le fait dommageable s'est produit ; que ce lieu s'entend aussi bien de celui du fait générateur du dommage que celui du lieu de réalisation de ce dernier ; que s'agissant du préjudice moral subi par les victimes par ricochet, qui est en relation directe avec le fait dommageable et qui trouve sa source dans le dommage causé à la victime, la loi applicable à sa réparation est celle du lieu où ce dommage s'est réalisé et non celui où ce préjudice moral est subi* »[3416]. Le dommage et le préjudice sont bien deux notions différentes et leur distinction n'est pas sans intérêt.

493. La fonction réparatrice de la responsabilité du fait du contrôle. De nombreux auteurs plaident aujourd'hui pour une extension de la fonction de la responsabilité civile. Ils souhaiteraient que soit reconnu en droit français le principe des dommages et intérêts

---

Dalloz 2008, n° 120 et s. - S. ROUXEL, *Recherche sur la distinction du dommage et du préjudice en droit civil français*, Thèse Grenoble II, 1994

3410 PH. LE TOURNEAU, *Droit de la responsabilité et des contrat*, préc., spéc. n° 135

3411 X. PRADEL, *Le préjudice dans le droit civil de la responsabilité*, préc., spéc. n° 15 p. 10 - F.-P. BENOIT, « Essai sur les conditions de la responsabilité en droit public et privé », *JCP G* 1957, 1351, spéc. n° 11 et s. - M. LEROY, « La réparation des dommages en cas de lésions corporelle », *D.* 1979, chron. 49

3412 PH. LE TOURNEAU, *Droit de la responsabilité et des contrat*, préc., spéc. n° 1303

3413 C. GRARE, *Recherche sur la cohérence de la responsabilité délictuelle*, préc. spéc. n° 222 et s., p. 162 et s.

3414 G. VINEY et P. JOURDAIN, *Les conditions de la responsabilité*, préc., spéc. n° 249 p. 15 - F. TERRE, PH. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*, préc., spéc. n° 704 p. 719

3415 PH. LE TOURNEAU, *Droit de la responsabilité et des contrat*, préc., spéc. n° 1305

3416 Cass. 1re civ., 28 oct. 2003, n° 00-18794 : *Bull. civ.* 2003, n° 219 ; *D.* 2004, p. 233, note PH. DELEBECQUE ; *RTD civ.* 2004, p. 96, note P. JOURDAIN ; *JCP G* 2004, II, 10006, note G. LARDEUX ; *Defrénois* 2004, p. 382, note R. LIBCHABER ; *LPA* 23 déc. 2003, p. 11, note p. ANCEL ; *JDI* 2004, p. 499, obs. G. LEGIER

punitifs[3417] déjà admis aux Etats-Unis et dans les pays de Common Law[3418]. Le droit français conserve pourtant une conception essentiellement réparatrice de la responsabilité civile. L'article 1382 du Code civil est expressément rédigé en ce sens : « *Tout fait quelconque de l'homme qui cause à autrui un dommage oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer* ». La Cour de cassation l'affirme également régulièrement. Dans un arrêt de 1977, la chambre criminelle a cassé un arrêt ayant prononcé une peine de dommages et intérêts et énonçant « *que la condamnation des demandeurs à verser cette somme est destinée, en raison de leur obstination, à mettre fin à leurs agissements* ». La Cour de cassation rappelle à cette occasion que « *l'allocation de dommages-intérêts à la partie civile par les juridictions répressives peut seulement réparer le préjudice directement causé à celle-ci par l'infraction poursuivie* »[3419]. Tout au plus, la jurisprudence présume parfois l'existence du préjudice du simple fait de la commission d'une faute[3420].

Si la jurisprudence ne semble pas encore prête à recevoir le principe des dommages et intérêts punitifs en matière de responsabilité civile de droit commun, il semble que l'idée fasse tout de même son chemin. Madame Bacache-Gibeili relève deux éléments en ce sens[3421]. En matière de lutte contre la contrefaçon, l'article L. 331-1-3 alinéa 1er du Code de la propriété intellectuelle dispose que « *pour fixer les dommages et intérêts, la juridiction prend en considération les conséquences économiques négatives, dont le manque à gagner, subies par la partie lésée, les bénéfices réalisés par l'auteur de l'atteinte aux droits et le préjudice*

3417 PH. LE TOURNEAU, *Droit de la responsabilité et des contrat*, préc., spéc. n° 45 - S. CARVAL, *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, préc. et « Vers l'introduction en droit français des dommages-intérêts punitifs ? », *RDC* 2006, p. 822 - A. JAULT, *La notion de peine privée*, préc. - Y.-M. LAITHIER, « Clause pénale et dommages et intérêts incitatifs », *in Droit et économie du contrat*, C. JAMIN (dir.), LGDJ 2008, p. 141 - M. CREMIEUX, « Réflexions sur la peine privée moderne », *in Etudes offertes à Pierre Kayser*, PUF 1979, p. 263 - G. VINEY, « L'appréciation du préjudice », *LPA* 19 mai 2005, p. 89 et « Quelques propositions de réforme du droit de la responsabilité civile », *D.* 2009, chron., p. 2944 – D. FASQUELLE et R. MESA, « La sanction de la concurrence déloyale et du parasitisme économique et le rapport Catala », *D.* 2005, p. 2666 - M. CHAGNY, « La notion de dommages et intérêts punitifs et ses répercussions sur le droit de la concurrence », *JCP G* 2006, I, 149 et « La place des dommages et intérêts dans le contentieux des pratiques anti-concurrentielles », *Rev. Lamy dr. conc*, août 2005, p. 186, spéc. p. 189 - J. BOURTHOUMIEUX, « Dommages punitifs », *RGDA* 1996, p. 861 - S. PIEDELIEVRE, « Les dommages et intérêts punitifs : une solution d'avenir ? » *Resp. civ. et assur.*, n° spéc. juin 2001, p. 68 – V. également « Faut-il moraliser le droit français de la réparation du dommage ? », Acte du colloque CEDAG du 21 mars 2002, *LPA* 20 nov. 2002

3418 J. BOURTHOUMIEUX, « Dommages punitifs », préc.

3419 Cass. crim., 8 févr. 1977, n° 76-91772 : *Bull. crim.* 1977,n° 52 ; *Rev. sc. crim.* 1977, p. 580

3420 V. par ex. en matière de droit à la vie privée : Cass. 1re civ., 5 nov. 1996, n° 94-14798 : *Bull. civ.* 1996, n° 378 ; *D.* 1997, p. 403, note S. LAULOM et 1997, somm. p. 289, note P. JOURDAIN ; *JCP G* 1997, II, 22805, note J. RAVANAS et 1997, I, 4025, note G. VINEY : « *Mais attendu que selon l'article 9 du Code civil, la seule constatation de l'atteinte à la vie privée ouvre droit à réparation ; que la cour d'appel, après avoir constaté l'atteinte portée au droit de Mme Y.... au respect de sa vie privée par la publication litigieuse révélant sa vie sentimentale, a souverainement évalué le montant du préjudice subi ; qu'elle a ainsi légalement justifié sa décision* » – En matière de concurrence déloyale : Cass. com., 9 févr. 1993, n° 91-12258 : *Bull. civ.* 1993, n° 53 ; *JCP E* 1994, II, 545, note C. DANGLEHANT ; *Contrats, conc., consom.* 1993, comm. 49 : « *Attendu qu'en statuant ainsi, alors qu'il s'inférait nécessairement des actes déloyaux constatés l'existence d'un préjudice pour la société MBF, fût-il seulement moral, la cour d'appel a violé* [l'article 1382 du Code civil] »

3421 M. BACACHE-GIBEILI, *Traité de droit civil,* t. 5*, Les obligations ; la responsabilité civile extracontractuelle*, préc., spéc. n° 587, p. 665

moral causé au titulaire de ces droits du fait de l'atteinte ». La prise en compte de l'avantage que l'auteur du dommage a pu retirer de sa faute dans la fixation de la réparation du préjudice est pourtant contraire au principe de réparation intégral et constitue bien une reconnaissance de la possibilité de dommages et intérêt punitifs[3422].

L'autre argument en faveur d'une timide reconnaissance des dommages et intérêts punitifs relevé par Madame Bacache-Gibeili est un arrêt de la Cour de cassation du 1er décembre 2010. Cette décision a été rendue à l'occasion d'un litige portant sur l'exequatur d'une décision américaine. A cette occasion, la Cour de cassation énonce expressément que « *si le principe d'une condamnation à des dommages-intérêts punitifs, n'est pas, en soi, contraire à l'ordre public, il en est autrement lorsque le montant alloué est disproportionné au regard du préjudice subi et des manquements aux obligations contractuelles du débiteur* »[3423].

494. La réparation du préjudice. Le Doyen Savatier a défini ainsi le principe de la réparation en 1951 : « *le propre de la responsabilité civile est de rétablir, aussi exactement que possible, l'équilibre détruit par le dommage, en remettant la victime, aux dépens du responsable, dans la situation où elle aurait été sans l'acte reproché à celui-ci* »[3424]. Cette formulation a été reprise quasi à l'identique par la jurisprudence : « *le propre de la responsabilité civile est de rétablir aussi exactement que possible l'équilibre détruit par le dommage et de replacer la victime, aux dépens du responsable, dans la situation où elle se serait trouvée si l'acte dommageable n'avait pas eu lieu* »[3425].

La réparation du préjudice a donc pour objet de replacer la victime dans la situation qu'aurait été la sienne en l'absence de trouble[3426]. Elle bénéficie, en matière délictuelle, du principe de la réparation intégrale[3427]. Le préjudice doit donc être réparé « *entièrement et efficacement* »[3428]. La victime ne peut pas, en revanche, se prévaloir du dommage pour obtenir un enrichissement personnel : elle ne peut percevoir ni plus ni moins que ce qu'elle a perdu ou n'a pas pu gagner[3429]. En matière contractuelle, la mesure de la réparation doit tenir

---

3422 T. AZZI, La loi du 29 octobre 2007 de lutte contre la contrefaçon », *D.* 2008, p. 700, spéc. n°35

3423 Cass. 1re civ., 1er déc. 2010, n° 09-13303 : *Bull. civ.* 2010, n° 248 ; *D.* 2011, p. 423, note F.-X. LICARI ; *JCP G* 2011, II, 435, note PH. STOFFEL-MUNCK ; *Resp. civ. et assur.* 2005, étude 5, note V. WESTER-OUISSE ; *RTD civ.* 2011, p. 124, note B. FAGES et p. 317, note P. REMY CORLAY ; *RDC* 2011, p. 459, note S. CARVAL

3424 R. SAVATIER, *Traité de la responsabilité civile en droit français*, t. II, LGDJ 2e éd. 1951, spéc. n° 601

3425 Cass. 2e civ., 28 oct. 1954, n° : *Bull. civ.* 1954, n° 328 ; *JCP G* 1955, II, 8765 ; *RTD civ.* 1955, p. 324, note H. et L. MAZEAUD

3426 M. BACACHE-GIBEILI, *Traité de droit civil,* t. 5*, Les obligations ; la responsabilité civile extracontractuelle*, préc., spéc. n° 553 et .s, p. 630 et s.

3427 C. COUTANT-LAPALUS, *Le principe de la réparation intégrale en droit privé*, PUAM 2002 - C. GRARE, *Recherche sur la cohérence de la responsabilité délictuelle*, préc., spéc. n° 272 et s., p. 197 et s.

3428 G. VINEY et P. JOURDAIN, *Les effets de la responsabilité*, LGDJ 3e éd. 2010, spéc. n° 57 p. 154

3429 C. GRARE, *Recherche sur la cohérence de la responsabilité délictuelle*, préc., spéc. n° 275 p. 199

compte d'un autre facteur : le consentement du débiteur. Ce dernier n'est tenu que des risques prévisibles au jour de la formation du contrat comme le rappel le Code civil : « *Le débiteur n'est tenu que des dommages et intérêts qui ont été prévus ou qu'on a pu prévoir lors du contrat, lorsque ce n'est point par son dol que l'obligation n'est point exécutée* »[3430]. Le contraire risquait en effet de remettre en cause le principe du consensualisme : le débiteur n'a donné son consentement qu'au regard des risques auxquels il s'exposait[3431].

Il ne suffit pas que ce préjudice existe pour que la responsabilité de l'auteur du dommage soit engagée. Il faut en outre que ce préjudice soit anormal.

B : LA CONDITION D'UN PREJUDICE ANORMAL

495. La prise en compte de l'anormalité du préjudice par le droit positif. Le critère de l'anormalité du préjudice ne fait pas partie des caractères classiques requis par la doctrine et la jurisprudence. Le préjudice, pour être indemnisable, doit normalement être certain, direct et légitime[3432]. Il arrive toutefois que le droit positif se réfère à la normalité ou non du préjudice.

Un premier exemple est donné par la responsabilité administrative. Le contrat social impose certaines contraintes et tout un chacun doit accepter son lot de servitudes. Certains préjudices sont inhérents à la vie en société et ne seront donc pas indemnisables[3433]. Ils sont normaux. Lorsqu'un dommage résulte d'une rupture de l'égalité devant les charges publiques, la victime peut demander réparation de son préjudice dès lors qu'elle démontre le caractère anormal et spécial de celui-ci[3434]. Il en est ainsi notamment des dommages non accidentels causés par l'exécution de travaux publics ou des ouvrages publics[3435] et des dommages causés par la loi[3436].

Un deuxième exemple peut être trouvé dans la prise en charge des accidents médicaux par la solidarité nationale[3437]. La loi du 4 mars 2002 a instauré l'Office national d'indemnisation des accidents médicaux, des affections iatrogènes (ONIAM). Cet organisme a pour but d'indemniser les victimes médicales en l'absence de responsabilité reconnue d'un

---

3430 article 1150 du Code civil

3431 M.-E. ROUJOU DE BOUBEE, *Essai sur la notion de réparation*, LGDJ 1974, spéc. p. 302 et s.

3432 F. TERRE, PH. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*, préc., spéc. n° 699 p. 713

3433 G. JESE, « Principes de droit public », *RDP* 1938 p. 89

3434 R. CHAPUS, *Droit administratif général*, t. 1, préc. spéc. n° 1507 p. 1364

3435 CE sect. 24 juill. 1931, n° 99872, *Comm. de Vic-Fezensac : Rec. CE* 1931 p. 860 ; *D.* 1931, 3, 51, note P.-L. J.

3436 CE Ass. 14 janv. 1938, *Soc. des produits laitiers La Fleurette : Rec. CE* 1938 p. 25 ; D. 1938, 3, 41, concl. ROUJOU, note L. ROLAND ; *RDP* 1938, p. 87, note G. JESE ; *S.* 1938, 3, 25, note p. LAROQUE

3437 M. BACACHE-GIBEILI, *Traité de droit civil,* t. 5*, Les obligations ; la responsabilité civile extracontractuelle*, préc., spéc. n° 814 et s., p. 909 et s.

professionnel ou d'un établissement de santé[3438]. L'indemnisation du préjudice de la victime sera pourtant conditionnée, entre autres, au fait que « *le dommage doit avoir eu pour le patient des conséquences anormales au regard de son état de santé, comme de l'évolution prévisible de celui-ci* »[3439]. Cela a été rappelé dans un arrêt de 2011 qui a rejeté la demande d'indemnisation d'un patient : « *Mais attendu que l'article L. 1142-1,II du code de la santé publique ne met à la charge de la solidarité nationale, en l'absence de responsabilité d'un professionnel, d'un établissement, d'un service ou organisme de santé ou d'un fournisseur de produits, que l'indemnisation des dommages directement imputables à des actes de prévention, de diagnostic ou de soins qui ont eu pour le patient des conséquences anormales au regard de son état de santé comme de l'évolution prévisible de celui-ci ; qu'ayant constaté que, selon les experts, compte tenu de ses antécédents vasculaires, Christian X... était particulièrement exposé à la complication hémorragique survenue dont les conséquences, si préjudiciables fussent-elles, n'étaient pas anormales au regard de son état de santé comme de l'évolution prévisible de celui-ci, la cour d'appel, qui n'était pas tenue de suivre les parties dans le détail de leur argumentation, en a exactement déduit que l'indemnisation du dommage subi par le patient ne relevait pas de la solidarité nationale* »[3440]. Encore une fois, si le dommage existe, sa réparation ne peut intervenir que si le préjudice qui en résulte n'est pas anormal.

La réparation des troubles anormaux du voisinage constitue un troisième exemple. Cette construction jurisprudentielle repose elle aussi sur l'idée que la vie en société impose certaines contraintes et que les préjudices qui en résultent ne doivent être réparés que s'ils dépassent un certain seuil de nuisance[3441]. La jurisprudence fonde ses décisions sur un principe général du droit selon lequel : « *nul ne doit causer à autrui un trouble anormal du voisinage* »[3442]. Le dommage est généré du simple fait du voisinage avec une activité dont-il

---

3438 article L. 1142-22 du code de la santé publique

3439 M. BACACHE-GIBEILI, *Traité de droit civil,* t. 5*, Les obligations ; la responsabilité civile extracontractuelle*, préc., spéc. n° 817 p. 911

3440 Cass. 1re civ., 31 mars 2011, n° 09-17135 : *Bull. civ.* 2011, I ; *D.* 2011, act. jurispr. p. 1075, note I. GALLMEISTER ; *Resp. civ. et assur.* 2011, comm. 188, note C. RADE ; *RTD civ.* 2011, p. 553, note P. JOURDAIN

3441 G. VINEY et P. JOURDAIN, *Les conditions de la responsabilité*, préc., spéc. n° 939 p. 1200 - M. BACACHE-GIBEILI, *Traité de droit civil,* t. 5*, Les obligations ; la responsabilité civile extracontractuelle*, préc., spéc. n° 613 p. 694

3442 Cass. 2e civ., 19 nov. 1986, n° 84-16379 : *Bull. civ.* 1986, n° 172 - Cass. 3e civ., 24 oct. 1990, n° 88-19383 : *Bull. civ.* 1990, n° 205 - Cass. 2e civ., 19 févr. 1992, n° 90-21072 : *Bull. civ.* 1992, n° 60 ; *Resp. civ. et assur.* 1992, comm. 178 ; *D.* 1993, somm. 37, note A. ROBERT - Cass. 2e civ., 28 juin 1995, n° 93-12681 : *Bull. civ.* 1995, n° 222 ; *Resp.. civ. et assur.* 1995, comm. 327 ; *RD imm.* 1996, p. 175, note J.-L. BERGEL ; *D.* 1996, somm. p. 59, note A. ROBERT ; *RTD civ.* 1996, p. 179, note P. JOURDAIN ; *Defrénois* 1995, art. 36210, p. 1412, obs. J.-L. AUBERT - Cass. 3e civ., 26 juin 1996, n° 93-21820 : *Resp. civ. et assur.* 1996, comm. 318 ; *RJDA* 1996, n° 1244 - Cass. 3e civ., 11 févr. 1998, n° 96-10257 : *Bull. civ.* 1998, n° 34 ; *D.* 1999, p. 529, note S. BEAUGENDRE - Cass. 3e civ., 11 mai 2000, n° 98-18249 : *Bull. civ.* 2000, n° 106 ; *D.* 2001, somm. p. 2231, obs. P. JOURDAIN - Cass. 3e civ., 10 déc. 2003, n° 02-14350 : *RD imm.* 2003, p. 168, obs. F.-G. TREBULLE

résulte bruits, odeurs, fumées, poussière, assombrissement ou éclairement ou autres vibrations, voire enlaidissement[3443]. Peu importe que l'activité ait fait l'objet ou non d'une autorisation. Peu importe également que le dommage qui en résulte soit occasionnel ou continue. Le trouble anormal du voisinage est un régime de responsabilité sans faute ou « *l'anormalité du dommage ou son caractère excessif autorise le juge* […] *à se passer d'un fait générateur de responsabilité* »[3444]. *A contrario*, il existe un seuil de dommage au-dessous duquel l'activité, même gênante, ne peut donner lieu à réparation. Autrement dit, le voisinage peut générer un dommage normal, non réparable.

Ces trois exemples, même s'ils relèvent de régimes particuliers de responsabilité sans faute, montrent bien que la jurisprudence tient compte dans certains cas du degré de préjudice pour prononcer une obligation de réparation. Chaque citoyen doit accepter de supporter une part de lésion de ses intérêts due à la vie en société. Le législateur lui-même admet l'idée d'un préjudice normal. Le domaine du droit de la concurrence en est un excellent exemple. Il promeut au contraire l'existence d'un préjudice normal ! La prohibition des ententes interdit ainsi à des commerçants de s'accorder pour limiter les conséquences dommageables que leurs concurrences réciproques entrainent[3445].

PARAGRAPHE 2 : L'UNITE DE LA FAUTE DE CONTROLE

Le préjudice résultant de la faute de contrôle ne peut être réparé que s'il s'avère anormal (A). Il consistera alors en une perte de chance de ne pas subir un risque anormal (B).

A : L'ABSENCE DE PREJUDICE DU FAIT DE LA REALISATION D'UN RISQUE SOCIAL NORMAL

496. Le risque entrepreneurial normal. L'étude de la faute de contrôle a montré que l'activité entrepreneuriale présentait nécessairement des risques pour la société et les tiers.

[3443] G. VINEY et P. JOURDAIN, *Les conditions de la responsabilité*, préc., spéc. n° 950 p. 1213 - M. BACACHE-GIBEILI, *Traité de droit civil,* t. 5*, Les obligations ; la responsabilité civile extracontractuelle*, préc., spéc. n° 613 p. 694

[3444] M. BACACHE-GIBEILI, *Traité de droit civil,* t. 5*, Les obligations ; la responsabilité civile extracontractuelle*, préc., spéc. n° 618 p. 700

[3445] article L. 420-1 du Code de commerce : « *Sont prohibées même par l'intermédiaire direct ou indirect d'une société du groupe implantée hors de France, lorsqu'elles ont pour objet ou peuvent avoir pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence sur un marché, les actions concertées, conventions, ententes expresses ou tacites ou coalitions, notamment lorsqu'elles tendent à : 1° Limiter l'accès au marché ou le libre exercice de la concurrence par d'autres entreprises ; 2° Faire obstacle à la fixation des prix par le libre jeu du marché en favorisant artificiellement leur hausse ou leur baisse ; 3° Limiter ou contrôler la production, les débouchés, les investissements ou le progrès technique ; 4° Répartir les marchés ou les sources d'approvisionnement* »

Néanmoins, ce risque étant nécessaire pour la croissance économique nationale, il ne peut être sanctionné dès lors qu'il reste acceptable, normal[3446]. Quelques exemples permettent d'illustrer cette nécessité.

497. Le droit de la concurrence. Le principe constitutionnel de la liberté du commerce et de l'industrie consacre la libre concurrence : toute personne peut librement exercer une activité commerciale ou industrielle[3447]. Cela implique qu'elle puisse s'insérer dans un marché déjà exploité et donc qu'elle récupère à son profit des parts de marché auparavant détenues par ses concurrents[3448]. Ces derniers ne peuvent pas se prévaloir de la propriété de leur clientèle et ne peuvent judiciairement contester cet acte en raison du principe « *de licéité du préjudice concurrentiel lié au détournement de clientèle* »[3449]. Seul le détournement anormal de celle-ci pourra donc être sanctionné.

La concurrence déloyale constitue le droit commun de la concurrence[3450]. Elle est fondée sur les articles 1382 et 1383 du Code civil[3451]. En raison du caractère spécial de la clientèle, elle connaît pourtant un régime un peu particulier. La jurisprudence a en effet tendance à déduire de la faute le préjudice. Ce dernier ne résulte pas tant dans la perte de clientèle que dans le « trouble commercial » qui l'a permise[3452]. Un arrêt de 1980 illustre la volonté des juges de ne réparer que la concurrence anormale. En l'espèce, une société avait été reconnue coupable d'espionnage économique et de concurrence déloyale à l'égard d'un concurrent. Le litige portait sur le montant du préjudice causé. La Cour d'appel avait en effet réduit drastiquement le montant des dommages et intérêts dus et la victime avait formé un pourvoi.

3446 Cela ne veut pas dire nécessairement que l'activité dommageable normal n'ouvrira pas droit à réparation, mais dans ce cas, il ne s'agit plus de responsabilité mais de garantie. V. M.-E. ROUJOU DE BOUBEE, *Essai sur la notion de réparation*, préc. p. 79 et s.

3447 Cons. const., 16 janv. 1982 : préc. note 2230

3448 J. AZEMA, *Le droit français de la concurrence*, PUF 2e éd. 1989, spéc. n° 132 - J. KARILA DE VAN, « Le droit de nuire », *RTD civ.* 1995, p. 533 - R. PRIEUR, « Contribution à l'étude de la concurrence sur le marché », *RTD com.* 1960, p. 521

3449 *JCl. Concurrence consommation*, Fasc. 240, par J. PASSA, spéc. n° 5 - P. LECLERCQ, *Les clientèles attachées à la personne*, LGDJ 1965, spéc. p. 43 - A. PIROVANO, *La concurrence déloyale en droit français*, RTD comp. 1974, p. 467, spéc. p. 470 - *Rép. com. Dalloz* V° *Concurrence déloyale*, par Y. SERRA, spéc. n° 30

3450 Y. PICOD, « Plaidoyer pour une consécration législative de la concurrence déloyale », *in Mélanges en l'honneur d'Yves Serra - Etudes sur le droit de la concurrence et quelques thèmes fondamentaux*, Dalloz 2006, p. 359, spéc. p. 362

3451 Cass. com., 23 mars 1965, n° 61-10706 : *Bull. civ.* 1965, n° 228 : « *en dehors de stipulations contractuelles non invoquées en l'espèce, l'action en concurrence déloyale ou illicite ne pouvait être fondée que sur les dispositions des articles 1382 et 1383 du Code civil, qui impliquent notamment l'existence d'une faute commise par le défendeur et d'un préjudice souffert par le demandeur* » - Cass. com., 29 mai 1967 : *Bull. civ.* 1967, n° 209 - Cass. com., 23 oct. 1967 : *Bull. civ.* 1967, n° 336 - Cass. com., 19 juill. 1976 : *JCP G* 1976, II, 18507, note R.D.M. - Cass. com., 22 mars 1982, n° 81-11072 : *Bull. civ.* 1982, n° 114 – M. CHAGNY, *Droit de la concurrence et droit commun des obligations*, Dalloz 2004, spéc. n° 218 et s.

3452 Cass. com., 10 janv. 1989, n° 87-11498 : *Bull. civ.* 1989, n° 12 ; *D.* 1990, somm. p. 75, note Y. SERRA : « *Mais attendu, d'une part, que si les faits de concurrence déloyale, générateurs d'un trouble commercial, impliquent l'existence d'un préjudice, la cour d'appel a retenu souverainement que la société Roblot ne rapportait pas la preuve qui lui incombait de l'étendue du préjudice* » - Cass. com., 25 févr. 1992, n° 90-14329 : *Bull. civ.* IV, n° 88 – V. également : Cass. com., 9 févr. 1993, n° 91-12258 : préc. note 3420 - Cass. com., 27 févr. 1996, n° 94-16885 : *D.* 1997, somm. p. 104, obs. Y. SERRA ; *RJDA* 1996, n° 732

La Cour de cassation rejeta ce dernier. C'est à bon droit que la Cour d'appel « *a pu distinguer dans le préjudice allégué la perte revenant aux manœuvres antérieures comme postérieures* [aux actes illicites] *dont elle n'a pas remis en cause le caractère déloyal et celle relevant du jeu normal de la concurrence exercée en toute liberté par* [leurs auteurs] »[3453]. Un même dommage, la perte de clientèle, peut donc être à la fois un préjudice normal, non susceptible de réparation, et un préjudice anormal, dont la cause impose compensation.

498. Le trouble anormal du voisinage. Comme son nom l'indique, ce trouble du voisinage n'intéresse le juge que par son anormalité. Les premiers arrêts relatifs à ces troubles anormaux évoquent d'ailleurs l'existence d'un trouble normal : « *si, d'un côté, on ne peut méconnaître que le bruit causé par une usine, lorsqu'il est porté à un degré insupportable pour les propriétés voisines, ne soit une cause légitime d'indemnité ; d'un autre côté, on ne peut considérer toute espèce de bruit causé par l'exercice d'une industrie comme constituant le dommage qui peut donner lieu à une indemnité* »[3454]. L'activité industrielle ou commerciale, parce qu'elle est nécessaire, est source de nuisance acceptable dont les voisins ne sauraient se plaindre[3455]. La loi elle-même consacre cette idée lorsqu'elle reconnaît que la préexistence de l'activité gênante interdit toute action aux voisins nouvellement installés[3456].

La jurisprudence donne de nombreux exemples de situations où le trouble est certain mais pas anormal. Il en est ainsi de l'odeur liée à l'utilisation d'une rôtissoire sur le trottoir au voisinage d'une parfumerie[3457], du bruit causé par l'exploitation d'une carrière audible uniquement dans certaines conditions de vent[3458] ou encore de la gêne sonore engendrée par l'organisation ponctuelle de soirées musicales par un hôtel dans une ville touristique[3459]. La Cour d'appel, s'agissant de cette dernière espèce, avait même relevé que ces nuisances sonores étaient constitutives « *d'un trouble normal du voisinage lorsque l'activité musicale les générant restait cantonnée aux horaires et fréquences prévus au programme et autorisés par le maire* ».

3453 Cass. com., 11 févr. 1980, n° 78-12626 : *Bull. civ.* 1980, n° 66

3454 Cass. civ., 27 nov. 1844 : *GAJ. Civ.* 2007, t. 1, n° 79 p. 491 ; *DP* 1845, 1, p. 13 ; *S.* 1844, 1, p. 811

3455 V. *supra* n° 495

3456 article L. 112-16 du Code de la construction et de l'habitation : « *Les dommages causés aux occupants d'un bâtiment par des nuisances dues à des activités agricoles, industrielles, artisanales, commerciales ou aéronautiques, n'entraînent pas droit à réparation lorsque le permis de construire afférent au bâtiment exposé à ces nuisances a été demandé ou l'acte authentique constatant l'aliénation ou la prise de bail établi postérieurement à l'existence des activités les occasionnant dès lors que ces activités s'exercent en conformité avec les dispositions législatives ou réglementaires en vigueur et qu'elles se sont poursuivies dans les mêmes conditions* »

3457 CA Versailles, 22 oct. 1986 : *JurisData* n° 1986-045500

3458 CA Toulouse, 27 déc. 2005 : *JurisData* n° 2005-300609

3459 Cass. 2e civ., 6 juin 2002, n° 00-17733 : *RD imm*. 2003, p.46

499. La responsabilité du fait des produits défectueux. L'article 1386-1 du Code civil dispose : « *le producteur est responsable du dommage causé par un défaut de son produit, qu'il soit ou non lié par un contrat avec la victime* »[3460]. Ce producteur est celui qui, à titre professionnel, produit une matière première ou fabrique un produit fini ou l'un de ses composants[3461]. Par extension, est également considéré comme producteur celui qui appose sa marque sur un produit ou en assure l'importation[3462]. Ce régime particulier de responsabilité met à la charge du producteur une responsabilité de plein droit[3463]. La victime n'a pas besoin de prouver une faute du producteur mais uniquement le défaut de la chose[3464]. Néanmoins, le fabricant pourra se défendre en invoquant « le risque de développement »[3465]. L'article 1386-11, 4° du Code civil dispose en effet que : « *le producteur est responsable de plein droit à moins qu'il ne prouve :* […] *4° Que l'état des connaissances scientifiques et techniques, au moment où il a mis le produit en circulation, n'a pas permis de déceler l'existence du défaut* ». Cette cause d'exonération consacre l'existence d'un préjudice normal lié à un défaut d'un produit indécelable en l'état des connaissances au jour de sa production. Elle est reconnue afin de ne pas entraver l'innovation technologique et de ne pas alourdir de façon démesurée le coût de production final[3466]. L'intérêt général justifie encore une fois que chacun subisse une part des inconvénients du développement économique.

500. La procédure collective. L'issue d'une procédure collective ouverte contre une entreprise est un dernier exemple du préjudice normal lié à l'activité sociale. La faillite de celle-ci peut en effet conduire ses créanciers à se voir imposer des délais de paiement voire des abandons de créances pour faciliter son redressement[3467]. Enfin, en cas de liquidation, « *le jugement de clôture de liquidation judiciaire pour insuffisance d'actif ne fait pas recouvrer aux créanciers l'exercice individuel de leurs actions contre le débiteur* »[3468]. Autrement dit,

---

3460 M. BACACHE-GIBEILI, *Traité de droit civil,* t. 5*, Les obligations ; la responsabilité civile extracontractuelle*, préc., spéc. n° 674 et s., p. 767 et s.

3461 article 1386-6 al. 1er du Code civil – Sur la notion de produit, V. N. MOLFESSIS, « Les produits en cause », *in* « actes du colloque : La responsabilité du fait des produits défectueux (loi du 19 mars 1998) », *LPA* 28 déc. 1998, p. 20

3462 article 1386-6 al. 2 du Code civil

3463 F. TERRE, PH. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*, préc., spéc. n° 994 p. 998

3464 article 1386-9 du Code civil

3465 P. OUDOT, *Le risque de développement. Contribution au maintien du droit à réparation*, EUD 2005 - O. BERG, « La notion de risque de développement en matière de responsabilité du fait des produits défectueux », *JCP G* 1996, I, 3945 - C. CHADELAT, « Risque de développement », *RGDA* 1998, p. 425 - CH. LARROUMET, « La notion de risque de développement, risque du XXIe siècle », *in Clés pour le siècle*, Dalloz 2000, p. 1589 - M. BACACHE-GIBEILI, *Traité de droit civil,* t. 5*, Les obligations ; la responsabilité civile extracontractuelle*, préc., spéc. n° 708 p. 800

3466 F. TERRE, PH. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*, préc., spéc. n° 996 p. 1000 - CH. LARROUMET, « La notion de risque de développement, risque du XXIe siècle », préc., spéc. n° 1628 p. 1600 - M. BACACHE-GIBEILI, *Traité de droit civil,* t. 5*, Les obligations ; la responsabilité civile extracontractuelle*, préc., spéc. n° 710 p. 802

3467 articles L. 626-30-2 et L. 626-18 du Code de commerce

3468 article L. 643-11 I du Code de commerce

l'échec d'une entreprise peut causer un dommage non réparable à ses partenaires économiques du fait de la perte de leurs créances. Ce préjudice est normal et résulte du risque inhérent à toute entreprise.

B : LA PERTE DE CHANCE DU FAIT DE LA FAUTE DE CONTROLE

501. Notion de perte de chance et lien de causalité. Selon la jurisprudence, « *l'élément de préjudice constitué par la perte d'une chance peut présenter en lui-même un caractère direct et certain chaque fois qu'est constatée la disparition, par l'effet du délit, de la probabilité d'un évènement favorable, encore que, par définition, la réalisation d'une chance ne soit jamais certaine* »[3469]. La notion de perte de chance permet de remédier à l'absence de caractère certain du dommage[3470]. Ce qui est certain n'est pas le dommage lui-même mais le fait qu'il a été causé ou n'a pas pu être évité. Le dommage constitué par la perte de chance ne sera retenu qu'à deux conditions : l'existence d'une chance de gain ou d'un risque de perte et le fait que cette chance ait été perdue ou que le risque n'ait pu être évité. Comme l'explique Monsieur Pradel, le préjudice nait du doute de la victime sur l'existence du lien de causalité entre la faute et le dommage causé par l'absence de réalisation de la chance ou la réalisation du risque[3471]. Attention, cela ne doit pas remettre en cause l'existence d'un lien de causalité entre le fait du responsable et la perte de chance ou la réalisation du risque. Si l'on prend l'exemple d'un étudiant devant passer un examen, il devra prouver le lien de causalité entre la faute du cycliste qui l'a renversé et le fait qu'il se trouve blessé et hospitalisé. Il subsistera par contre toujours un doute sur le lien de causalité entre le fait dommageable et le fait que l'étudiant n'a pas obtenu son diplôme. Il eût pu tout simplement manquer de connaissances.

A l'exception du dirigeant dans le cadre de la responsabilité pour insuffisance d'actif, dont nous avons vu qu'elle ne nécessitait qu'un lien de causalité partiel pour des raisons purement pragmatiques[3472], tous les autres intervenants dans la vie sociale ne voient leur responsabilité engagée du fait du contrôle que si l'on parvient à démontrer un lien de causalité entre leur faute et le dommage. En réalité, la faute de contrôle n'est pas la cause du dommage mais la cause de la perte d'une chance de non-réalisation du risque social.

3469 Cass. crim., 18 mars 1975, n° 74-92118 : *Bull. crim.* 1975, n° 79 - Cass. crim., 6 juin 1990, n° 89-83703 : *Bull. crim.* 1990, n° 224 ; *RTD civ.* 1991, p. 121, note P. JOURDAIN

3470 Y. CHARTIER, *La réparation du préjudice*, Dalloz 1996, spéc. p. 13 - M. BACACHE-GIBEILI, *Traité de droit civil,* t. 5*, Les obligations ; la responsabilité civile extracontractuelle*, préc., spéc. n° 366 p. 402

3471 X. PRADEL, *Le préjudice dans le droit civil de la responsabilité*, préc. spéc. n° 190 p. 238

3472 V. *supra* n° 384

502. La perte de chance de non-réalisation du risque social. L'activité sociale est, nous l'avons montré à maintes reprises, une activité aléatoire qui, par définition, emporte une chance de gain ou un risque de perte. Il s'agit même d'une condition légale d'existence d'une société. Toute personne qui tisse des relations d'affaire, de clientèle, ou même de simple voisinage, avec une société, sait donc, ou est présumée savoir, qu'elle supporte un risque[3473]. Ce risque est soit choisi, c'est le cas pour les cocontractants, soit imposé par des considérations d'intérêt général, c'est le cas pour les tiers. La société elle-même supporte le risque né du choix de ses dirigeants, qui seront plus ou moins compétents.

La victime d'une faute de contrôle ne peut donc pas se prévaloir du dommage qu'elle a subi pour demander réparation de son préjudice. En effet, ce dommage peut tout à fait résulter de la réalisation d'un risque normal qui pouvait, ou même parfois devait, être pris par le dirigeant. Elle ne peut que se prévaloir du risque anormal qu'a fait courir ce dernier sur la société. Elle ne peut se prévaloir que de la perte de chance que le risque social se réalise ou non[3474].

Le malade qui place sa vie entre les mains de son médecin n'a aucune garantie qu'il lui sauvera, mais si le praticien lui fait subir des examens anormalement risqués et que le patient décède, il perd une chance de survie. De même, la société n'a aucune garantie que les décisions prises par son dirigeant lui seront profitables mais si celles-ci sont anormalement risquées et conduisent à des pertes substantielles, la société perd une chance de bénéfice, ou, à tout le moins, de limiter ses pertes. Cette perte de chance est proportionnelle à la gravité du risque pris au regard du risque normalement encouru par une société dirigée par le « bon dirigeant ».

Le même raisonnement s'applique à la victime d'un contrôleur. Celle-ci se prévaut des conséquences dommageables de l'exercice du pouvoir d'autorisation, de sanction ou d'information du contrôleur. Cette faute a entrainé pour la victime une prise de risque anormale au regard du risque social normal. Elle ne peut pas se prévaloir d'une garantie de l'absence de tout dommage, puisque celui-ci est inhérent à l'activité sociale, mais uniquement de la perte de chance que ce dommage ne se produise pas.

503. Un début de reconnaissance jurisprudentielle. La jurisprudence ne fait pas un tel constat. Elle admet bien souvent que les actes du dirigeant ou les fautes des contrôleurs font naître un préjudice certain directement réparable. Pourtant les décisions se multiplient en droit

---

3473 V. les exemples de consécration de ce risque *supra* n° 496 et s.

3474 Il faut garder en tête que ce risque social est constitué de la chance de gain et du risque de perte

des affaires, qui font référence à cette perte de chance en raison de la réalisation d'un risque social.

La jurisprudence tient compte, dans ses décisions, de l'aléa social et de l'incertitude quant à la réalisation de bénéfice par la société. Le fait de ne pas recevoir les bénéfices escomptés ne peut donc que constituer une perte de chance. Un premier exemple nous est donné par un arrêt de 2011. L'associé majoritaire d'une société avait convenu de céder ses parts à une autre société. Il refusa finalement de régulariser la situation et finit par vendre les parts à un tiers. La Cour d'appel prononça la résolution de cette vente mais retint que le préjudice ne pouvait « *s'analyser qu'en une perte de chance de percevoir les dividendes escomptés de l'exploitation de la société* » et non à l'intégralité des bénéfices réalisés par la société pendant la durée de l'instance. La Cour de cassation rejeta le pourvoi formé par la victime[3475]. Le second exemple concerne la réparation du préjudice subi par un investisseur potentiel du fait d'une information trompeuse[3476]. La jurisprudence retient généralement que le préjudice est constitué par la perte de chance de réaliser un meilleur investissement[3477]. Dans un arrêt de 2010, la Cour de cassation énonce, dans un attendu de principe, que « *celui qui acquiert ou conserve des titres émis par voie d'offre au public au vu d'informations inexactes, imprécises ou trompeuses sur la situation de la société émettrice perd seulement une chance d'investir ses capitaux dans un autre placement ou de renoncer à celui déjà réalisé* »[3478]. Cette solution pourrait être étendue à toute personne déçue par les résultats réalisés par une société au regard des informations erronées qu'elle avait à disposition[3479].

3475 Cass. com., 6 sept. 2011, n° 10-15525 : *Bull. Joly Sociétés* 2011, p. 960, note T. MASSART : « *Mais attendu que la résolution du protocole emportant anéantissement rétroactif de la convention de cession des parts sociales et remise des choses en leur état antérieur, c'est à bon droit que la cour d'appel a retenu que le préjudice de la société Finalp concernant les exercices 2008 et 2009 ne pouvait s'analyser qu'en une perte de chance de percevoir les dividendes escomptés de l'exploitation de la société X* »

3476 S. SCHILLER, « L'actionnaire plus facilement indemnisé en cas de diffusion d'une information erronée », *LPA* 10 sept. 2010, p. 4 et « L'indemnisation du préjudice de l'actionnaire en cas de diffusion d'une information erronée », *Dr. sociétés* 2009, étude 12 - V. MAGNIER, « Information boursière et préjudice des investisseurs », *D.* 2008, p. 558 - C. CLERC, « La réparation du préjudice subi par un actionnaire du fait de la diffusion de fausses informations », *RTDF* avr. 2007, p. 31

3477 N. SPITZ, *La réparation des préjudices boursiers*, La Revue Banque, 2010, spéc. n° 379 p. 235

3478 Cass. com., 9 mars 2010, n° 08-21547 : préc. note 2636

3479 V. par ex. pour la perte de chance d'échapper à l'obligation de mise en conformité pesant sur le cessionnaire dans le cadre d'un plan de redressement : Cass. com., 30 nov. 2010, n° 09-71954 : préc. note 3016 : « *Attendu que Mme Z... et M. Y...font grief à l'arrêt de les avoir condamnés in solidum au paiement d'une provision à valoir sur l'indemnisation du préjudice de la société NAC alors, selon le moyen, que le propre de la responsabilité civile est de replacer la victime dans la situation où elle se serait trouvée si l'acte dommageable ne s'était pas produit ; qu'en jugeant que, par la faute de Mme Z... et de M. Y..., la société cessionnaire s'était trouvée contrainte de supporter le coût de la mise en conformité et qu'elle avait perdu une chance d'y échapper, sans rechercher si, dans l'hypothèse où la société NAC n'aurait pas acquis les actifs litigieux, sa situation aurait été meilleure, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article 1382 du code civil ; Mais attendu qu'ayant retenu que le préjudice de la société NAC consistait en la perte d'une chance, dans une proportion qu'elle a souverainement appréciée, la cour d'appel n'avait pas à effectuer une recherche qui ne lui était pas demandée ; que le moyen n'est pas fondé* »

Il existe beaucoup d'autres exemples d'utilisation de la notion de perte de chance en droit des affaires. Le préjudice du fait d'une perte de chance peut être invoqué par la société elle-même lorsque la faute a pu retarder la découverte d'une fraude commise par un salarié[3480]. Il peut être soulevé par la caution qui se trouve obligée de rembourser un prêt accordé par une banque à la société suite à des informations erronées[3481]. Les créanciers peuvent encore se plaindre de l'accroissement du passif lié au retard du déclenchement d'une procédure collective qui risque d'empêcher le règlement de leurs créances[3482]. Le cédant d'une société peut se plaindre d'une modification de l'activité de cette dernière par le cessionnaire, ce qui lui a fait perdre une chance de bénéficier de la mise en œuvre d'une clause d'*earn out* et donc d'un complément de prix[3483]. Un associé minoritaire peut demander réparation de la perte de chance de vendre ses parts du fait de la dissolution abusive votée par l'associé majoritaire[3484]…

La notion de perte de chance est donc de plus en plus présente en droit des sociétés et plus largement en droit des affaires. Elle présente en effet un double intérêt : faciliter la tâche de la victime quant à la démonstration du lien de causalité entre la faute du contrôleur et le

---

3480 Cass. com., 19 oct. 1999, n° 97-13446 : préc. note 2965 : « *le commissaire aux comptes avait certifié les comptes de la société de façon hâtive et fautive, compte tenu d'une importante écriture de régularisation du compte client, dont l'anormalité aurait dû attirer son attention, alors qu'un examen sérieux, conforme aux normes professionnelles, l'aurait conduit à formuler toutes réserves ; que dès lors qu'il ne résultait pas de ces appréciations et énonciations que les réserves auxquelles auraient dû conduire les diligences omises auraient, à elles seules, empêché la poursuite des détournements, la cour d'appel a pu décider que le préjudice subi par la société consistait dans la perte d'une chance de mettre fin à ces détournements dans les meilleurs délais* »

3481 Cass. com. 24 sept. 2003, n° 00-19067 : préc. note 2885 : « *Vu l'article 1382 du Code civil ; Attendu que, pour rejeter l'action en responsabilité dirigée contre le commissaire aux comptes, l'arrêt retient, par motifs propres et adoptés, que, quelles que soient les conclusions du commissaire aux comptes, les dirigeants auraient sollicités les crédits avec les garanties d'usage, ainsi que le démontrent leur comportement passé comme leur attitude ultérieure, en particulier celle des administrateurs après le refus de certification des comptes, et qu'en conséquence il n'existe aucun lien de causalité entre l'activité du commissaire aux comptes et le préjudice de la caution ; Attendu qu'en se déterminant ainsi, sans rechercher si les négligences du commissaire aux comptes, relevées par les premiers juges, n'avaient pas permis à la banque de croire à la solvabilité de la SVN et privé en conséquence M. X... d'une chance de n'avoir pas à s'obliger en qualité de caution, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision* »

3482 CA Aix-en-Provence, 1er déc. 2011 : *Bull. Joly Sociétés* 2012 p. 232, note H. BARBIER : « *Ces fautes ont fait perdre aux créanciers une chance d'échapper à l'aggravation de l'insuffisance d'actif consécutive à la poursuite de l'activité* »

3483 CA Paris, ch. 9, 15 sept. 2011, RG n° 07/02102 : *Bull. Joly Sociétés* 2012, p. 27, note A. COURET : « *Considérant, toutes choses égales par ailleurs, que si un périmètre sensiblement constant d'activités avait été conservé au sein d'une entité juridique restée indépendante jusqu'au 30 juin 2006 au moins, en fonction des nombreuses analyses et hypothèses versées au dossier par les parties, il apparaît qu'un complément de prix aurait pu être versé ; Que si l'indemnisation d'une perte de chance ne peut pas correspondre à la totalité du gain escompté, qu'en l'espèce le taux de chance est élevé compte tenu des bons résultats réalisés juste avant et juste après la cession* »

3484 Cass. com., 8 févr. 2011, n° 10-11788 : préc. note 2859 : « *Mais attendu qu'après avoir relevé que la décision de liquider la société a été prise à l'initiative de la société TFN sans motifs sérieux, l'arrêt retient que cette société a abusivement profité de sa position d'associée majoritaire au sein de la société Casif pour mettre un terme aux activités de cette entreprise, empêchant par là même toute possibilité d'exécution des engagements conclus entre elle et la société MCR, et que ces agissements fautifs ont causé à cette dernière un préjudice constitué par la perte d'une chance de pouvoir céder les titres en sa possession dans les conditions contractuellement prévues ; qu'en l'état de ces constatations et appréciations faisant ressortir que la décision de dissolution avait été prise contrairement à l'intérêt social et dans l'unique dessein de permettre à l'associé majoritaire de se soustraire à ses engagements envers l'associé minoritaire, la cour d'appel a légalement justifié sa décision* »

préjudice, mais également modérer le montant du préjudice engendré par cette faute[3485]. En réalité, comme nous l'avons montré, c'est le seul préjudice qui peut résulter de la faute de contrôle en raison de l'aléa qui caractérise le risque social.

[3485] M. BACACHE-GIBEILI, *Traité de droit civil,* t. 5*, Les obligations ; la responsabilité civile extracontractuelle*, préc., spéc. n° 370 p. 409

SECTION 3 : VERS UNE COHERENCE DES REGIMES

Les fondements de la responsabilité du fait du contrôle sont extrêmement variés. Certains contrôlaires et contrôleurs voient leur responsabilité engagée sur le fondement de textes spéciaux, d'autres sur le droit commun de la responsabilité délictuelle ou contractuelle, les derniers sur le fondement de la responsabilité administrative. Cette multitude de fondements entraine une multitude de régimes. Elle entraine de fait d'importantes inégalités quant à l'étendue de la responsabilité de chaque contrôlaire ou contrôleur alors pourtant que le fait générateur de cette responsabilité reste toujours relativement similaire.

S'il n'est pas possible de faire l'impasse sur l'existence de trois grands régimes de responsabilité : délictuelle, contractuelle et administrative, chacune ayant sa raison d'être, il reste toutefois possible de redonner un minimum de cohérence à la responsabilité du fait du contrôle et ainsi rétablir une certaine égalité de traitement entre les auteurs de fautes de contrôle.

Paragraphe 1 : l'auteur du dommage : le bénéfice de l'écran de la personnalité morale

Paragraphe 2 : la victime du dommage : l'extension de l'action *ut singuli*

Paragraphe 3 : la mise en œuvre de l'action en responsabilité

PARAGRAPHE 1 : L'AUTEUR DU DOMMAGE : L'EXTENSION DU BENEFICE DE L'ECRAN DE LA PERSONNALITE MORALE

Actuellement, seuls les dirigeants sociaux de droit disposent du bénéfice de l'écran de la personnalité morale. Leur responsabilité ne peut donc être engagée que par la société, les tiers devant s'adresser exclusivement à cette dernière. S'il semble normal que les dirigeants de droit bénéficient de cette protection (A), il semble injustifié de ne pas l'étendre à toute personne intervenant dans le cadre du contrôle organique, voire aux dirigeants de fait (B). Seuls les contrôleurs extérieurs à la société devraient donc assumer personnellement leur responsabilité à l'égard des tiers (C).

A : L'ECRAN DE LA PERSONNALITE MORALE

504. La responsabilité personnelle de la société du fait de ses organes. Comme l'exposent Madame Viney et Monsieur Jourdain, deux fondements sont possibles à la responsabilité propre de la société. Soit on considère que la société ne peut être douée de volonté et dans ce cas sa responsabilité ne peut être qu'une responsabilité du fait d'autrui : du fait de ses organes ; soit on admet que la personne morale est une entité autonome sur laquelle pèse une responsabilité personnelle, de son propre fait, même si sa volonté est exprimée par autrui[3486]. C'est cette deuxième conception qui a les faveurs du droit positif et de la doctrine. La jurisprudence a eu l'occasion d'énoncer plusieurs fois que « *la personne morale répond des fautes dont elle s'est rendue coupable par ses organes et en doit la réparation à la victime sans que celle-ci soit obligée de mettre en cause, sur le fondement de l'article 1384, alinéa 5, lesdits organes pris comme préposés* »[3487]. Un arrêt de 2008 le réaffirme[3488] : des associés d'une SCI avaient consenti des nantissements sur leurs parts sociales au profit d'une banque. Ultérieurement, les parts ont été cédées à un tiers avec l'autorisation du gérant (prévue dans les statuts) sans que ce dernier relève le nantissement. La banque a alors demandé réparation au gérant et à la société. La Cour d'appel rejeta cette dernière demande en énonçant que « *la banque ne caractérise ni ne démontre une quelconque faute personnellement imputable à cette société, distincte de celle de son gérant et en relation causale avec le préjudice dont elle sollicite réparation* ». La Cour de cassation casse cet arrêt au motif « *qu'une société répond des fautes qu'elle commet par ses organes agissant dans l'exercice de leurs fonctions* ». Autrement dit, la faute de l'organe se confond avec la faute de la société : il n'y a pas lieu de distinguer le fait du dirigeant du fait de la société. Michoud l'écrivait déjà il y a près d'un siècle : « *la personne morale est donc responsable des actes de ses organes, non pas indirectement, comme le commettant est responsable de ses préposés, mais directement, parce qu'aux yeux de la loi ce sont ses propres actes* »[3489]. La société est donc responsable non seulement de son propre fait mais également du fait d'autrui ou du fait des choses[3490]. Elle

---

3486 G. VINEY et P. JOURDAIN, *Les conditions de la responsabilité*, préc., spéc. n° 853 p. 1080

3487 Cass. 2e civ., 27 avril 1977, n° 75-14761 : *Bull. civ.* 1977, n° 108 ; *D.* 1977, inf. rap. p. 442, note LARROUMET - Cass. 2e civ., 17 juill. 1967 : *Bull. civ*. 1967, n° 261 ; *Gaz. Pal.* 1967, 2, 235 ; *RTD civ.* 1968, p. 149, note DURRY

3488 Cass. com. 3 juin 2008, n° 07-12017 : *Bull. civ*. 2008, n° 114 ; *RD bancaire et fin.* 07/2008, p. 55, note D. LEGEAIS ; *RTD civ.* 2008, p. 701, note P. CROCQ ; *Bull. Joly Sociétés* 2008, p. 888, note J.-P. GARÇON ; *Rev. sociétés* 2009, p. 113, note B. DONDERO ; *RDC* 2009, p. 209, note A. AYNES

3489 L. MICHOUD, *La théorie de la personnalité morale et son application au droit français*, t. 2, LGDJ 2e éd. 1924, rééd. 1998, spéc. n° 275 p. 234

3490 M. COZIAN, A. VIANDIER et F. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, préc., spéc. n° 260 p. 148

doit par exemple réparer le dommage causé par un de ses préposés[3491] ou par les animaux dont elle a personnellement la garde[3492].

505. L'irresponsabilité de l'organe social à l'égard des tiers du fait d'une faute de contrôle. La société étant personnellement responsable des agissements de ses organes, ces derniers se trouvent par principe protégés de toute action en responsabilité engagée par des tiers[3493]. La jurisprudence pose cette immunité organique en principe : « *la responsabilité personnelle d'un dirigeant à l'égard des tiers ne peut être retenue que s'il a commis une faute séparable de ses fonctions et qui lui soit imputable personnellement* »[3494]. La faute détachable, fait générateur de responsabilité de l'organe à l'égard des tiers, reste aujourd'hui très difficile à établir[3495]. Elle ne saurait constituer une faute de contrôle puisque, par définition, elle s'inscrit dans un cadre extraordinaire à la gestion sociale[3496]. La faute de contrôle d'un organe social lui offre donc l'immunité à l'égard des tiers. Pourtant à l'heure actuelle, seuls les dirigeants de droit et le conseil de surveillance bénéficient de cette protection.

B : L'EXTENSION DE L'ECRAN DE LA PERSONNALITE MORALE A TOUS LES ORGANES SOCIAUX DE DROIT OU DE FAIT.

506. La protection des organes sociaux de droit. Si la jurisprudence permet aux organes de direction et au conseil de surveillance de bénéficier de l'écran de la personnalité morale, elle n'offre pas la même protection aux commissaires aux comptes et aux administrateurs provisoires et judiciaires de la société. On peut également penser à toutes les personnes intervenant obligatoirement dans certaines opérations sociales : commissaire aux apports, commissaire à la fusion… Tous sont en effet personnellement responsables à l'égard des tiers

---

3491 Cass. 2e civ., 12 mai 2011, n° 10-20590 : *Bull. civ.* 2011, II ; *D.* 2011, p. 1938, note O. GOUT ; *Resp. civ. et assur*. 2011, comm. 243, note C. RADE : condamne « *la société, en sa qualité de commettant des auteurs des violences* »

3492 Cass. 2e civ., 27 sept. 2001, n° 00-10208 : *Bull. civ.* 2001, n° 148 ; *D.* 2002, inf. rap. p. 2948 : « *Mais attendu que l'arrêt retient que le veau s'est échappé avant même d'avoir pu être livré aux époux X..., le préposé de la société ayant quitté les lieux sans l'avoir récupéré, et que son intrusion dans le troupeau de M. Y... a eu un rôle perturbateur et provoqué la charge du taureau qui n'avait auparavant jamais montré d'agressivité ; Que, de ces constatations et énonciations, la cour d'appel, justifiant légalement sa décision, a pu retenir que la société avait conservé la garde du veau, et, que celui-ci avait eu un rôle actif dans la réalisation de l'accident* » - Cass. 2e civ., 22 févr. 1984, n° 82-17061 : *Bull. civ.* 1984, n° 34 ; *D.* 1985, p. 19, note AGOSTINI ; *RTD civ.* 1985, p. 399, note J. HUET : « *la cour d'appel a pu déduire que, quelle que fut l'utilité de l'animal pour l'exercice de ses activités, la société Sicaworms avait sur celui-ci, au moment de l'accident, les pouvoirs de contrôle, de direction et d'usage qui caractérisent la garde* »

3493 L. MICHOUD, *La théorie de la personnalité morale et son application au droit français*, t. 2, préc., spéc. note 3 p. 234

3494 Cass. com., 28 avril 1998, n° 96-10253 : préc. note 2728

3495 Sur la notion de faute détachable, V. *supra* n° 387 et s.

3496 V. *supra* n° 389

des fautes commises dans le cadre de leur mission[3497]. La jurisprudence ne fait aucune référence à l'existence d'une potentielle faute détachable de leur part. Cette solution est pourtant injustifiée. Nous avons déjà montré le caractère organique du commissaire aux comptes dans la société[3498]. Ce dernier, même si sa mission est aujourd'hui largement tournée vers l'intérêt général, est d'abord au service des associés[3499]. L'information transmise aux tiers fait d'abord l'objet d'un vote de l'assemblée générale. Cette information comptable a un intérêt pour la société car elle forge sa réputation à l'égard des tiers. C'est elle qui permet à ses investisseurs, à ses fournisseurs, à ses clients, à l'ensemble de ses partenaires économiques et commerciaux de se fonder une opinion sur le risque transactionnel qu'ils prennent en contractant avec elle. On peut ajouter que dans les sociétés dépourvues de commissaires aux comptes, le contrôle de la comptabilité pèse uniquement sur les associés. Comme le remarque Monsieur Pagnucco, « *le commissaire aux comptes ne fait qu'exercer des prérogatives dont les associés demeurent les titulaires* »[3500]. La société doit donc assumer personnellement le risque que fait peser l'éventuelle information erronée. On peut ajouter que cette information comptable est établie par les dirigeants eux-mêmes. Si l'on ne peut engager leur responsabilité de ce fait en l'absence de faute détachable, pourquoi le commissaire aux comptes qui la vérifie devrait-il, lui, assumer personnellement cette responsabilité à l'égard des tiers ?

Les administrateurs provisoires, désignés judiciairement pour venir se substituer aux organes sociaux défaillants, doivent aussi pouvoir bénéficier de l'écran de la personnalité morale. Ils remplissent les mêmes fonctions que les dirigeants légaux de la société et la

---

3497 V. par exemple pour la responsabilité d'un commissaire aux comptes à l'égard d'un cocontractant de la société : Cass. com., 27 oct. 1992, n° 90-21127 : préc. note 2917 : « *Mais attendu que l'arrêt retient que l'insuffisance du contrôle effectué par M. X... avait été à l'origine de l'ignorance dans laquelle les sociétés Roux avaient été de la situation catastrophique de la société Pilotaz et donc du maintien de leurs rapports contractuels postérieurement au 1er décembre 1984, date à laquelle M. X... a certifié sincère et véritable le bilan de l'exercice 1983-1984 falsifié par le dirigeant de la société Pilotaz, ce dont il résultait qu'informées de la situation réelle de cette dernière, les sociétés Roux n'auraient pas conclu d'autres contrats comme elles l'ont fait ; que la cour d'appel a légalement justifié sa décision* » – Pour la responsabilité d'un administrateur provisoire à l'égard d'un créancier nantis de la société : Cass. com., 8 déc. 1992, n° 91-10758 : préc. note 2993 : « *Mais attendu, d'une part, qu'en retenant que la société Studio 18 n'était plus assurée contre l'incendie depuis six mois lors de l'entrée en fonction de M. X..., que celui-ci a attendu encore six autres mois avant de rechercher un assureur, tandis que sa nomination était intervenue précisément pour qu'une saine gestion soit rétablie, la cour d'appel a pu décider que cette négligence constituait une faute en relation directe avec la perte du fonds dont la CMDP supportait les effets ; Attendu, d'autre part, que l'arrêt relève que l'action engagée par la CMDP était fondée sur la responsabilité quasidélictuelle de l'administrateur provisoire ; qu'en retenant que M. X... avait commis une faute ayant causé préjudice à la CMDP, la cour d'appel, qui n'était pas tenue de répondre aux conclusions invoquées, fondées sur un contrat de cautionnement et inopérantes, a légalement justifié sa décision* »

3498 V. *supra* n° 134 – V. également G. VINEY et P. JOURDAIN, *Les conditions de la responsabilité*, préc., spéc. n° 857 p. 1086 qui évoque le commissaire aux comptes au coté du conseil de surveillance sous un titre « *Les fautes permettant de mettre en jeu la responsabilité personnelle de l'organe social* »

3499 V. *supra* n° 84

3500 J.-C. PAGNUCCO, *L'action sociale* ut singuli *et* ut universi *en droit des groupements*, Fondation Varenne 2006, spéc. n° 298 p. 172

représentent de la même façon à l'égard des tiers. Rien ne justifie qu'ils subissent un traitement différent quand leur faute présente les caractères classiques de la faute de gestion qu'aurait pu commettre un dirigeant légal[3501].

507. La protection des organes sociaux de fait. Le dirigeant de fait de la société se trouve également exclu du bénéfice de l'écran de la personnalité morale[3502]. Il y a derrière cela l'idée de sanctionner l'immixtion illégale dans les affaires sociales[3503]. La responsabilité du fait du contrôle n'est pourtant pas fondée sur l'idée de sanction mais a essentiellement vocation réparatrice. L'immixtion fautive, si elle doit être sanctionnée, devrait l'être sur d'autres fondements : pénaux ou disciplinaires. Cette « inégalité » qui frappe le dirigeant de fait ne va en effet pas de soi.

Un premier argument en faveur de l'extension de l'écran de la personnalité morale au dirigeant de fait nous est fourni par un arrêt de la Cour d'appel de Paris : « *Considérant qu'une personne morale répond personnellement des fautes dont se rendent coupables en son nom ses organes représentatifs et en doit réparation en ce qu'elles sont des fautes personnelles sans que la victime soit obligée de mettre en cause sur le fondement de l'article 1384, alinéa 5, du Code civil ses dirigeants de droit ou de fait qui ne sont pas nécessairement d'ailleurs ses préposés* »[3504]. D'après cette décision, la jurisprudence semble admettre que la personne morale puisse elle-même répondre des fautes commises par le dirigeant de fait. Cela signifie que l'absence de désignation légale n'empêche pas la représentation, au moins sur le fondement de l'apparence. D'après Monsieur Barbièri, « *si l'intéressé a agi comme organe « de fait » d'une personne morale, elle seule pourrait éventuellement être condamnée à réparer le dommage occasionné en son nom. En revanche, si le prétendu dirigeant de fait a été condamné personnellement à réparer, ne devrait-on pas admettre qu'il a commis une faute « séparable », non susceptible d'engager la responsabilité de la personne morale ?* »[3505]. En effet, la responsabilité de la société et celle de son dirigeant sont exclusives l'une de l'autre. Il est impossible de mettre à la charge de la société une faute séparable de son dirigeant car il ne s'agit plus d'un acte de contrôle[3506]. Lui seul doit donc l'assumer. A l'inverse, l'acte de contrôle, même fautif, engage la société, quelle que soit la qualité de son auteur.

3501 V. *supra* n° 425

3502 V. *supra* n° 444

3503 R. RAFFRAY, note sous Cass. com., 30 mars 2010, n° 08-17841, préc. note 2817

3504 CA Paris 5e ch. sect. B, 25 févr. 1999, RG n° 1997/22883 : *Bull. Joly Sociétés* 1999, p. 571, note J.-F. BARBIERI

3505 J.-F. BARBIERI, note sous CA Paris 5e ch. sect. B, 25 févr. 1999, RG n° 1997/22883, préc. note 3504

3506 A. KIRRY et M.-C. MONSALLIER-SAINT MLEUX, « Dirigeant de société et prise de risque », *JCP E* 2009, 1223, spéc. n° 36

Le second argument que l'on peut soulever est l'absence de sanction autre que la responsabilité pesant sur le dirigeant de fait. Ce dernier pourra en pratique gérer la société tant que ses actes ne sont pas préjudiciables à cette dernière ou aux tiers. La gestion de fait peut, en effet, s'opérer de bonne foi en l'absence de direction de droit efficace. La Cour de cassation n'exclut pas, d'ailleurs, que ce dirigeant de fait puisse invoquer la gestion d'affaires pour obtenir le remboursement des frais engagés à cette occasion. Elle l'a fait dans un arrêt de 2009 : le gérant de fait d'une SCI avait procédé à des travaux de rénovation dans l'immeuble de la société. Ce dernier avait ensuite été revendu mais le prix de vente ne couvrait pas la somme du prix d'achat et du coût des travaux. Le gérant de fait demanda le remboursement des frais par lui engagés et une rémunération. La Cour d'appel de Rennes rejeta cette demande au motif que le gérant de fait avait agi en vertu d'un mandat et que de toute façon la gestion n'avait pas été utile du fait de la vente à perte de l'immeuble. La Cour de cassation cassa cet arrêt : « *en privant, d'une part, M. Q… du bénéfice des dispositions relatives à la gestion d'affaires du seul fait de l'allégation, à titre subsidiaire, d'un mandat dont l'existence avait été écartée et qu'en déduisant, d'autre part, de la seule constatation d'une moins-value à la revente de l'immeuble, tant la non-conformité à l'intérêt social que l'absence d'utilité des travaux qu'il avait entrepris et des démarches qu'il avait effectuées, quand cette revente était intervenue plusieurs années après les actes accomplis, la cour d'appel a violé les textes susvisés* (articles 1372 et 1375 du Code civil) »[3507]. Si Monsieur Hovasse doute de la régularité de cette décision[3508], Monsieur Dondero et Madame Coquelet rappellent que « *la direction de fait d'une société ne constitue pas* per se *une situation illicite et n'exclut donc pas, pour cette raison, le droit pour son auteur de recevoir rémunération dès lors que son immixtion a tourné au profit de la société* »[3509] et que « *si l'activité du gérant de fait est sans doute « irrégulière », en ce qu'elle n'est pas prévue par la loi ou les statuts de la société gérée, il* […] *semble néanmoins excessif de lui attribuer un caractère nécessairement illicite, et d'en déduire une exclusion systématique de l'application de la gestion d'affaires* »[3510]. Si la gestion de fait peut être utile à la société, il serait alors anormal que le dirigeant de fait ne puisse pas bénéficier de la protection de l'écran de la personnalité morale.

508. Le recours de la société contre ses organes. L'extension de la protection de la personnalité morale ne constitue une protection des organes sociaux de droit ou de fait qu'à

3507 Cass. 1re civ., 3 févr. 2011, n° 10-30093 : *Bull. Joly Sociétés* 2011, p.400, note B. DONDERO ; *Dr. sociétés* 2001, comm. n° 66, note H. HOVASSE ; *JCP E* 2011, 1194, note M.-L. COQUELET

3508 H. HOVASSE, note sous Cass. 1re civ., 3 févr. 2011, n° 10-30093, préc. note 3507

3509 M.-L. COQUELET, note sous Cass. 1re civ., 3 févr. 2011, n° 10-30093, préc. note 3507

3510 B. DONDERO, note sous Cass. 1re civ., 3 févr. 2011, n° 10-30093, préc. note 3507

l'égard des tiers. La société peut toujours se retourner contre ses organes car elle en est la première victime[3511]. Toute faute de contrôle pourra alors être invoquée et les auteurs du préjudice social ne sauraient invoquer l'absence de faute détachable pour écarter leur responsabilité[3512].

C : LA RESPONSABILITE PERSONNELLE DES CONTROLEURS EXTERIEURS

509. L'absence de qualification d'organe social de droit ou de fait. Les contrôlaires, de droit ou de fait, doivent bénéficier de l'écran de la personnalité morale. Il en va de même pour les organes de contrôle-surveillance de la société. Seuls les contrôleurs extérieurs à la société sont donc susceptibles d'engager leur responsabilité personnelle à l'égard des tiers sans pouvoir se retrancher derrière l'action sociale. Cela s'explique par le fait qu'ils ne peuvent être qualifiés d'organes, de droit ou de fait, de la société. Ils n'interviennent pas en raison d'une obligation légale. Ils ne sont pas désignés par les associés ou les statuts. Ils ne se substituent pas en fait ou en droit à un organe défaillant. Il s'agit de contrôleurs contractuels (banquier, auditeur, agence de notation…) ou institutionnels (AMF, ACP, inspection du travail…).

PARAGRAPHE 2 : LA VICTIME DU DOMMAGE : L'EXTENSION DE L'ACTION *UT SINGULI*

L'étude de la responsabilité du fait du contrôle montre une autre particularité : si la société doit assumer la responsabilité du fait des fautes de ses organes, elle en est également, en tant qu'objet du contrôle, très souvent la principale victime (A). L'extension de l'action *ut singuli* permettrait généralement de faciliter la réparation du préjudice subi par les victimes indirectes (B). Les tiers victimes directes seront peu nombreux et donc les cas d'action directe limités (C).

A : LA SOCIETE, VICTIME PRINCIPALE DES FAUTES DE CONTROLE

510. La société victime directe ou indirecte. La société peut être la victime directe des fautes de contrôle, qu'elles soient le fait de ses contrôlaires ou de ses contrôleurs. Le premier

---

3511 V. *infra* n° 510
3512 V. *supra* n° 379

exemple nous est donné par les fautes de gestion commises par le dirigeant. Les mauvais choix des contrôlaires peuvent conduire à l'appauvrissement direct de la société[3513] ou à empêcher la réalisation d'un profit[3514]. Les contrôleurs peuvent aussi causer un dommage direct à la société. Les associés peuvent ainsi autoriser un acte du dirigeant au détriment de la société[3515]. Le commissaire aux comptes peut faire perdre une chance de déceler un détournement[3516]. Le préfet peut refuser illégalement une autorisation d'exploiter à une installation classée. L'agence de notation peut sous-noter la société et entrainer la mise en jeu de clause de *rating triggers*. Le banquier peut octroyer un prêt disproportionné au regard des capacités de remboursement de la société[3517]… Les exemples sont nombreux.

La société peut aussi être la victime indirecte des fautes de contrôle. Elle peut en effet être personnellement tenue de réparer le préjudice subi par un tiers en raison de la faute d'un contrôlaire ou d'un contrôleur. Elle pourra alors se retourner contre ces derniers. La société peut, par exemple, être tenue de payer des dommages et intérêts du fait de l'impossibilité d'exécuter un contrat du fait de son dirigeant[3518], de verser des indemnités à un salarié protégé

3513 Cass. com., 28 mai 2002, n° 98-20333, préc. note 2693 : « *Mais attendu qu'ayant relevé, par motifs adoptés, que M. X... s'était discrédité vis-à-vis de la clientèle en faisant preuve de déloyauté sur le plan commercial, n'établissait pas les avoirs correspondant aux retours, n'exécutait pas les livraisons, faisait contracter à la société des emprunts envers des membres de son personnel, s'était fait octroyer une rémunération mensuelle de 31 000 francs bruts alors que la société avait subi une perte nette de 898 823 francs, que certains clients avaient procédé à des paiements en espèces qui n'avaient fait l'objet d'aucune écriture comptable, et que ces fautes de gestion dolosives avaient conduit à la ruine de la société Meyric, lui causant ainsi un grave préjudice, la cour d'appel a légalement justifié sa décision* »

3514 CA Lyon, 27 mai 2004, n° 2002/06151 : préc. note 2695 : « *Attendu que la S.A.R.L. Institut des Algues Benthiques a subi un préjudice résultant pour le moins du fait qu'elle a perdu le contrôle de sa filiale, la société IBA (Malte) qu'elle entendait conserver comme prolongeant sa propre activité et par conséquence au minimum une chance de réaliser des profits commerciaux* »

3515 Cass. 1re civ., 20 mars 1989, n° 87-16862 : préc. note 2838 : « *Mais attendu qu'ayant constaté que la réduction de loyer très excessive et anormale consentie à la SCP avait fait bénéficier celle-ci d'une réduction de ses charges en créant pour la SCI un déficit d'exploitation que M. X... devait contribuer à couvrir, la cour d'appel, qui n'était pas tenue de répondre à un simple argument a pu déduire de ces constatations que la délibération critiquée, contraire à l'intérêt de la société et prise dans le dessein de favoriser les deux associés majoritaires au détriment du troisième, constituait un abus de droit* »

3516 Cass. com., 19 oct. 1999, n° 97-13446 : préc. note 2965 : « *le commissaire aux comptes avait certifié les comptes de la société de façon hâtive et fautive, compte tenu d'une importante écriture de régularisation du compte client, dont l'anormalité aurait dû attirer son attention, alors qu'un examen sérieux, conforme aux normes professionnelles, l'aurait conduit à formuler toutes réserves ; que dès lors qu'il ne résultait pas de ces appréciations et énonciations que les réserves auxquelles auraient dû conduire les diligences omises auraient, à elles seules, empêché la poursuite des détournements, la cour d'appel a pu décider que le préjudice subi par la société consistait dans la perte d'une chance de mettre fin à ces détournements dans les meilleurs délais* »

3517 Cass. com., 18 janv. 2011, n° 09-17425 : préc. note 3279 : « *Mais attendu que l'arrêt relève que lors de la souscription du prêt, la société, en cours de constitution, n'avait aucune expérience et ses deux associés fondateurs étaient profanes l'un, en matière financière et l'autre, en matière d'économie de la restauration, de sorte qu'ils ne pouvaient, en l'absence de conseils justifiés de la banque, connaître les risques inhérents à cette opération financière si les résultats de la société, dans une activité à risque et fortement fluctuante, ne s'avéraient pas aussi prometteurs que le laissait entrevoir l'analyse financière ;* […]*; qu'ayant ainsi fait ressortir que la société était un emprunteur non averti et que, lors de la souscription de ce prêt in fine manifestement inadapté, la banque lui a fait prendre, sans la mettre en garde, un risque financier totalement inutile et excessif, la cour d'appel, qui n'était pas tenue d'entrer dans le détail de l'argumentation des parties, a légalement justifié sa décision* »

3518 Cass. 3e civ., 2 juill. 1974, n° 73-11364 : préc. note 2672 : « *qu'en second lieu, l'arrêt constatant que Winterrer a faussement affirmé le caractère suffisant des versements accomplis pour la parfaite terminaison des locaux, la cour d'appel a pu décider qu'il avait engagé sa responsabilité envers la société en commettant une erreur lourde dans*

licencié suite à l'annulation de l'autorisation de l'inspection du travail[3519], ou encore de payer des pénalités de retard en cas de redressement fiscal suite à la faute de l'expert-comptable…

511. L'action en réparation du préjudice social. Les sociétés, personnes morales, disposent d'une pleine capacité de jouissance à l'instar des personnes physiques[3520]. L'article 1123 du Code civil leur est pleinement applicable. Elles disposent donc par principe des mêmes droits et obligations que les personnes physiques[3521]. Elles peuvent ester en justice pour la défense de leurs droits dès lors que les formalités requises pour leur constitution sont bien remplies[3522]. A fortiori, elles peuvent former une action en responsabilité civile pour obtenir réparation des atteintes à leurs intérêts propres[3523], y compris devant les juridictions pénales[3524].

L'action en réparation du préjudice social doit faire l'objet d'une distinction selon l'auteur du dommage. Lorsque celui-ci est un organe de contrôle de la société, un cocontractant ou un tiers, l'action en responsabilité est une action classique. Elle est exercée par le représentant légal de la société[3525]. Par contre, lorsque le préjudice résulte d'une faute de contrôle d'un dirigeant, l'action en réparation engagée par la société prend le nom d'action sociale[3526]. Cette

---

l'accomplissement de ses fonctions, erreur qui avait engagé la responsabilité de la société à l'égard de Collard, et condamner Winterrer à garantir celle-ci de la totalité des condamnations prononcées contre elle »

3519 CAA Nancy, 9 oct. 1990, n° 89NC00751 : préc. note 3110 : « *Considérant qu'à la suite de l'annulation de la décision administrative en date du 28 septembre 1978 autorisant le licenciement de M. MOSCOVICI, la société DAVOINE a été condamnée par un jugement définitif du conseil de prud'hommes de DIJON en date du 20 juin 1985 à verser à l'intéressé une somme de 283 500,87 F à titre de rappel de salaires jusqu'au 15 juin 1984, date de sa réintégration et une somme de 100 000 F à titre de dommages-intérêts ; que le versement de ces sommes est en relation directe avec l'annulation de l'autorisation de licenciement de M. MOSCOVICI ; que la société DAVOINE est également fondée à demander que soient incluses dans le préjudice indemnisable les cotisations sociales versées en complément des rappels de salaires pour un montant de 123 003,27 F* »

3520 G. RIPERT et R. ROBLOT, par M. GERMAIN et V. MAGNIER, *Traité de droit de affaires*, t. 2, *Les sociétés commerciales*, préc., spéc. n° 1148 p. 139 - Cons. const., 4 juill. 1989, n° 89-254 DC : *Rev. sociétés* 1990, p. 27, note Y. GUYON : qui applique le principe d'égalité devant la loi aux personnes morales

3521 V. par ex. Cass. 3e civ., 29 févr. 1972, n° 71-10083 : *Bull. civ.* 1972, n° 135 ; *JCP G* 1972, II, 17192 : sanction interdisant la cession d'un bail commercial à une personne morale : la Cour de cassation ne fait aucune distinction : « *la clause incriminée n'avait pas pour conséquence de rendre la cession du bail plus difficile, mais bien de la rendre impossible à toute une catégorie d'acquéreurs* »

3522 V. pour association Cass. crim., 12 avril 2005, n° 04-85982 : *Bull. crim*. 2005, n° 121 : « *si toute personne morale qui se prétend victime d'une infraction est habilitée à se constituer partie civile devant la juridiction répressive, ce droit, qui s'exerce dans les conditions prévues par l'article 2 du Code de procédure pénale, requiert, s'agissant d'une association, qu'elle remplisse les formalités exigées par l'article 5 de la loi du 1er Juillet 1901, auxquelles toute association, française ou étrangère, doit se soumettre pour obtenir la capacité d'ester en justice* »

3523 G. WICKER, « Personne morale », préc., spéc. n° 73

3524 Cass. crim., 24 juin 1971, n° 69-93360 : *Bull. crim.* 1971, n° 207 ; *D.* 1971, jurispr. p. 655 : la Cour d'appel ayant déclaré irrecevable la constitution de partie civile d'une société, la Cour de cassation casse l'arrêt au motif que « *qu'en fondant ainsi sa décision sur des motifs tirés de l'interprétation de conventions particulières qui ne tendaient qu'à prémunir les nouveaux porteurs de parts contre les charges d'un passif imprévu et sans rechercher si les infractions reprochées étaient, à les supposer établies, de nature à affecter le patrimoine social, la cour d'appel, qui admet au moins implicitement que le compromis du 24 octobre 1961 n'a pas mis fin a l'existence de la société de Flambermont représentée par A... Bernard a méconnu le principe de la personnalité morale des sociétés* »

3525 *JCl. Sociétés Traité*, Fasc. 149-20, par F. VINCKEL, spéc. n° 6 et s. - J.-C. PAGNUCCO, *L'action sociale* ut singuli *et* ut universi *en droit des groupements*, spéc. n° 422 et s. p. 240 et s.

3526 PH. MERLE, *Droit commercial, Sociétés commerciales*, préc., spéc. n° 409 p. 488 - J.-C. PAGNUCCO, *L'action sociale* ut singuli *et* ut universi *en droit des groupements*, spéc. n° 3 p. 5 et références citées note 16 p. 5

action sociale devra être mise en œuvre par le représentant légal de la société par le biais de l'action *ut universi*[3527]. Il peut toutefois arriver que cette dernière action soit paralysée. Le dirigeant sera généralement peu enclin à former une action contre lui-même si le préjudice social résulte de sa propre faute de contrôle[3528].

L'utilité de la distinction entre l'action classique et l'action sociale est maigre mais non inexistante : à la différence de l'action classique, l'action sociale est ouverte aux associés par le biais de l'action *ut singuli*. Il serait pourtant souhaitable d'étendre les titulaires et le domaine de cette dernière.

B : L'EXTENSION DE L'ACTION *UT SINGULI* A TOUTES LES VICTIMES INDIRECTES ET A L'ENCONTRE DE TOUS LES RESPONSABLES DE PREJUDICE SOCIAL

L'action *ut singuli* n'est aujourd'hui ouverte qu'aux associés et à l'encontre des dirigeants (1). Elle mériterait pourtant d'être étendue aux victimes du préjudice social et à l'encontre de tous ses auteurs (2).

1 : UNE ACTION CANTONNEE

512. La nature de l'action *ut singuli* des associés[3529]. Cette action est permise expressément par les articles 1843-5 du Code civil, L. 223-22 et L. 225-252 du Code de commerce. Le législateur avait prévu l'inertie probable d'un dirigeant responsable. Cette action est un droit propre de l'associé[3530]. C'est cette qualité, et elle seule, qui suffit à pouvoir agir au nom de la société[3531]. Le fondement de cette action est discuté. Pour certains auteurs, l'associé tire ce droit du fait qu'il est partie au contrat de société. Il est membre d'un organe social collectif, l'assemblée générale, ayant désigné l'organe de direction. Il est « *le mandant du ou des mandataires sociaux* »[3532]. Le dirigeant doit donc lui rendre des comptes personnellement et l'associé dispose d'un pouvoir de sanction. Ce pouvoir passe par la révocation mais aussi par la mise en cause du dirigeant. C'est donc sa qualité de membre du

---

3527 M. COZIAN, A. VIANDIER et F. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, préc. spéc. n° 287 p. 167

3528 M. COZIAN, A. VIANDIER et F. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, préc. spéc. n° 287 p. 167

3529 V. *supra* n° 395

3530 Cass. crim., 12 déc. 2000, n° 97-83470 : *Bull. crim*. 2000, n° 372 ; *D.* 2001, p. 1031, note M. BOIZARD ; *Bull. Joly Sociétés* 2001, p. 508, note J.-F. BARBIERI ; *Rev. sociétés* 2001, p. 323, note A. CONSTANTIN ; *Rev. sociétés* 2001, p. 865, note B. BOULOC : « *Mais attendu qu'en prononçant ainsi, alors que l'intervention, devant les premiers juges, du représentant légal de la société ne pouvait priver le demandeur du droit propre, appartenant à l'actionnaire, de présenter des demandes au profit de celle-ci et de relever appel en son nom, la cour d'appel a méconnu le sens et la portée des textes susvisés* »

3531 Cass. com., 6 mai 1991, n° 89-16900 : préc. note 2801 : « *l'action sociale peut être exercée par un actionnaire agissant individuellement* »

3532 J.-C. PAGNUCCO, *L'action sociale* ut singuli *et* ut universi *en droit des groupements*, spéc. n° 274 et s. p. 154 et s.

groupement qui lui confèrerait le pouvoir de se substituer à son représentant légal défaillant et de représenter la société à l'occasion de l'action en justice[3533].

Monsieur Vinckel critique cette nature[3534]. Il soulève plusieurs arguments contre l'idée de représentation par l'associé dans le cadre de l'action *ut singuli*. D'abord, la jurisprudence admet que l'associé puisse former une action *ut singuli* alors que l'un des représentants légaux est déjà intervenu à l'instance[3535]. Ensuite, l'article R. 225-170 du Code de commerce dispose que « *lorsque l'action sociale est intentée par un ou plusieurs actionnaires, agissant soit individuellement, soit dans les conditions prévues à l'article R. 225-169, le tribunal ne peut statuer que si la société a été régulièrement mise en cause par l'intermédiaire de ses représentants légaux* ». Cela serait parfaitement inutile si la société était déjà représentée par l'un des associés. Enfin, l'action *ut singuli* reste à la disposition de l'associé qui peut librement transiger avec le dirigeant[3536] ou renoncer à son action[3537] sans devoir en rendre compte à la société et aux autres associés, ce à quoi il serait tenu s'il était un représentant de substitution. Pour Monsieur Vinckel, l'action *ut singuli* doit plutôt être rapprochée de l'action oblique[3538]. L'article 1166 du Code civil dispose que « *les créanciers peuvent exercer tous les droits et actions de leur débiteur, à l'exception de ceux qui sont exclusivement attachés à la personne* ». L'associé ne représente pas la société mais se substitue à elle. Il agit dans son propre intérêt et non dans celui de la société, même s'il agit à sa place et en son nom[3539]. En tant que créancier de la société, il agit contre un débiteur de cette dernière : le mandataire social auteur du dommage. Pour autant, le parallèle ne saurait être absolu : l'action *ut singuli* n'est pas une action oblique. L'associé, à la différence du créancier de l'action oblique[3540], n'a pas à démontrer qu'il dispose d'une créance certaine, liquide et exigible à l'encontre de son

---

3533 J.-C. PAGNUCCO, *L'action sociale* ut singuli *et* ut universi *en droit des groupements*, spéc. n° 433 p. 247

3534 *JCl. Sociétés Traité*, Fasc. 149-20, par F. VINCKEL, spéc. n° 44

3535 Cass. crim., 12 déc. 2000, n° 97-83470 : préc. note 3530 : « *Mais attendu qu'en prononçant ainsi, alors que l'intervention, devant les premiers juges, du représentant légal de la société ne pouvait priver le demandeur du droit propre, appartenant à l'actionnaire, de présenter des demandes au profit de celle-ci et de relever appel en son nom, la cour d'appel a méconnu le sens et la portée des textes susvisés* »

3536 CA Paris, 14 mai 1982 : *BRDA* 1982, n°17, p. 11

3537 CA Versailles, 29 mars 1978 : *JCP G* 1979, II, 19209, note Y. GUYON ; *D.* 1979, inf. rap. p. 106, note BOUSQUET ; *D.* 1980, jurispr. p. 116, note J. GUYENOT ; *Rev. sociétés* 1978, p. 711, note D. SCHMIDT : « *considérant que* [l'article 245 de la loi de 1966] *confère à l'actionnaire qu'un droit d'exercice de l'action sociale mais non point un pouvoir de disposition sur cette action ; qu'il s'en suit que le fait que* [l'associée] *se soit désistée « de son instance et de son action » et ait renoncé au bénéfice du jugement* […] *n'est pas de nature à faire obstacle à la poursuite de l'action sociale par d'autres actionnaires en présence de la carence des dirigeants sociaux* »

3538 *JCl. Sociétés Traité*, Fasc. 149-20, par F. VINCKEL, spéc. n° 44

3539 F. TERRE, PH. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*, préc. spéc. n° 1141 p. 1131

3540 Cass. 1re civ., 4 janv. 1983, n° 81-15865 : *Bull. civ.* 1983, n° 1 : « *la cour d'appel n'a pas établi l'existence d'une créance liquide, d'un montant déterminé, servant de base à l'appréciation de l'intérêt du trésorier principal à exercer l'action oblique* »

débiteur, autrement dit de la société[3541]. Elle est donc une action *sui generis* en substitution du représentant légal défaillant.

513. Une action contre le dirigeant uniquement. L'action *ut singuli* reste une action extrêmement limitée d'abord quant à son domaine. D'après les articles 1843-5 du Code civil, L. 223-22 et L. 225-252 du Code de commerce, elle ne permet aux associés que d'« *intenter l'action sociale en responsabilité contre* [les dirigeants] » à la place des représentants légaux. La jurisprudence refuse d'en faire un principe général et exige qu'elle soit prévue par un texte spécial[3542]. Elle ne permet donc pas d'agir contre d'autres débiteurs de la société, par exemple contre le commissaire aux comptes[3543]. Pourtant les associés peuvent trouver un intérêt à agir à la place de la société contre des tiers lorsque la jurisprudence leur interdit d'agir personnellement faute d'un préjudice personnel distinct du préjudice social[3544]. En cela également l'action *ut singuli* se distingue de l'action oblique[3545]. Elle ne permet pas non plus d'agir sur d'autres fondements que la responsabilité civile du dirigeant, notamment de demander la nullité d'une décision du dirigeant ou de faire appel d'une décision de justice[3546].

514. Le refus de permettre l'action *ut singuli* aux tiers victimes du préjudice social. L'action *ut singuli* est également très limitée quant à ses titulaires. Elle n'est ouverte qu'aux associés puisqu'elle constitue l'un de leurs droits propres et qu'elle ne peut être reconnue en l'absence de texte spécial. Il arrive pourtant parfois que des tiers subissent un préjudice indirect du fait du préjudice social. Ils seront alors privés de l'action sociale et seront à la merci du bon vouloir du dirigeant. On peut par exemple penser au cédant de droits sociaux tenu d'une clause de garantie d'actif ou de passif. Ayant cédé ses titres, il ne peut plus agir sur le fondement de l'action *ut singuli*[3547] et comme il est devenu un tiers, il doit prouver

---

3541 *JCl. Sociétés Traité*, Fasc. 149-20, par F. VINCKEL, spéc. n° 44

3542 Cass. 1re civ., 30 janv. 1980, n° 78-14577 : préc. note 2973 : « *sauf exception prévue par la loi, seules les personnes habilitées à représenter une personne morale peuvent intenter une action en justice au nom de celle-ci* »

3543 V. *supra* n° 421

3544 Cass. com., 8 févr. 2011, n° 09-17034 : *Bull. civ.* 2011, n° 19 ; *RTD civ.* 2011, p. 350, note B. FAGES ; *Bull. Joly Sociétés* 2011, p. 378, note F.-X. LUCAS ; *D.* 2011, p. 1535, note BOUCOBZA et SERINET : « *la recevabilité de l'action en responsabilité engagée par un associé à l'encontre d'un cocontractant de la société est subordonnée à l'allégation d'un préjudice personnel et distinct de celui qui pourrait être subi par la société elle-même* » - Cass. 3e civ., 8 juin 2010, n° 09-66802 : *Bull. Joly Sociétés* 2011, p. 17, note M.-L. Coquelet

3545 cette dernière ne repose sur aucune condition tenant à la qualité du débiteur final car elle n'estqu'« *un corollaire du droit de gage général* » : F. TERRE, PH. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*, préc. spéc. n° 1143 p. 1133

3546 V. *supra* n° 395

3547 Cass. 2e civ., 12 nov. 1987, n° 85-11008 : préc. note 2802 : « *Attendu que seuls les actionnaires peuvent, soit en agissant individuellement, soit en se groupant s'ils représentent au moins le vingtième du capital social, intenter l'action sociale en responsabilité contre les dirigeants ou encore demander réparation du préjudice subi personnellement ; Attendu qu'en déclarant l'ordonnance du 19 juillet 1984 commune à la société Dicorop et à M. X..., président-directeur général de cette société, à la demande de M. Z... qui n'étant plus actionnaire de cette société, ne pouvait plus intenter l'action en réparation d'un préjudice né avant qu'il ait perdu cette qualité, la cour d'appel a violé les textes susvisés* »

l'existence d'une faute détachable pour agir contre le dirigeant, quand bien même celui-ci serait à l'origine de la mise en œuvre de la garantie.

2 : UNE ACTION A ETENDRE

515. L'extension de l'action *ut singuli* quant à son domaine. L'extension de l'action *ut singuli* à tous les organes sociaux de fait ou de droit est indispensable. Il s'agit du corollaire de l'extension prônée de l'écran de la personnalité morale. Si les organes sociaux de droit ou de fait doivent être protégés de l'action directe des tiers, ils doivent répondre de leurs actes à l'égard de la société. Néanmoins, cette mise en cause est rare. Nous l'avons vu, les dirigeants sont rarement prêts à agir contre eux-mêmes. L'esprit de corps ne risque pas non plus de les inciter à agir contre leurs semblables. De même, il y a peu de chance que le dirigeant mène une action contre le commissaire aux comptes de la société qui n'a pas révélé ses propres errements… On peut aller au-delà. L'inaction du représentant légal de la société peut résulter d'un conflit d'intérêts. Pourquoi agirait-il au nom de la société contre un débiteur de sa connaissance ou même contre un associé à qui il doit son statut ? L'action *ut singuli* permet de remédier à ses difficultés. Bien évidemment, il s'agirait dans le même temps de faciliter la mise en œuvre de cette action et notamment de permettre à l'associé de faire supporter le cout de l'action par la société.

516. L'extension de l'action *ut singuli* quant à son titulaire. La jurisprudence refuse d'étendre les titulaires de l'action *ut singuli*. Tout au plus a-t-elle admis que les associés d'une société mère puissent former cette action au nom de cette dernière et de sa filiale[3548]. Il semble pourtant également opportun d'ouvrir l'action *ut singuli* à toute personne victime indirecte du préjudice social. Nous l'avons vu, les tiers peuvent aussi souffrir des difficultés de la société. Nous avons évoqué le cédant de droits sociaux mais plus largement, les partenaires économiques et commerciaux de l'entreprise ont intérêt à ce que la société se porte bien. Quel crédit aura un fournisseur d'une entreprise en difficulté auprès de ses propres créanciers ? Pourtant, le droit commun des obligations, s'il offre à ces tiers le bénéfice de l'action oblique, exige que pour agir ils démontrent l'existence d'une créance certaine, liquide et exigible. Lorsqu'ils y parviendront, il sera peut-être trop tard.

3548 Cass. crim., 13 déc. 2000, n° 99-82875 : préc. note 2810 : « *Attendu que pour allouer à la société A., agissant par un de ses actionnaires, la somme de 3,1 MF de dommages-intérêts, la cour d'appel énonce que la société peut obtenir, non seulement la réparation du préjudice qu'elle a subi du fait de l'abus de ses biens, mais également l'indemnisation du dommage résultant des abus de biens sociaux subis par une société filiale. Attendu qu'en cet état, les juges du second degré ont justifié leur décision* »

517. L'action *ut singuli*, action oblique facilitée. Nous avons vu que l'action ut singuli est bien plus proche de l'action oblique que d'une action en représentation de la société. Elle permet une substitution simplifiée du représentant légal inactif. La société étant la première victime des fautes de contrôle, la réparation de son préjudice personnel permet bien souvent de réparer le préjudice indirect subi par les tiers. Il serait alors beaucoup plus efficace d'admettre que ces derniers puissent facilement obtenir la réparation du préjudice social causé par la faute de contrôle.

C : LES TIERS VICTIMES DIRECTES

518. L'action personnelle des tiers victimes directes. Outre la société, les tiers peuvent aussi se révéler victimes directes des fautes de contrôle. Ils devraient pouvoir agir contre l'auteur du dommage uniquement lorsque celui-ci ne bénéficie pas de l'écran de la personnalité morale et que l'action *ut singuli* n'est pas possible à son égard. C'est le cas lorsque le tiers se prévaut d'une faute de contrôle d'une institution étatique, d'un de ses cocontractants ou d'un cocontractant de la société. Il devra donc agir respectivement sur le fondement de la responsabilité administrative, contractuelle ou délictuelle. Pourtant, quel que soit le fondement de son action, la victime devra démontrer une faute de contrôle et son préjudice sera constitué de la perte de chance de la réalisation du risque social.

PARAGRAPHE 3 : LA MISE EN ŒUVRE DE L'ACTION EN RESPONSABILITE

La mise en œuvre de la responsabilité du fait du contrôle repose sur de nombreux fondements possibles : légaux, contractuels, délictuels, ou administratifs. Cette diversité de fondements entraine une diversité de régimes et des inégalités entre les victimes mais également entre les auteurs d'une faute de contrôle. Nous avons pourtant montré que fondamentalement l'acte fautif et le dommage qui en résulte sont communs à toutes ces actions. Il est possible d'opérer un rapprochement entre les différents régimes de responsabilité du fait du contrôle afin de rétablir une cohérence minimum entre eux. Il en est ainsi en matière d'appréciation de la faute de contrôle (A), de modalité procédurale de l'action (B) et de causes d'exonération (C).

A : L'APPRECIATION DE LA FAUTE DE CONTROLE

519. L'appréciation *in abstracto* de la faute de contrôle. La faute de contrôle résulte de l'inadéquation du risque social et de l'intérêt social. Elle résulte d'un contrôlaire ou d'un contrôleur insuffisamment prudent, diligent et compétent.

Le droit commun de la responsabilité contractuelle et de la responsabilité délictuelle se rejoignent sur l'appréciation de la faute. Dans tous les cas, elle s'apprécie *in abstracto*[3549]. En matière contractuelle, cette appréciation se fonde sur l'article 1137 du Code civil qui dispose « *L'obligation de veiller à la conservation de la chose, soit que la convention n'ait pour objet que l'utilité de l'une des parties, soit qu'elle ait pour objet leur utilité commune, soumet celui qui en est chargé à y apporter tous les soins d'un bon père de famille* ». En matière délictuelle, elle a été consacrée par la jurisprudence dans les célèbres arrêts *Lemaire* et *Derguini*[3550]. La Cour de cassation retient dans ces deux décisions qu'il n'était pas nécessaire de montrer que l'auteur du dommage, mineur, était capable de discernement. Autrement dit, on ne doit pas tenir compte de l'âge du responsable, on doit apprécier sa faute *in abstracto*.

L'appréciation *in abstracto* consiste à apprécier la faute contractuelle ou délictuelle au regard du comportement qu'aurait adopté « le bon père de famille »[3551]. Monsieur Le Tourneau, dans une jolie formule, résume bien la personnalité de ce dernier : « *ni un héros ni un voyou, ni un génie ni un crétin : cet homme de comparaison est le français moyen ayant cependant le sens de ses devoirs, de sa responsabilité et du bien commun* »[3552]. Le « bon père de famille » est donc « *l'homme normalement prudent, soigneux et diligent* » doté de « *la vertu moyenne d'une gestion patrimoniale avisée* »[3553].

L'appréciation de la faute du contrôlaire au regard du comportement normal d'un « bon dirigeant » ne fait aucun doute et a déjà été démontrée précédemment[3554]. Qu'en est-il des

---

3549 V. par ex. pour la responsabilité contractuelle : F. TERRE, PH. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*, préc. spéc. n° 573 p. 577 - H. et L. MAZEAUD, J. MAZEAUD et F. CHABAS, *Leçons de droit civil,* t. 2, vol. 1*, Obligations, théorie générale*, préc. spéc. n° 437 p. 444 - PH. LE TOURNEAU, *Droit de la responsabilité et des contrat*, préc., spéc. n° 3518 – Et pour la responsabilité délictuelle : F. TERRE, PH. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*, préc. spéc. n° 729 p. 737 - H. et L. MAZEAUD, J. MAZEAUD et F. CHABAS, *Leçons de droit civil,* t. 2, vol. 1*, Obligations, théorie générale*, préc. spéc. n° 448 p. 457 - PH. LE TOURNEAU, *Droit de la responsabilité et des contrat*, préc., spéc. n° 6706

3550 Cass. ass. plén., 9 mai 1984, n° 80-93031 et 80-93481 : *Bull. ass. plén*. 1984, n° 2 et 3 ; GAJ civ., 2008, t. 2, n°193 p. 354 et n° 215 p. 444 ; *D.* 1984, p. 525, concl. CABANNES, note F. CHABAS ; *JCP G* 1984, II, 20256, note P. JOURDAIN ; *RTD civ.* 1984, p. 508, note J. HUET : « *la Cour d'appel, qui n'était pas tenue de vérifier si le mineur était capable de discerner les conséquences de son acte, a pu estimer sur le fondement de l'article 1382 du Code civil que la victime avait commis une faute qui avait concouru, avec celle de M. Y..., à la réalisation du dommage dans une proportion souverainement appréciée* »

3551 M. BACACHE-GIBEILI, *Traité de droit civil,* t. 5*, Les obligations ; la responsabilité civile extracontractuelle*, préc., spéc. n° 143 p. 161

3552 PH. LE TOURNEAU, *Droit de la responsabilité et des contrat*, préc., spéc. n° 3518

3553 G. CORNU, ASSOCIATION HENRI CAPITANT, *Vocabulaire juridique*, préc. spéc. p. 134

3554 V. *supra* n° 488

contrôleurs ? Si leur responsabilité civile contractuelle ou délictuelle repose sur le droit commun, leur faute sera appréciée *in abstracto*. Il en va de même lorsque leur responsabilité repose sur un texte spécial. C'est par exemple le cas pour le commissaire aux comptes[3555]. Enfin, même si les auteurs écrivent le contraire, les institutions publiques ne bénéficient d'aucun avantage particulier s'agissant de l'appréciation de leurs fautes de contrôle[3556]. Elle se fait également *in abstracto*.

520. La prise en compte des circonstances extérieures et de la qualité de l'auteur. Appréciation *in abstracto* de la faute de contrôle ne veut pas dire objectivisation totale de celle-ci. Le « bon père de famille » se décline en « bon contrôlaire » et « bon contrôleur ». L'appréciation *in abstracto* de la faute tient compte de la qualité de l'auteur du dommage au regard de la qualité normalement requise pour l'exercice de l'activité dommageable. Le « bon père de famille » devient « *un bon professionnel de sa spécialité* »[3557] lorsque le dommage a été causé à l'occasion de son activité professionnelle. Le contrôlaire voit sa faute apprécier au regard de ce qu'aurait pu faire « le bon dirigeant »[3558]. Les contrôleurs doivent également, selon le cas, se comporter en « bon commissaire aux comptes »[3559], en « bon expert-comptable »[3560], ou encore en « bon banquier »[3561].

L'appréciation *in abstracto* n'interdit pas également de tenir compte des circonstances de la survenue du dommage. Plus précisément, la jurisprudence évalue la faute au regard des seules circonstances externes[3562] à l'exclusion des considérations liées aux circonstances internes, autrement dit des considérations d'ordre psychologique intrinsèques et propres à

3555 V. *supra* n° 410 - Caen, 24 oct. 2000 : préc. note 2903

3556 V. *supra* n° 436

3557 G. MARTY et p. RAYNAUD, *Traité de droit civil, Les obligations*, t. 1, préc., spéc. n° 457 - N. DEJEAN DE LA BATIE, *Appréciation* in concreto *et appréciation* in abstracto *en droit civil français*, préc., spéc. n° 195 – V. par ex. Cass. 1re civ., 22 mars 1977, n° 75-11030 : *Bull. civ.* 1977, n° 143 : « *l'intervention de la banque, spontanément ou non, l'obligeait a apporter dans l'exécution des opérations qu'elle a effectuées les soins que l'on peut normalement attendre d'un professionnel avisé* »

3558 CA Douai, 21 février 2002, RG n° 2000/911 : préc. note 3394 : pour engager l'action en comblement de passif *« il faut rapporter la preuve d'une faute de gestion du dirigeant* […] *que n'aurait pas commise un bon dirigeant en pareille circonstance* »

3559 Caen, 24 oct. 2000 : préc. note 2904 : la faute du commissaire aux comptes est appréciée au regard d'« *professionnel normalement compétent, prudent, attentif aux diligences* »

3560 Cass. com., 9 janv. 1990, n° 88-15337 : inédit : « *Mais attendu qu'ayant, par motifs adoptés, relevé que la constitution des provisions omises est de "procédure courante" et que "tout expert-comptable diligent" y est "normalement accoutumé" quel que soit le mode d'établissement des écritures comptables "en amont", la Cour d'appel, qui a considéré que le Cabinet Forszpaniak aurait dû déceler les omissions dont ces écritures étaient affectées quant aux commissions dues aux agents de la société Wollmer, a opéré la vérification que le moyen lui reproche d'avoir omise* »

3561 Cass. 1re civ., 22 mars 1977, n° 75-11030 : préc. note 3557 : « *l'intervention de la banque, spontanément ou non, l'obligeait a apporter dans l'exécution des opérations qu'elle a effectuées les soins que l'on peut normalement attendre d'un professionnel avisé* »

3562 G. VINEY et P. JOURDAIN, *Les conditions de la responsabilité*, préc., spéc. n° 464 p. 403

l'auteur du dommage (son caractère, son sens moral, son intelligence, son éducation…)[3563]. La faute de contrôle s'apprécie donc également au regard des circonstances extérieures de la survenue du dommage. Le comportement du dirigeant ne sera pas apprécié de la même façon selon le domaine d'activité de la société, le risque concurrentiel, l'état du marché ou la situation économique. De même, la faute du contrôleur dépendra de la taille de la société contrôlée, de la complexité de l'opération surveillée, ou encore de l'attitude des contrôlaires.

521. La gravité de la faute de contrôle. En principe, la responsabilité du fait du contrôle est indépendante de la gravité de la faute : toute faute, même simple, engage la responsabilité de son auteur. Toutefois, la mise en cause de l'Administration nécessite parfois une faute lourde, autrement dit une faute manifeste et d'une particulière gravité. Cette exigence est cependant en recul dans la jurisprudence administrative au profit de la faute simple et il semble que son abandon soit inéluctable[3564].

Il faut quand même noter que si la gravité du comportement de l'auteur n'a pas d'incidence sur la qualification de la faute, elle peut avoir des conséquences sur la réparation du préjudice. Il s'agit du cas particulier de l'action en comblement de passif. En opérant une distorsion du lien de causalité, l'obligation de réparation devient indépendante de la faute du dirigeant. Le juge peut « *fixer l'étendue de la réparation à ce qu'il croit juste, compte tenu de la gravité de la faute, de la nature des fonctions, et de l'indépendance du dirigeant* »[3565]. Généralement, cette liberté du juge s'exerce au profit du contrôlaire afin de tenir compte de ses capacités contributives et de ses éventuelles tentatives pour limiter les conséquences de sa faute[3566].

B : LES REGLES PROCEDURALES DE MISE EN ŒUVRE DE L'ACTION EN RESPONSABILITE

La mise en œuvre de l'action en responsabilité du fait du contrôle répond à certaines règles de procédure. Si en matière de preuve de la faute de contrôle, on retrouve une certaine unité (1), il n'en va pas de même en matière de prescription de l'action (2).

3563 H. et L. MAZEAUD, J. MAZEAUD et F. CHABAS, *Leçons de droit civil,* t. 2, vol. 1*, Obligations, théorie générale*, préc. spéc. n° 449 p. 459

3564 *JCl. Administratif*, Fasc. 820, par M. PAILLET et E. BREEN, spéc. n° 57 et s.

3565 Y. GUYON, *Droit des affaires*, t. II, *Entreprises en difficulté, redressement judiciaire, faillite*, Economica, 9e éd. 2003, spéc. n° 1381 p. 423 - F. VAUVILLE, « Le nouveau titre V des responsabilité et des sanctions », *Rev. proc. coll.* 2006, p. 345, spéc. p. 348

3566 P.-M. LE CORRE, *Droit et pratique des procédures collectives*, préc., spéc. n° 922.51 p. 2362

1 : LA PREUVE DE LA FAUTE DE CONTROLE.

522. La Charge de la preuve de la faute de contrôle. En vertu de l'adage *actori incumbit probatio*,[3567] et sur le fondement de l'article 1315 du Code civil[3568], la charge de la preuve pèse sur le demandeur, autrement dit la victime de la faute de contrôle. Cette preuve sera plus ou moins difficile à rapporter selon que l'obligation qui pèse sur le débiteur est une obligation de moyens ou de résultat. Dans le premier cas, l'inexécution de l'obligation fait présumer la faute, dans le second, il faudra prouver le manque de prudence ou de diligence de l'auteur du dommage[3569].

Certains auteurs excluent l'application de cette distinction dans le domaine extracontractuel. Selon Monsieur Le Tourneau, en matière délictuelle, le créancier et le débiteur ne le sont devenus que de manière fortuite. On ne peut pas « *parler d'engagement de l'un envers l'autre d'adopter tel comportement, ou d'atteindre tel résultat, là où il n'y a pas de volonté, même tacite ou présumée* »[3570]. Cette conception est quelque peu réductrice. Le contrat n'est pas la seule source d'obligation. La vie en société en est une aussi. La responsabilité, de manière générale, naît de la violation d'une obligation préexistante, quelle que soit son origine. Les travaux de Démogue n'avaient d'ailleurs pas d'autre but à l'origine que de démontrer les similitudes existantes entre la responsabilité contractuelle et la responsabilité délictuelle[3571]. La teneur de l'obligation, lorsqu'elle n'est pas issue d'un accord de volonté, doit se déduire de la volonté du législateur[3572].

La distinction entre obligation de moyens et obligation de résultat, aujourd'hui consacrée par la doctrine[3573], est née de la volonté de concilier les articles 1147 et 1137 du Code civil. Ces deux articles disposent respectivement : « *Le débiteur est condamné, s'il y a lieu, au paiement de dommages et intérêts soit à raison de l'inexécution de l'obligation, soit à raison du retard dans l'exécution, toutes les fois qu'il ne justifie pas que l'inexécution provient d'une cause étrangère qui ne peut lui être imputée, encore qu'il n'y ait aucune mauvaise foi de sa*

3567 H. ROLAND et L. BOYER, *Adages du droit français*, préc., spéc. n° 10

3568 « *Celui qui réclame l'exécution d'une obligation doit la prouver* »

3569 F. TERRE, PH. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*, préc. spéc. n° 579 p. 583

3570 PH. LE TOURNEAU, *Droit de la responsabilité et des contrat*, préc., spéc. n° 3210

3571 G. VINEY et P. JOURDAIN, *Les conditions de la responsabilité*, préc., spéc. n° 524 p. 507

3572 H. et L. MAZEAUD, J. MAZEAUD et F. CHABAS, *Leçons de droit civil,* t. 2, vol. 1*, Obligations, théorie générale*, préc. spéc. n° 21 p. 14 - *JCl. Responsabilité civile et Assurances*, Fasc. 120-10, par P. JOURDAIN, spéc. n° 43

3573 J. FROSSARD, *La distinction des obligations de moyens et de résultat*, LGDJ, 1965 ; F. MAURY, « Réflexions sur la distinction entre obligations de moyens et obligation de résultat », *RRJ* 1998, p. 1243 ; H. MAZEAUD, « Essai de classification des obligations », *RTD civ.* 1936, p. 1 ; A. PLANCQUEEL, « Obligations de moyens, obligations de résultat. Essai de classification des obligations contractuelles en fonction de la charge de la preuve en cas d'inexécution », *RTD civ.* 1972, p. 334 ; A. TUNC, « La distinction des obligations de résultat et des obligations de moyens », *JCP G* 1945, I, 449

part » et « *L'obligation de veiller à la conservation de la chose, soit que la convention n'ait pour objet que l'utilité de l'une des parties, soit qu'elle ait pour objet leur utilité commune, soumet celui qui en est chargé à y apporter tous les soins d'un bon père de famille* ». Demogue proposa alors de voir dans l'article 1147 la consécration de l'obligation de résultat : celle par laquelle le débiteur s'engage à l'obtention d'un résultat déterminé. L'article 1137 fournit, quant à lui, un fondement à l'obligation de moyens : celle par laquelle le débiteur s'engage à exécuter sa prestation avec toute la diligence requise normalement pour atteindre un résultat espéré[3574].

La qualification d'obligation de moyens ou d'obligation de résultat repose sur différents fondements[3575]. Elle dépend du caractère aléatoire du résultat escompté, du rôle du créancier dans l'exécution de la prestation, de la volonté des parties et de la rédaction du contrat, de la nature de l'objet de l'obligation, et même parfois de considérations d'équité. En matière de faute de contrôle, c'est le premier fondement qui nous intéresse plus particulièrement : le caractère aléatoire du résultat attendu. Le risque social est par nature aléatoire, son appréciation l'est tout autant. Il est impossible d'exiger d'un dirigeant l'obtention d'un résultat déterminé quant à la réussite de l'entreprise. Elle dépend en effet de nombreux facteurs totalement indépendants de la volonté du contrôlaire. Il en va de même pour les contrôleurs. La bonne appréciation du risque social pris au regard de l'intérêt social ne peut être garantie. Toutefois, il arrive que la loi impose à la société et à son dirigeant le respect de certaines obligations purement formelles. Dans ce cas, le contrôle social se limite soit à l'application de la norme soit à une vérification pure et simple de son respect par la société. On se trouve alors en présence d'une obligation de résultat et la simple inexécution de l'obligation ou de la vérification suffit à caractériser la faute.

Le droit positif consacre la qualification d'obligation de moyens de l'obligation générale de contrôle. C'est le cas pour les contrôlaires : par exemple le dirigeant[3576] et l'administrateur provisoire[3577]. Ca l'est également pour les contrôleurs : le commissaire aux comptes[3578],

---

3574 DEMOGUE R., *Traité des obligations en général*, t. V, Arthur Rousseau 1928, spéc. n° 1237

3575 V. sur ces différents fondements : G. VINEY et P. JOURDAIN, *Les conditions de la responsabilité*, préc., spéc. n° 541 et s., p. 526 et s.

3576 CA Versailles, 11 juin 1998 : préc. note 2654 : « *la responsabilité d'un dirigeant social implique toujours la commission personnelle par lui d'une faute lors d'un acte de gestion ne relevant pas de la collectivité des associés, étant observé que si celui-ci est tenu d'une obligation générale de compétence, de diligence et d'action dans l'intérêt de la société, il ne contracte sur ce point qu'une obligation de moyens, sans que le mauvais état des affaires sociales ne permette de présumer sa faute de gestion dont la charge de la preuve incombe à la partie qui s'en prévaut* »

3577 Cass. com., 26 janv. 1981 : préc. note 1199 : « *Mais attendu d'une part, que la cour d'appel a relevé que les commandes litigieuses constituaient des actes d'administration courante et portaient sur les matières premières indispensables à la marche de l'entreprise, qu'elles avaient été passées à des dates proches de la désignation de* [l'administrateur provisoire], *alors que celui-ci, après avoir procédé à toutes les diligences nécessaires pour connaître la situation financière de la société, avait établi des comptes d'administration provisoire qui « n'allaient pas dans le sens d'une*

l'expert-comptable[3579], le commissaire à l'exécution du plan[3580], l'auditeur[3581] ou l'agence de notation[3582]. De même, la jurisprudence reconnaît parfois à leur charge une obligation de résultat lorsque l'objet du contrôle ne souffre d'aucun aléa[3583].

523. L'appréciation unitaire de la faute de contrôle. L'appréciation de la faute de contrôle ne dépend pas de la qualité du contrôlaire ou du contrôleur. Elle s'opère de la même façon quel que soit le type de contrôle mis en œuvre. La seule distinction repose sur l'objet du contrôle lui-même. Lorsqu'il consiste à vérifier la légalité du risque social, il s'agit d'une obligation de résultat, lorsque l'opération nécessite d'apprécier l'étendue d'un risque social, il devient une obligation de moyens.

2 : LA PRESCRIPTION DE L'ACTION EN RESPONSABILITE

524. Les inégalités du droit positif. Le délai de prescription de l'action en responsabilité du fait du contrôle dépend du fondement sur lequel cette action est engagée. Cela entraine des inégalités manifestes entre les différents intervenants dans la vie sociale. Tous les contrôlaires et tous les contrôleurs ne sont pas soumis aux mêmes règles.

---

issue fatale » ; qu'en l'état de ces constatations et énonciations, la cour d'appel a pu décider que [l'administrateur provisoire] *n'avait commis aucune faute* »

3578 CA Caen, 30 mai 2000 : préc. note 2901 : « *les erreurs comptables reprochées* [au commissaire aux comptes] *pour les comptes arrêtés au 31 décembre 1992 et certifié par lui, portent sur une immobilisation* […] *et des valeurs d'exploitation* […] ; *si ces erreurs, ayant pour conséquence la certification de comptes erronés, ne sont pas contestées, Monsieur J… ne démontre l'existence d'aucune faute à l'encontre du commissaire aux comptes. La seule existence d'erreurs est ici insuffisante au niveau probatoire. Pareillement, il n'est invoqué aucun manquement [du commissaire aux comptes] à ses obligations professionnelles et au respect des normes de sa profession. Par ailleurs, ces erreurs ponctuelles n'apparaissent pas de celles qui auraient dû être rectifiées par un commissaire aux comptes normalement diligent. Le manquement du commissaire aux comptes à son obligation de moyens n'est donc pas établi* »

3579 Cass. com., 25 juin 1977, n° 76-13644 : préc. note 3184 : « *la cour d'appel, qui déclare, à juste titre, que la fiduciaire était seulement tenue d'une obligation de moyens dans le cadre de son contrat, a pu, en conséquence, au vu des constatations et énonciations susvisées, admettre que cette société n'avait pas commis de faute susceptible d'engager sa responsabilité dans les détournements* »

3580 Cass. com., 5 déc. 1995, n° 93-18830 : préc. note 3028 : « *Mais attendu que le commissaire à l'exécution du plan de cession, chargé de faire respecter les engagements contenus dans le plan, ne répond que des fautes commises dans l'exercice de sa mission ; qu'ayant relevé que le commissaire à l'exécution du plan avait effectué toutes les diligences nécessaires pour en assurer la bonne exécution, la cour d'appel, statuant en l'état du litige tel qu'il lui était soumis, a pu, sans se contredire, se prononcer comme elle a fait* »

3581 V. *supra* n° 458

3582 V. *supra* n° 463

3583 V. par ex. pour les dirigeants : Cass. crim., 19 aout 1997, n° 96-83944 : préc. note 2638 : « *la présomption de responsabilité du dirigeant social qu'instituent les articles 52 et 244 de la loi du 24 juillet 1966, en ce qu'elle n'a pas d'autre effet que de renverser la charge de la preuve, n'est pas contraire à la présomption d'innocence* » - pour le commissaire aux comptes : CA Bordeaux, 7 mars 1990 : préc. note 2907 : « *certaines missions particulières, telles la certification de l'exactitude du montant total des rémunérations versées aux personnes les mieux rémunérées de la société, ne laissent place à aucun aléa et font peser sur le commissaire une obligation de résultat* » - pour l'expert-comptable : Cass. com., 5 mars 2002, n° 99-13386 : préc. note 3188 : « *mais attendu qu'après avoir relevé que M. X...* [l'expert-comptable], *mandataire salarié, chargé de vérifier si les locaux étaient assurés contre l'incendie, à quelles conditions et auprès de quelles compagnies, avait une obligation de résultat qui ne pouvait être satisfaite par une description superficielle des caractéristiques de la police présentée et par une conclusion évasive formulée dans des termes insuffisants pour attirer l'attention du destinataire du rapport, alors qu'il s'est avéré que seule une proposition d'assurance non suivie d'acceptation avait été formulée, la cour d'appel a pu déduire que la négligence commise par M. X... dans l'exécution de sa mission avait participé à la réalisation du dommage* »

525. La prescription de l'action contre les dirigeants de droit. S'agissant des dirigeants de droit, le délai de prescription varie selon la forme sociale et l'objet de l'action en responsabilité. Il est toujours de trois ans en cas de responsabilité pour annulation de la société ou des délibérations sociales[3584]. Il passe à dix ans en cas d'omission d'une mention obligatoire dans les statuts ou d'une formalité prescrite pour la constitution de la société[3585].

En cas de responsabilité pour faute, ce délai est de trois ans dans les SARL et les sociétés par actions[3586]. Par contre, dans le silence des textes, les sociétés civiles relèvent du droit commun : la prescription est donc de cinq ans[3587]. Il en va de même pour les SNC dont les dirigeants se voient appliquer le délai de droit commun en matière commerciale, soit cinq ans également[3588].

Le point de départ du délai de prescription varie selon la cause de la responsabilité. L'action en responsabilité pour nullité de la société ou d'une délibération court ainsi à compter du jour où la décision d'annulation est passée en force de chose jugée[3589]. L'omission d'une mention obligatoire dans les statuts ou d'une formalité prescrite pour la constitution de la société se prescrit, quant à elle, à compter du jour de l'immatriculation de la société ou de la publication de l'acte modificatif[3590]. Toutes les autres actions se prescrivent à compter du fait dommageable ou, s'il a été dissimulé, de sa révélation[3591]. Seule cette dernière notion pose difficulté. La révélation n'intervient qu'au jour où les demandeurs ont connaissance de la totalité des opérations ayant causé le dommage[3592]. Elle doit pourtant être interprétée restrictivement. Il ne s'agit pas du moment où la victime a réellement pris conscience du dommage mais de celui où elle aurait dû en avoir connaissance[3593]. Ainsi, la simple

---

3584 articles 1844-17 du Code civil, L. 225-250 et L. 235-13 du Code de commerce

3585 articles 1840 al. 3 du Code civil et L. 210-8 du Code de commerce

3586 articles L. 223-23, L. 225-254 et L. 225-257 du Code de commerce

3587 article 2224 du Code civil – V. *infra* n° 531

3588 article L. 110-4 du Code de commerce

3589 articles 1844-17 du Code civil, L. 225-250 et L. 235-13 du Code de commerce

3590 articles 1840 al. 3 du Code civil et L. 210-8 du Code de commerce

3591 articles 2224 du Code civil, L. 223-23, L. 225-254 et L. 225-257 du Code de commerce - V. Cass. com., 30 mars 2010, n° 08-17841 : préc. note 2817 : « *la cour d'appel a pu déduire la volonté de dissimulation de chacun des membres du conseil d'administration et a exactement retenu que le point de départ de la prescription triennale de l'action en responsabilité à leur encontre devait être fixé à la date de la révélation du fait dommageable* » - Cass. com., 11 oct. 2005, n° 03-17382 : *Dr. sociétés*, 2006, comm. 59, note H. HOVASSE ; *Bull. CNCC* 2005, p.653, note PH. MERLE

3592 Cass. com., 21 oct. 1974 n° 73-12937 : préc. note 752 : « *le point de départ.de la prescription de l'action en responsabilité engagée par X... ne pourra être fixé avec certitude que connaissance prise de la totalité des opérations du groupe Frydman qui se commandent, et qui, dans la thèse de X..., ont été conçues et menées dans un but unique* »

3593 CA Lyon, 11 févr. 1966 : *RTD com*. 1966, p. 85, note R. HOUIN : « *Attendu qu'en matière de faux bilan, et bien qu'il s'agisse d'un délit instantané, commis dès la présentation, le point de départ de la prescription, comme en matière d'abus de confiance, doit être reporté, lorsque l'infraction a été dissimulée, jusqu'au jour où elle a pu être constatée ; attendu que le délais de trois ans commence donc à courir du jour où la victime, normalement diligente, a eu la possibilité de découvrir l'infraction ; que décider, au contraire, que ce délai partirait du jour où le délit a été effectivement découvert, serait en faire varier la durée avec la perspicacité de la victime ou avec la diligence qu'elle a apportée à la recherche de son préjudice* » - CA Paris, 9 déc. 1994 : *JCP E* 1995, pan. 108 ; *Rev. sociétés* 1995, p. 369

inscription de l'acte dans la comptabilité fait courir le délai[3594] sauf si seul un examen minutieux de cette dernière avait permis de le révéler[3595].

526. La prescription de l'action en responsabilité contre les associés. S'agissant des associés, encore une fois, le délai de prescription varie selon la forme sociale et l'origine de la responsabilité. Il est de dix ans en cas d'omission d'une mention obligatoire dans les statuts ou d'une formalité prescrite pour la constitution de la société[3596]. S'agissant des autres causes de responsabilité, l'ensemble des décisions rendues l'est au visa de l'article 1382 du Code civil. La prescription de la demande de dommages et intérêts est donc celle de droit commun, soit cinq ans[3597]. Le doute subsiste lorsque la victime demande la nullité de la délibération. Doit-on appliquer l'article L. 235-9 du Code de commerce qui dispose que « *les actions en nullité de la société ou d'actes et délibérations postérieures à sa constitution se prescrivent par trois ans à compter du jour où la nullité est encourue* » ? Une première décision de 2003 a visé le deuxième alinéa de cet article relatif à la prescription abrégée en matière d'apport partiel d'actif[3598]. La même solution fut reprise dans un arrêt du 30 novembre 2004 mais la Cour de cassation y fut encore plus explicite : « *Attendu, en deuxième lieu, que la cour d'appel retient à bon droit que le délai de prescription abrégée de six mois prévu par l'article L. 235-9 du Code de commerce est applicable aux actions tendant à l'annulation d'une opération d'apport partiel d'actif, lorsque celle-ci a été placée sous le régime des scissions ; qu'il importe peu à cet égard que la cause de nullité invoquée réside dans un abus de majorité ou dans des irrégularités de procédure affectant les décisions prises par le conseil d'administration ou par l'assemblée générale de l'une des sociétés participant à l'opération* »[3599]. Il semble donc qu'il faille distinguer selon que la demande porte sur une indemnisation ou sur la nullité de la délibération. Dans ce dernier cas, la prescription sera de

---

3594 CA Paris, 15 févr. 1990 : *JurisData* n° 1990-020754 ; *D.* 1990, inf. rap. p. 80 : La Cour d'appel retient la prescription de l'action ut singuli intenté en raison de l'inexactitude du bilan provisoire établi à l'occasion d'une prise de contrôle dès lors que l'associé « *a eu, dès la prise de contrôle. accès à l'ensemble des documents sociaux, notamment aux procès-verbaux du conseil d'administration ; qu'il a pu ainsi, avoir exactement connaissance des difficultés rencontrées par la Société T..., en 1982, dont, en sa qualité de repreneur avisé, il n'avait pas manqué de mesurer l'importance* » - CA Reims, 10 nov. 1975 : *JCP G* 1976, IV, 338 ; *Rev. sociétés* 1976, p. 307, note J.G. ; *RTD com.* 1976, p. 142, note R. HOUIN

3595 Cass. com., 20 mars 1984 : *BRDA* 1984, n°11, p. 10

3596 articles 1840 al. 3 du Code civil et L. 210-8 du Code de commerce

3597 article 2224 du Code civil - V. *infra* n° 531

3598 Cass. com., 3 juin 2003, n° 99-18707 : *Bull. civ.* 2003, n° 92 ; *Rev. sociétés* 2003, p. 489 ; *Bull. Joly Sociétés* 2003, p. 933, note B. SAINTOURENS : « *après avoir retenu que l'opération d'apport partiel d'actif avait été placée et réalisée sous le régime applicable aux scissions et exactement énoncé que le délai de prescription abrégée de six mois prévu par le second alinéa de l'article 367 de la loi du 24 juillet 1966, devenu l'article L. 235-9 du Code de commerce, était donc applicable à l'action tendant à l'annulation de cette opération, l'arrêt relève que la demande avait été introduite plus de six mois après la dernière inscription au registre du commerce et des sociétés rendue nécessaire par l'opération et retient que M. X... ne justifiait d'aucune cause de suspension du délai de prescription* »

3599 Cass. com., 30 nov. 2004, n° 01-16581 : préc. note 2829

trois ans sur le fondement des articles 1844-14 du Code civil ou L. 235-9 du Code de commerce.

527. La prescription de l'action en responsabilité contre le commissaire aux comptes. La prescription des actions en responsabilité contre le commissaire aux comptes est calquée sur celle applicable à la responsabilité des administrateurs et directeurs généraux : « *trois ans à compter du fait dommageable ou, s'il a été dissimulé, de sa révélation* »[3600]. Elle est valable, quelle que soit l'entité contrôlée[3601]. Les actes dommageables visés sont ceux du commissaire aux comptes et non ceux des dirigeants[3602]. Il s'agit du fait fautif commis par le commissaire aux comptes et non de ses conséquences[3603]. Lorsque l'action en responsabilité est engagée par un tiers, la prescription court à la date de la certification des comptes et non du jour où le tiers a pu prendre connaissance du rapport par son dépôt au greffe du tribunal de commerce[3604]. Quant à la dissimulation, elle implique l'intention de cacher ce qui doit être révélé, la simple négligence ne saurait être assimilée à cette dissimulation et les actes de dissimulation doivent émaner du commissaire aux comptes lui-même[3605].

La question a également été débattue en jurisprudence de savoir si la prescription triennale devait également s'appliquer lorsque la responsabilité du commissaire aux comptes était engagée à l'occasion d'une de ses activités autres que sa mission légale[3606]. Ce problème devrait être résolu désormais. En effet, depuis l'ordonnance du 9 septembre 2005, l'article L. 822-18 du Code de commerce qui fonde la prescription abrégée de trois ans est inclus dans

---

3600 article L. 822-18 renvoyant à l'article L. 225-254 du Code de commerce

3601 A. ROBERT, *Responsabilité des commissaires aux comptes et des experts comptables*, préc., spéc. n° 34.71 p. 148

3602 J.-F. BARBIERI, *Commissariat aux comptes*, GLN Joly 1996, n° 129 - J. MONEGER et TH. GRANIER, *Le commissaire aux comptes*, préc. n° 616 et 619 - G. DAUBOIN, « Fonctionnement et perception du contrôle par les juges, La responsabilité des commissaires aux comptes », préc., spéc. n° 497 p. 440

3603 Cass. 1re civ., 3 mars 1993, *Bull. CNCC* 1994, p. 98, note PH. MERLE ; *LPA* 3 juin 1994, p. 27 note M.-J. COFFY DE BOISDEFFRE - Cass. com., 17 janv. 1995 : *Bull. CNCC* 1995, p. 188, note PH. MERLE - N. DHAINAUT-FAKIROFF, Les prérogatives du commissaire aux comptes, préc.,spéc. n° 740 et s.

3604 *La responsabilité civile du commissaire aux comptes*, préc., spéc. n° 323

3605 Cass. com., 17 déc. 2002, n° 99-21553 : *Bull. civ*. 2002, n° 201 ; *Rev. sociétés* 2003, p. 297, note B. LE BARS ; *JCP G* 2003, IV, 1311, p. 317 ; *RTD Com*. 2003, p. 330, note CHAZAL et REINHARD ; *D. affaires* 2003, n° 4, p. 279, note A. LIENHARD ; *Bull. CNCC* 2003, p. 135, note PH. MERLE ; *Bull. Joly Sociétés* 2003, p. 267, note J.-F. BARBIERI : « *Mais attendu que l'arrêt retient que si le fait dommageable invoqué à l'encontre de M. X... ne peut résulter que de la certification des comptes à laquelle celui-ci a procédé et que si l'insuffisance de diligences et de contrôles imputés par la société appelante au commissaire aux comptes constituerait, si elle était établie, une faute engageant sa responsabilité, les négligences, de la nature de celles qui sont invoquées, ne sauraient à elles seules être regardées comme une dissimulation, laquelle implique la volonté du commissaire aux comptes de cacher des faits dont il a connaissance par la certification des comptes ; qu'il ajoute qu'il n'est d'aucune façon démontré par la société Translab que M. X... ait eu connaissance de détournements commis par le dirigeant social, M. Y..., à son avantage ou à celui de la société Avio ou d'irrégularités comptables qu'il aurait dissimulées ; qu'en l'état de ces constatations et énonciations, la cour d'appel qui a légalement justifié sa décision, a pu statuer comme elle a fait* » - Cass. com., 11 oct. 2005, n° 03-17382 : préc. note 3591 - Cass. com., 14 févr. 2006, n° 04-11969 : *Bull. Joly Sociétés* 2006, p. 897, note J.-F. BARBIERI – N. DHAINAUT-FAKIROFF, *Les prérogatives du commissaire aux comptes*, thèse préc., n° 732

3606 J.-F. BARBIERI, « Responsabilité civile des commissaires aux comptes et périmètre de la mission de contrôle légal : retour au droit commun au-delà des interventions définies par la loi ? », *Bull. Joly Sociétés* 2006, p. 1364 - Y. PACLOT, « La prescription de l'action en responsabilité contre le commissaire aux comptes en cas de certification conventionnelle », *JCP E* 2007, 1239

une section III du Chapitre II du Livre VIII, « *de la responsabilité civile* », qui ne distingue pas selon que la mission du commissaire aux comptes est d'origine légale ou conventionnelle[3607].

528. La prescription de l'action contre l'administrateur provisoire. En calquant le régime de la responsabilité de l'administrateur provisoire sur celui du mandataire judiciaire, on doit se rendre à l'évidence que le délai de prescription de la responsabilité du fait de l'administrateur provisoire varie selon le titulaire de l'action. Un arrêt de la Cour de cassation rendu avant la réforme de la prescription avait en effet appliqué le régime de droit commun[3608] de la responsabilité délictuelle à l'action engagée par un tiers[3609]. Le régime spécial aux auxiliaires de justice[3610] se voyait du même coup limité aux seuls bénéficiaires de cette assistance.

Cette distinction doit donc être maintenue aujourd'hui. Elle n'a pas d'incidence quant à la durée de la prescription mais change le moment où elle commence à courir. Lorsque l'action est engagée par un tiers, la prescription est de cinq ans à compter du jour où le titulaire de l'action a connu ou aurait dû connaître les faits lui permettant de l'exercer[3611]. Quand l'action est exercée par la société ou un associé, elle est également de cinq ans mais commence à courir à compter de la fin de la mission de l'administrateur provisoire[3612].

529. La prescription de l'action en responsabilité contre l'administrateur judiciaire. La prescription de l'action en responsabilité contre l'administrateur judiciaire est la même que pour l'action contre l'administrateur provisoire[3613]. Elle est de cinq ans mais son départ varie donc selon que le demandeur est un tiers ou le débiteur[3614]. Lorsque l'action est engagée par un tiers, elle court à compter du jour où le titulaire de l'action a connu ou aurait dû connaître

---

3607 *La responsabilité civile du commissaire aux comptes*, préc., spéc. n° 327

3608 article 2270-1 al. 1 ancien du Code civil : « *Les actions en responsabilité civile extracontractuelle se prescrivent par dix ans à compter de la manifestation du dommage ou de son aggravation* »

3609 Cass. com., 3 juill. 2007, n° 05-21884 : *Bull. civ.* 2007, n° 183 ; *D.* 2007, act. jurispr. p. 2108, note DELPECH : « *Mais attendu que l'action en responsabilité engagée par un tiers à l'encontre d'un mandataire judiciaire à la liquidation des entreprises est soumise à la prescription édictée par l'article 2270-1 du Code civil ; qu'ayant constaté que l'action en responsabilité dirigée contre le syndic à la liquidation des biens de Mme X..., avait été engagée par un tiers, M. X..., la cour d'appel a décidé, à bon droit, que le texte précité était applicable ; que le moyen n'est pas fondé* »

3610 article 2277-1 ancien du Code civil : « *L'action dirigée contre les personnes légalement habilitées à représenter ou à assister les parties en justice à raison de la responsabilité qu'elles encourent de ce fait se prescrit par dix ans à compter de la fin de leur mission* »

3611 article 2224 du Code civil

3612 article 2225 du Code civil

3613 V. *supra* n° 528

3614 Cass. com., 3 juill. 2007, n° 05-21884 : préc. note 3609

les faits lui permettant de l'exercer[3615]. Quand l'action est exercée par la société ou un associé, elle commence à courir à compter de la fin de la mission de l'administrateur provisoire[3616].

530. La prescription de l'action en responsabilité de l'Etat ou d'une personne morale de droit public. L'action en responsabilité contre l'Etat se prescrit par quatre ans[3617]. Lorsque le préjudice résulte d'un acte administratif, le délai de prescription court à compter de sa notification pour son destinataire[3618] et de sa publication pour les tiers[3619]. Lorsque le préjudice résulte du fait dommageable de l'Administration, le délai de prescription court à compter du jour où « *la victime est en mesure de connaître l'origine du dommage ou du moins de disposer d'indications suffisantes selon lesquelles ce dommage pourrait être imputable au fait de l'Administration* »[3620].

531. La prescription de droit commun. Tous les contrôlaires et contrôleurs dont la responsabilité n'est pas fondée sur un texte spécial voient leur responsabilité prescrite sur le fondement du droit commun. Le droit de la prescription a fait l'objet d'une réforme en 2008[3621]. Désormais, l'article 2224 du Code civil dispose que « *les actions personnelles ou mobilières se prescrivent par cinq ans à compter du jour où le titulaire d'un droit a connu ou aurait dû connaître les faits lui permettant de l'exercer* ». Ceci n'est valable que si le

---

3615 article 2224 du Code civil

3616 article 2225 du Code civil

3617 article 1er de la Loi du 31 décembre 1968 : « *Sont prescrites au profit de l'Etat, des départements et des communes, sans préjudice des déchéances particulières édictées par la loi, et sous réserve des dispositions de la présente loi, toutes créances qui n'ont pas été payées dans un délai de quatre ans à partir du premier jour de l'année suivant celles au cours de laquelle les droits ont été acquis* » - V. cependant les possibles influences de la réforme de la prescription en matière civile de 2008 : G. ECHERT et J.-P. KOVAR, « La réforme du droit de la prescription : aspect de droit public », *LPA* 2 avr. 2009, p. 25

3618 CAA Lyon, 29 janv. 1992, *Min. équip. c/ Assoc. synd. "Le Lac Bleu" : Dr. adm.* 1992, comm. n° 256 ; *JurisData* n° 1992-040927 « *Considérant qu'il est constant que les actes dont s'agit n'ont pas été notifiés à l'association ; que le ministre n'établit pas d'autre part avoir notifié à tous les propriétaires membres à l'époque de l'association syndicale les décisions auxquelles ladite association impute les dommages dont elle demande réparation ; que, dès lors, et à supposer qu'une telle notification puisse être utilement opposée à l'association demanderesse de première instance, le ministre de l'équipement, du logement, des transports et de la mer n'établit pas que la demande en réparation de l'association syndicale aurait été formée postérieurement à l'expiration du délai prévu à l'article 1er de la loi du 31 décembre 1968* » - CE, 22 nov. 1972, *Min. just.* : *Rec. CE* 1972, p. 743 - CE, 12 oct. 1973, *Min. éduc. nat.* : *Rec. CE* 1973, p. 562 - CE, 23 juin 1976, *Robe Lacanau* : *Rec. CE* 1976 p. 312

3619 *JCl. Administratif*, Fasc. 112, par A. et M.-C. PLANTEY, spéc. n° 55

3620 CE, 11 juill. 2008, n° 306140 : *Rec. CE* 2008 : « *Considérant, en deuxième lieu, qu'aux termes de l'article 1er de la loi du 31 décembre 1968 : Sont prescrites au profit de l'Etat, des départements et des communes (...) toutes créances qui n'ont pas été payées dans un délai de quatre ans à partir du premier jour de l'année suivant celle au cours de laquelle les droits ont été acquis ; qu'aux termes de l'article 3 de la même loi : La prescription ne court (...) ni contre celui qui peut être légitimement regardé comme ignorant l'existence de sa créance (...) ; que le point de départ de la prescription quadriennale est la date à laquelle la victime est en mesure de connaître l'origine du dommage ou du moins de disposer d'indications suffisantes selon lesquelles ce dommage pourrait être imputable au fait de l'administration* »

3621 Loi du 17 juin 2008 *portant réforme de la prescription en matière civile* - S. AMRANI-MEKKI, « Liberté, simplicité, efficacité, la nouvelle devise de la prescription ? », *JCP G* 2008, I, 160 ; C. BRENNER et H. LECUYER, « La réforme de la prescription », *JCP E* 2009, 1197 ; N. FRICERO, « La nouvelle prescription entre sécurité et modernité », *Rev. Lamy dr. civ.* sept. 2008, p. 6 ; A.-L. LEROYER, « Commentaire de la loi du 17 juin 2008 », *RTD civ.* 2008, p. 563 ; PH. MALAURIE, « La réforme de la prescription civile » *JCP G* 2009, I, 134 ; M. MIGNOT, « Réforme de la prescription : le point de départ du délai », *Defrénois* 2009, p. 393

préjudice est un dommage matériel. S'il s'agit d'un dommage corporel, l'article 2226 dispose que « *l'action en responsabilité née à raison d'un événement ayant entraîné un dommage corporel, engagée par la victime directe ou indirecte des préjudices qui en résultent, se prescrit par dix ans à compter de la date de la consolidation du dommage initial ou aggravé* ». Il n'y a plus de distinction à faire selon qu'on se trouve en matière délictuelle ou contractuelle. Toutefois, dans ce dernier cas, l'article 2254 du Code civil autorise les parties à aménager conventionnellement la durée et les causes d'interruption ou de suspension de la prescription[3622].

532. Le retour à l'unité. S'il semble difficile d'instaurer un régime unique de prescription de l'action en responsabilité du fait du contrôle, quelques aménagements simples seraient pourtant souhaitables. Ils permettraient de rétablir une certaine cohérence notamment entre les différents organes sociaux de droit ou de fait. La plupart d'entre eux bénéficient d'une prescription abrégée de trois ans à compter du fait dommageable. Pourtant certains s'en trouvent exclus sans véritable raison. C'est par exemple le cas pour le dirigeant de société civile ou de SNC, pour l'administrateur provisoire et l'administrateur judiciaire, ou enfin pour le dirigeant de fait. Il serait souhaitable de leur appliquer la prescription de trois ans reconnue aux autres organes sociaux. Une telle solution semble d'autant plus logique que la Cour de cassation elle-même fait une application extensive de cette prescription abrégée. Dans un arrêt du 9 février 2012, elle a énoncé que « *la prescription triennale prévue par ce texte est applicable à l'action exercée par un tiers contre le gérant d'une SARL à qui il est reproché d'avoir commis une faute séparable de ses fonctions* »[3623]. Or nous avons vu que la faute détachable était exclusive du contrôle. Si l'on applique la prescription abrégée de trois ans à un dirigeant hors de son pouvoir de contrôle, *a fortiori*, tout contrôlaire et contrôleur devrait bénéficier de la même mansuétude.

C : L'EXONERATION DE LA RESPONSABILITE DU FAIT DU CONTROLE

L'auteur d'une faute de contrôle peut soulever les causes classiques d'exonération de responsabilité à l'encontre de la victime (1). Lorsque ce contrôle repose sur le contrat ou un mandat social, l'étendue de l'obligation de réparation peut parfois faire l'objet d'un aménagement conventionnel (2).

3622 article 2254 du Code civil : « *La durée de la prescription peut être abrégée ou allongée par accord des parties. Elle ne peut toutefois être réduite à moins d'un an ni étendue à plus de dix ans. Les parties peuvent également, d'un commun accord, ajouter aux causes de suspension ou d'interruption de la prescription prévues par la loi* »

3623 Cass. 1re civ., 9 févr. 2012, n° 09-69594 : *Dr. sociétés* 2012, comm. 63, note D. GALLOIS-COCHET ; *Resp. civ. et assur.* 2012, comm. 138

1 : LES CAUSES CLASSIQUES D'EXONERATION

533. Généralités. La force majeure exonère totalement l'auteur du dommage de sa responsabilité. Elle doit présenter trois caractères : irrésistibilité, imprévisibilité et extériorité[3624]. L'extériorité exige la démonstration de l'origine externe de l'évènement ayant influencé le comportement de l'auteur. L'irrésistibilité signifie que l'exécution de la prestation a été rendue absolument impossible et que l'agent ne disposait d'aucun autre moyen de remplir son obligation. Enfin, l'imprévisibilité renvoie à l'impossibilité de prévoir la survenance de l'évènement. Le fait de la victime ou d'un tiers constitue également une cause d'exonération de la responsabilité contractuelle ou délictuelle. Cette exonération sera totale si le fait présente les caractères de la force majeure, partielle dans le cas contraire[3625].

Lorsque le contrôle relève du contrat, le contrôleur ou le contrôlaire contractuels peuvent opposer à la victime toutes ces causes d'exonération de responsabilité. On peut également citer quelques exemples propres à la responsabilité des organes sociaux et aux contrôles institutionnels.

534. L'exonération de la responsabilité des organes sociaux. En vertu du droit commun, le dirigeant est exonéré de sa responsabilité en cas de force majeure[3626]. Il en est également ainsi en cas de fait de la victime ou de fait d'un tiers. La situation varie cependant selon la qualité de la victime.

Lorsque cette dernière est un associé, le dirigeant pourra lui opposer sa propre faute. Le dirigeant sera donc exonéré de sa responsabilité s'il a agi conformément aux statuts[3627] ou à une délibération de l'assemblée générale[3628] au moins à l'égard des associés majoritaires[3629].

3624 Sur la force majeure, V. F. TERRE, PH. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*, préc. spéc. n° 581 et s. p. 584 et s. - G. VINEY et P. JOURDAIN, *Les conditions de la responsabilité*, préc., spéc. n° 392 et s. p. 264 et s. - M. BACACHE-GIBEILI, *Traité de droit civil,* t. 5*, Les obligations ; la responsabilité civile extracontractuelle*, préc., spéc. n° 490 et s., p. 548 et s. – P.-H. ANTONMATTEI, *Contribution à l'étude de la force majeure*, Thèse Montpellier 1992

3625 F. TERRE, PH. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*, préc. spéc. n° 584 p. 589

3626 CA Aix-en-Provence, 11 sept. 2001 : *Dr. sociétés* 2002, comm. 23, note J.-P. LEGROS : « *Attendu que de l'ensemble de ces éléments, le tribunal a déduit à juste titre que M. P… démontrait avoir apporté à la gestion des affaires sociales toute l'activité et la diligence nécessaire et que seules les circonstances extérieures avaient conduit à la déclaration de cessation de paiement* » - CA Paris, 16 sept. 1997 et 30 oct. 1998 : *Rev. proc. coll.* 2000, p. 24, note A. MARTIN-SERF - J.-P. MARCHI, « Responsabilité des dirigeants sociaux et crise économique », *Gaz. Pal.* 1986, 2, doct. p. 434

3627 Cass. civ., 2 juill. 1901 : *DP* 1903, 1, p. 169 : il était reproché aux administrateurs d'une société d'avoir acquis une usine pour un prix exorbitant de 95 000 fr. La Cour de cassation casse l'arrêt au motif que ce dernier « *constate, en même temps que l'article 1er des statuts approuvés par l'assemblée générale constitutive de la société de Cluny portait que l'acquisition de l'usine à gaz de la compagnie cédante devait être faite précisément au prix de 95 000 fr. ;* […] *que les administrateurs, qui n'ont fait qu'exécuter le mandat formel qu'ils avaient reçu des actionnaires, ne sont pas responsables vis-à-vis d'eux de l'exagération du prix qu'ils ont dû payer…* »

3628 Cass. 3e civ., 2 oct. 2001, n° 00-12347 : *Bull. Joly Sociétés 2*002, p. 265, note F.-X. LUCAS : la Cour d'appel avait « *légalement justifié sa décision en retenant qu'aucune faute ne pouvait être reprochée aux gérants qui n'avaient fait qu'exécuter les décisions de l'assemblée générale de la SCI* »- Cass. com., 26 nov. 1956 : *Bull. civ.* 1956, n° 304 ; *RTD com.* 1957, p. 402, note J. RAULT

3629 S. MESSAI-BAHRI, *La responsabilité des dirigeants sociaux*, préc., spéc. n° 1026 p. 338

Il semble évident qu'un associé qui a exigé un acte du dirigeant ne saurait lui reprocher ensuite de l'avoir exécuté[3630]. Par contre, si la victime est la société elle-même, le dirigeant ne devrait pas pouvoir se prévaloir du fait des associés. En effet, en qualité de garant de l'intérêt social objectif, il se doit de privilégier l'intérêt de la société au détriment de celui des associés et même contre leur volonté. L'arrêt de la Cour de cassation du 2 octobre 2001 semble aller en ce sens. En effet, la Cour de cassation écarte la responsabilité du dirigeant ayant appliqué une délibération sociale mais elle prend bien soin de reprendre dans sa décision les motifs de la Cour d'appel qui avait relevé l'intérêt de l'acte en cause pour la société[3631]. A contrario, l'assentiment de la collectivité des associés ne suffirait pas à exonérer le dirigeant de sa responsabilité à l'égard de la société dès lors que celle-ci a vu ses intérêts atteints[3632].

Enfin, lorsque la victime est un tiers, le comportement des associés n'aura aucune incidence sur la responsabilité du dirigeant. Ce dernier restera pleinement responsable quand bien même il aurait agi sur leur ordre exprès[3633] ou avec leur consentement[3634].

Le commissaire aux comptes, pour s'exonérer de sa responsabilité, peut soulever les éventuels obstacles qu'il a rencontrés. Il peut ainsi faire valoir l'obstruction des dirigeants qui ont, par exemple, refusé de lui transmettre certaines informations. Mais cela ne doit pas l'empêcher de remplir sa mission et d'en tenir compte pour formuler son opinion, à défaut, sa responsabilité pourra être engagée[3635]. Le commissaire aux comptes ne peut opposer à la victime le manque de temps pour accomplir sa mission[3636], le faible montant de ses

---

3630 F.-X. LUCAS, note sous Cass. 3e civ., 2 oct. 2001, n° 00-12347, préc. note 3628, spéc. p. 266

3631 Cass. 3e civ., 2 oct. 2001, n° 00-12347 : préc. note 3628 : « *la décision de se porter caution des prêts contractés par la société locataire ne constituait pas un engagement anormal pour elle puisqu'elle avait intérêt à permettre le financement de travaux de nature à valoriser l'immeuble* »

3632 S. MESSAI-BAHRI, *La responsabilité des dirigeants sociaux*, préc., spéc. note 1610 p. 338 - F.-X. LUCAS, note sous Cass. 3e civ., 2 oct. 2001, n° 00-12347, préc. note 3628, spéc. p. 267 et s.

3633 Cass. civ., 21 juill. 1920 : *DP* 1921, 1, p. 137 : « *Attendu que l'administrateur-délégué d'une société anonyme est tenu envers les tiers de réparer le dommage qu'il leur a causé par sa faute dans l'exécution de son mandat* […] ; *le mandataire* [l'administrateur] *ne peut se couvrir de l'ordre ou de l'approbation du mandant* [la société] *pour échapper aux conséquences du délit auquel il a participé* »

3634 Cass. com., 7 oct. 1974, n° 73-13067 : préc. note 2668 : « *aucune décision de l'assemblée générale ne peut avoir pour effet d'éteindre une action en responsabilité contre les administrateurs d'une société anonyme* » - CA Paris, 16 mai 1978 : *Rev. sociétés* 1979, p. 72, note J.G.

3635 Cass. com., 9 févr. 1988, n° 86-13121 : préc. note 2900 : « *la cour d'appel a constaté qu'un examen sommaire tel que celui effectué par la société d'expertise économique et financière avait permis de déceler la probabilité d'une fraude dans la présentation du bilan de 1976, et que les irrégularités n'avaient été révélées par M. X... qu'après que le nouveau dirigeant, M. Y..., les ait fait apparaître, alors que les difficultés qu'il reconnaissait avoir éprouvées pour obtenir les comptes de 1976 auraient dû l'inciter à se montrer spécialement circonspect et à se faire communiquer toutes les pièces utiles à l'exercice de sa mission ; que la cour d'appel a pu ainsi en conclure que ce commissaire aux comptes n'avait pas effectué de contrôles* »

3636 CA Paris, 1er févr. 1984 : *Rev. sociétés* 1984, p. 789, note D. SCHMIDT : « *il tente de justifier « l'absence de diligences approfondies » par le montant, insuffisant selon lui, de sa rémunération et aussi par le manque de temps pour accomplir sérieusement sa mission ; qu'un tel argument est de nature à jeter un doute sérieux sur la compétence et surtout la conscience professionnelle de ce commissaire aux comptes* »

honoraires[3637], la bonne foi ou l'erreur de droit[3638]. Il peut par contre se prévaloir de la force majeure[3639] ou de la faute de la victime[3640] qui peut même être d'une gravité telle qu'elle absorbe sa propre faute[3641].

535. L'impossible *quitus* ou renonciation. La loi interdit expressément aux associés de donner *quitus* au contrôlaire de sa gestion ou de prévoir une renonciation anticipée à toute action en responsabilité à son encontre[3642]. L'assemblée générale n'est pas non plus compétente pour renoncer *a posteriori* à l'exercice de cette action. Seul est admis le quitus donné individuellement par un associé en connaissance de cause[3643]. Est également admise la renonciation postérieure à la découverte de la faute du dirigeant en vertu du principe selon lequel « *une partie peut toujours après la naissance de son droit renoncer à l'application d'une loi fut-elle d'ordre public* »[3644]. La question se pose toutefois en cas d'action *ut singuli* : quel est alors l'effet d'une renonciation de l'associé ? La jurisprudence est partagée. Certaines décisions font valoir qu'elle n'aurait aucune incidence en raison du caractère social de l'action[3645], tandis que d'autres estiment qu'elle mettrait fin à l'action puisque l'associé l'ayant intentée reste seul juge de son opportunité[3646]. Un autre associé serait alors tout à fait libre de poursuivre l'action[3647].

3637 Toutefois, certaines décisions tiennent compte du montant des honoraires perçus pour apprécier les diligences du commissaire aux comptes, V. par ex. TGI Paris, 6 juill. 1981

3638 *La responsabilité civile du commissaire aux comptes*, préc., spéc. n° 208 et s. p. 52

3639 A. ROBERT, *Responsabilité des commissaires aux comptes et des experts comptables*, préc., spéc. n° 25.73 p. 118 - *La responsabilité civile du commissaire aux comptes*, préc., spéc. n° 210 et s. p. 52

3640 N. DHAINAUT-FAKIROFF, *Les prérogatives du commissaire aux comptes*, thèse préc., n° 684 et s., p. 340 et s. - A. ROBERT, *Responsabilité des commissaires aux comptes et des experts comptables*, préc., spéc. n° 25.83 p. 119 - *La responsabilité civile du commissaire aux comptes*, préc., spéc. n° 211 et s., p. 52 et s.

3641 Cass. com., 14 déc. 2004, n° 01-02511 : *Bull. CNCC* 2004, p. 685, note PH. MERLE : « *Mais attendu, en premier lieu, que la cour d'appel a retenu que la société ORC avait, en s'abstenant d'exercer sur l'activité de Mme X... un contrôle dont la nécessité était apparue immédiatement après l'arrivée de celle-ci au sein de la société, commis une faute en l'absence de laquelle les détournements auraient été évités, de sorte que cette faute avait, au regard du lien de causalité, absorbé celle retenue à l'encontre du commissaire aux comptes puisque celle-ci n'aurait pu être commise en l'absence de celle-là ; qu'ainsi, la cour d'appel n'a ni constaté que le manquement du commissaire aux comptes à ses obligations professionnelles avait concouru à la production du dommage subi par la société ORC ni, par suite, exonéré le commissaire aux comptes d'une responsabilité dont elle a dit que les conditions n'étaient pas réunies* »

3642 Articles 1843-5 du Code civil, L. 223-22 et L. 225-253 du Code de commerce

3643 D. GIBIRILA, *Le dirigeant de société*, préc., spéc. n° 575 p. 464

3644 Cass. 3e civ., 27 oct. 1975, n° 74-11656 : *Bull. civ.* 1975, n° 310

3645 CA Versailles, 29 mars 1978 : préc. note 3537 : « *considérant que* [l'article 245 de la loi de 1966] *confère à l'actionnaire qu'un droit d'exercice de l'action sociale mais non point un pouvoir de disposition sur cette action ; qu'il s'en suit que le fait que* [l'associée] *se soit désistée « de son instance et de son action » et ait renoncé au bénéfice du jugement* […] *n'est pas de nature à faire obstacle à la poursuite de l'action sociale par d'autres actionnaires en présence de la carence des dirigeants sociaux* »

3646 CA Paris, 30 oct. 1978 : *JCP G* 1979, II, 19209, note Y. GUYON : « *agissant en vertu d'un droit qui lui est propre, l'actionnaire qui exerce l'action sociale* ut singuli *peut se désister de son instance et de son action et* […] *le désistement d'instance et d'action de l'actionnaire qui exerce seul l'action social a pour résultat de supprimer la procédure antérieure* »

3647 D. GIBIRILA, *Le dirigeant de société*, préc., spéc. n° 576 p. 466

Le *quitus* donné par l'assemblée générale au commissaire aux comptes n'a pas plus de valeur et ne saurait exonérer ce dernier de sa responsabilité envers la société ou les associés[3648].

536. L'exonération de la responsabilité des contrôleurs institutionnels. Outre la classique force majeure et le cas fortuit, l'Administration peut opposer à la victime sa propre faute ou le fait d'un tiers[3649]. Ainsi, le préjudice subi par un employeur du fait de l'annulation de l'autorisation de licenciement d'un salarié protégé sera réduit de moitié en raison de sa propre faute dès lors que le licenciement était fondé illégalement sur les activités syndicales du préposé[3650]. De même, en matière de demande d'autorisation d'exploiter une installation classée, peut venir réduire le droit à indemnisation le fait pour le demandeur d'avoir imprudemment « *engagé des dépenses et des travaux importants malgré les recours engagés contre l'autorisation obtenue* » et qui a par la suite été annulée[3651].

L'Administration peut également voir sa responsabilité limitée du fait d'un tiers. Dans l'affaire Kechichian, la part de responsabilité de l'administration dans la faillite de l'établissement bancaire contrôlé n'a été estimée qu'à 10 % en raison de son origine principalement frauduleuse[3652]. L'Etat ne peut toutefois opposer aux tiers la faute de l'entité contrôlée dans la mesure ou le contrôle administratif avait justement pour but d'éviter cette faute[3653].

3648 J. HEMARD, F. TERRE et P. MABILAT, *Sociétés commerciale,* préc., t. II, n° 1054

3649 C. DEBBASCH et F. COLIN, *Droit administratif*, préc., spéc. p. 452 et s.

3650 CAA Nancy, 9 oct. 1990, n° 89NC00751 : préc. note 3110 : « *Considérant toutefois qu'il résulte de la décision du Conseil d'Etat en date du 18 janvier 1984 sus-évoquée que le projet de licenciement de M. X... était en rapport direct avec les fonctions syndicales qu'il occupait ; qu'en demandant à l'administration d'autoriser un licenciement qui présentait un caractère illégal au regard des dispositions du Code du Travail, la société DAVOINE a commis une faute de nature à exonérer l'Etat de la moitié de la responsabilité encourue* »

3651 CAA Douai, 7 juill. 2005, n° 03DA00720, *Min. écologie c/ Sté Valt* : préc. note 3111 : « *Considérant, en second lieu, qu'il résulte de l'instruction que la société X a négligé de prendre en compte les aléas de son projet, établi sur la base d'une simple modification du plan d'occupation des sols de la commune de Pîtres, aléas dont elle ne pouvait ignorer l'existence en sa qualité de professionnel de l'élimination des déchets ; qu'elle a ensuite engagé des dépenses et des travaux importants malgré les recours engagés contre l'autorisation obtenue ; que la société X a ainsi commis une imprudence, et donc une faute, dont le tribunal administratif a fait une insuffisante appréciation en estimant qu'elle était de nature à réduire d'un tiers la responsabilité incombant à l'Etat ; qu'il y a lieu de fixer l'incidence de la faute commise par la société X à la moitié des conséquences dommageables de l'illégalité de l'autorisation délivrée* »

3652 CE, 30 nov. 2001, n° 219562, *Ministre de l'économie et des finances c/ M. Kechichian et autres* : préc. note 3103

3653 CAA Versailles, 8 mars 2006, n° 03VE04692, *Commune de Taverny :* préc. note 3115 : « *Considérant que l'Etat ne saurait, pour s'exonérer de sa responsabilité, invoquer les fautes commises par la société Lunije alors que son action aurait du précisément avoir pour objet et pour effet d'éviter qu'elles soient commises* »

2 : L'AMENAGEMENT CONTRACTUEL DE LA RESPONSABILITE DU FAIT DU CONTROLE

537. Le domaine contractuel des clauses d'aménagement de la responsabilité. La jurisprudence refuse d'admettre l'aménagement contractuel de la responsabilité délictuelle[3654]. Dans un arrêt de 1955, la Cour de cassation a énoncé que « *sont nulles les clauses d'exonération ou d'atténuation de responsabilité en matière délictuelle, les articles 1382 et 1383 du Code civil étant d'ordre public et leur application ne pouvant être paralysée d'avance par une convention* »[3655]. Une telle clause serait inopposable à la victime. La doctrine est plus partagée[3656]. Un récent rapport du Sénat a même proposé l'admission des clauses limitatives de responsabilité en matière de responsabilité délictuelle sans faute[3657].

538. Les clauses exonératoires de responsabilité. Le droit commun de la responsabilité contractuelle admet la validité des clauses de non-responsabilité[3658]. Il s'agit des clauses « *par lesquelles il est stipulé dans le contrat que le débiteur ne sera pas responsable et ne devra pas de dommages-intérêts en cas d'inexécution, d'exécution tardive ou défectueuse de ses obligations ou de certaines d'entre elles* »[3659]. Elle n'est écartée qu'en cas de dol ou de faute lourde[3660] ou lorsqu'elle porte sur une obligation essentielle du contrat[3661]. La loi prévoit toutefois des exceptions. S'agissant spécialement du contrôle social, les clauses exonératoires de responsabilité sont expressément interdites dans les contrats de notation[3662]. Il s'agit du

---

3654 G. VINEY et P. JOURDAIN, *Les effets de la responsabilité*, préc. n° 213 p. 506

3655 Cass. 2e civ., 17 févr. 1955, n° 55-02810 : *Bull. civ.* 1955, n° 100 ; D. 1956, p. 17 note p. ESMEIN ; *JCP G* 1955, II, 8951, note R. RODIERE ; *GAJ civ.* 2008, t. 2, n° 182 p. 286

3656 P. DELEBECQUE et D. MAZEAUD, « Les clauses de responsabilité : clauses de non-responsabilité, clauses limitatives de réparation, clauses pénales », *in Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles. Études de droit comparé*, Bruylant, LGDJ, 2001, p. 361, spéc. p. 365 - F. TERRE, PH. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*, préc. spéc. n° 613 p. 622 - G. VINEY et P. JOURDAIN, *Les effets de la responsabilité*, préc. n° 214 p. 507

3657 *Rapp. Sénat* n° 558, 2008-2009, « Responsabilité civile : des évolutions nécessaires », par A. ANZIANI et L. BETEILLE, spéc. p. 78 et s.

3658 Cass. 1re civ., 28 juin 1989, n° 86-18410 : *Bull. civ.* 1989, n° 265 ; *JCP G* 1989, n° 331 : « *Mais attendu qu'en énonçant que l'exonération de responsabilité au profit des organisateurs figurant au règlement de course portait " tant sur les incidents de mer que sur ceux de terre ", la cour d'appel - devant laquelle il n'a été fait aucune référence à la réglementation de l'IYRU - a estimé que cette exonération s'étendait nécessairement aux opérations de mouillage à l'issue de la course ; d'où il suit qu'en aucune de ses deux branches le moyen n'est fondé* » - Cass. com., 23 nov. 1999, n° 96-21869 : *Bull. civ.* 1999, n° 210 ; *JCP G* 2000, II, 10326, note CHAZAL ; *Defrénois* 2000, 245, note D. MAZEAUD

3659 F. TERRE, PH. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*, préc. spéc. n° 612 p. 622

3660 F. TERRE, PH. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*, préc. spéc. n° 615 p. 624

3661 Cass. com., 9 juin 2009, n° 08-10350 : *RDC* 2009, p. 1359, obs. D. MAZEAUD : « *Attendu qu'en statuant ainsi, alors que M. X..., ès qualités, qui avait comme obligation essentielle de délivrer le fonds de commerce pourvu d'une autorisation d'ouverture, ne pouvait s'en exonérer par une clause élusive de responsabilité qui, contredisant la portée de son engagement, devait être réputée non écrite, la cour d'appel a violé les textes susvisés* » - M.-Y. Laithier, « L'avenir des clauses limitatives et exonératoires de responsabilité contractuelle – Rapport français », *RDC* 2010, p. 1091

3662 article 544-6 du Code monétaire et financier instauré par la Loi n° 2010-1249 du 22 octobre 2010 de régulation bancaire et financière : « *Les clauses qui visent à exclure la responsabilité des agences de notation de crédit mentionnées à l'article L. 544-4 sont interdites et réputées non écrites* »

seul contrat ayant pour objet le contrôle de la société qui soit visé. Les autres contrôleurs contractuels pourront bénéficier de telles clauses.

La question se pose surtout s'agissant des organes sociaux. Peuvent-ils, en qualité de « mandataires sociaux » bénéficier de clause de non-responsabilité ? Cela semble impossible pour les dirigeants sociaux car les articles 1843-5 du Code civil, L. 223-22 et L. 225-253 du Code de commerce interdisent les dispositions statutaires ou conventionnelles qui viseraient à interdire « *l'exercice de l'action sociale* ». De même, la nature légale et non contractuelle de la responsabilité du commissaire aux comptes interdit tout aménagement contractuel de responsabilité[3663]. Celle-ci peut par contre être prévue dans le cadre d'une extension conventionnelle de la mission du commissaire[3664].

539. Les clauses aménageant le montant de la réparation et le droit commun de la responsabilité. Les clauses aménageant le montant de la réparation sont les clauses limitatives de responsabilité et leurs pendants, les clauses pénales. La clause limitative de responsabilité est la clause par laquelle le contrat fixe à l'avance le montant maximum des dommages et intérêts dus en cas d'inexécution totale ou partielle de l'obligation promise[3665]. Si la clause exonératoire de responsabilité est admise par le droit positif, il en est a fortiori de même pour la clause limitative de responsabilité[3666].

La clause pénale est quant à elle expressément prévue par le Code civil. L'article 1226 dispose que « *la clause pénale est celle par laquelle une personne, pour assurer l'exécution d'une convention, s'engage à quelque chose en cas d'inexécution* »[3667]. Ces deux clauses n'en forment en réalité qu'une seule. Elles ne se distinguent que par leur objet : l'une a vocation à limiter les conséquences de l'inexécution alors que l'autre présente au contraire un caractère comminatoire[3668].

Ces deux clauses sont parfaitement admissibles dans les contrats de contrôles, y compris dans le contrat de notation, la loi n'excluant que les clauses exonératoires de

---

3663 N. DHAINAUT-FAKIROFF, *Les prérogatives du commissaire aux comptes*, thèse préc., n° 747 p. 367

3664 J.-F. BARBIERI, « Quelques observations sur le fondement, la nature et le domaine de la responsabilité civile des commissaires aux comptes », *Bull. Joly Sociétés* 2004, p. 617, spéc. n° 17 p. 626

3665 F. TERRE, PH. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*, préc. spéc. n° 617 p. 628

3666 V. par ex. Cass. 1re civ., 19 janv. 1982, n° 80-15745 : *Bull. civ.* 1982, n° 29 ; *D.* 1982, p. 457, note LARROUMET ; *RTD civ.* 1983, p. 144, note DURRY ; *JCP G* 1984, 20215, note CHABAS : « *aucune disposition légale ne prohibe d'une façon générale l'insertion de clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité dans les contrats d'adhésion* »

3667 Pour un exemple de définition jurisprudentielle : Cass. 1re civ., 10 oct. 1995, n° 93-16869 : *Bull. civ.* 1995, n° 347 ; *D.* 1996, p. 486, note FILLON-DUFOULEUR et somm. p. 116, note DELEBECQUE ; *JCP G* 1996, I, 3914 note BILLIAU et II, 22580, note PLAISANT : « *constitue une clause pénale la clause d'un contrat par laquelle les parties évaluent forfaitairement et d'avance l'indemnité à laquelle donnera lieu l'inexécution de l'obligation contractée* ».

3668 D MAZEAUD, *La notion de clause pénale*, LGDJ 1992, spéc. n° 555 et s., p. 319 et s.

responsabilité[3669]. Il y a peu de jurisprudence en pratique. Si l'on s'intéresse par exemple au cas des auditeurs, et plus particulièrement de l'expert-comptable, aucune décision de justice ne consacre expressément cette possibilité[3670] mais on en trouve des indices indirects. Dans une décision de la Cour d'appel de Reims du 23 mars 2009, il a été jugé que le client ne pouvait poursuivre « *le paiement de l'indemnité de rupture anticipée prévue dans les conditions générales de la lettre de mission* » à l'encontre de l'expert-comptable, mais uniquement parce que l'authenticité de la signature de ce dernier n'était pas certaine[3671]. Les magistrats, en l'espèce, ont bien qualifié la disposition contractuelle de « *clause pénale* » et il semble qu'à leurs yeux elle soit tout à fait admissible. Il en va de même, semble-t-il, en matière de clause limitative de responsabilité. Dans un arrêt du 24 novembre 2008, la Cour d'appel d'Orléans énonce que « *la clause insérée par la société* [d'expertise comptable] *dans sa lettre de mission limitant à 1 million de francs le montant de la réparation susceptible d'être due par la société* [d'expertise comptable] *à la société B...* (son client) *n'est pas opposable à Me Y... ès qualités de commissaire au plan de cession qui agit sur un fondement quasi délictuel* »[3672]. A contrario, une telle clause serait donc valable en cas de mise en jeu de la responsabilité contractuelle de l'expert-comptable

540. Les clauses aménageant le montant de la réparation et le cas particulier des organes sociaux. S'agissant de l'application de ces clauses aux organes sociaux, la doctrine est mitigée. Si l'on prend le cas des organes de direction, Messieurs Guyon et Le Bars, ainsi que Madame Messai-Bahri, estiment que ce n'est pas possible en raison du caractère d'ordre public de la responsabilité des dirigeants. Pour eux, cela contreviendrait non à la lettre mais à l'esprit des articles 1843-5 du Code civil, L. 223-22 et L. 225-253 du Code de commerce[3673]. Madame Vatinet suggère pourtant que ce serait un bon moyen de rationaliser le montant des dommages et intérêts dus par le dirigeant fautif et de les proportionner à ses réelles capacités financières[3674]. Elle estime, pour sa part, que cela n'irait pas à l'encontre des articles L. 225-252 et L. L. 252-253 du Code de commerce. En effet, les articles 1843-5 du Code civil, L. 223-22 et L. 225-253 du Code de commerce interdisent les dispositions statutaires ou conventionnelles qui viseraient à interdire « *l'exercice de l'action sociale* ». Or une clause

---

3669 M. AUDIT, « Aspects internationaux de la responsabilité des agences de notation », préc., spéc. n° 43 p. 599

3670 A. ROBERT, *Responsabilité des commissaires aux comptes et des experts comptables*, préc., spéc. n° 24.143 p. 105

3671 CA Reims, 23 mars 2009 : *JurisData* n° 2009-013792

3672 CA Orléans, 24 nov. 2008, RG 06/03060

3673 *JCl. Sociétés Traité*, Fasc. 132-10, par Y. GUYON et B. LE BARS, spéc. n° 73 - S. MESSAI-BAHRI, *La responsabilité des dirigeants sociaux*, préc., spéc. n° 715 p. 241

3674 R. VATINET, « La réparation du préjudice causé par la faute des dirigeants sociaux devant les juridictions civiles », *in* « colloque du 16 décembre 2002 sur la responsabilité civile des dirigeants sociaux », préc., spéc. n° 8 p. 250

limitative de responsabilité n'empêche pas l'exercice de cette action. En faveur de l'admission d'une telle clause, on peut d'ailleurs relever que Messieurs Guyon et Le Bars n'excluent pas la mise en jeu d'une éventuelle clause pénale à l'encontre du dirigeant[3675] ou encore d'une transaction[3676]. Pourtant, ces conventions permettent de passer outre l'action en responsabilité et peuvent même la limiter dans le cas de la transaction.

L'admission de telles clauses ne saurait être interdite car un autre mécanisme permet d'arriver à un résultat similaire : l'assurance responsabilité civile des dirigeants sociaux[3677]. Cette assurance, si elle n'est pas prévue par le droit des sociétés, n'est pas pour autant interdite. Une proposition de loi avait pourtant tenté de la rendre illégale dans les SA en introduisant un article L. 225-254-1 dans le Code de commerce selon lequel : « *Toute assurance en responsabilité civile souscrite ou payée par la société afin de couvrir la responsabilité civile des administrateurs ou du directeur général est nulle et ne peut avoir aucun effet. Toute disposition contraire est réputée non écrite* »[3678]. Ce projet n'a jamais été accepté. La prime d'assurance peut même être payée par la société elle-même[3679]. Pour le dirigeant social, cela revient *de facto* à limiter sa responsabilité personnelle au détriment de la société, tout comme les clauses limitatives de responsabilité. La seule différence est que la société ne supporte pas le risque de perte du fait du dirigeant lorsqu'elle est assurée.

S'agissant des commissaires aux comptes, encore une fois, la nature légale et non contractuelle de leur responsabilité semble interdire toute limitation contractuelle de responsabilité[3680], sauf le cas des extensions conventionnelles de la mission du commissaire[3681]. Le commissaire aux comptes est donc tenu de réparer l'intégralité du dommage subi par sa faute. A l'heure actuelle, les montants des dommages et intérêts pesant sur les commissaires aux comptes en cas de mise en jeu de leur responsabilité civile sont de

---

3675 *JCl. Sociétés Traité*, Fasc. 132-10, par Y. GUYON et B. LE BARS, spéc. n° 73

3676 *JCl. Sociétés Traité*, Fasc. 132-10, par Y. GUYON et B. LE BARS, spéc. n° 129 - V. J. HEMARD, F. TERRE et P. MABILAT, *Sociétés commerciale,* t. II, préc., spéc. n° 1215

3677 Sur l'assurance RCMS, V. C. FREYRIA, « L'assurance de responsabilité du management », *D.* 1995, chron. p. 120 - A. CONSTANTIN, « De quelques aspects de l'assurance de responsabilité civile des dirigeants sociaux », *RJDA* 2003, p. 595 - A. CONSTANTIN, « Quels boucliers ? L'assurance de responsabilité des dirigeants sociaux », *Rev. Lamy dr. aff.* août-sept. 2009, suppl. n° 41, p. 27 et s., et p. 37 et s. - A. CONSTANTIN, « L'utilité de l'assurance des dirigeants sociaux au regard de la jurisprudence de la Cour de cassation », *Bull. Joly Sociétés* 2010, p. 762 - A. MOUROT, « L'assurance des dirigeants et des administrateurs », *Rev. Actes pratiques et ingénierie sociétaire* juill.-août 2009, p. 45 - *JCl. Sociétés*, Fasc. n° 132-15, par J. MONNET

3678 Proposition de loi n° 1304, 17 déc. 2003

3679 P.-G. MARLY, « Le paiement des primes par la société : réflexion sur la légitimité d'une pratique », *Bull. Joly Sociétés* 2010, p. 772

3680 N. DHAINAUT-FAKIROFF, *Les prérogatives du commissaire aux comptes*, thèse préc., n° 747 p. 367

3681 J.-F. BARBIERI, « Quelques observations sur le fondement, la nature et le domaine de la responsabilité civile des commissaires aux comptes », *Bull. Joly Sociétés* 2004, p. 617, spéc. n° 17 p. 626

plus en plus élevés et deviennent inassurables[3682]. Selon Charlie McCreevy, membre de la Commission chargé du Marché intérieur et des services, « *une situation combinant un régime de responsabilité illimitée à une couverture insuffisante des risques n'était plus tenable. Cette situation pourrait devenir très problématique pour les marchés de capitaux européens et pour les contrôleurs des comptes ayant des activités internationales. Non seulement les conditions actuelles empêchent l'établissement de nouveaux cabinets sur le marché de l'audit international, mais elles présentent également une menace pour les cabinets existants. Vu la concentration et le nombre limité des cabinets d'audit, cette situation pourrait avoir des conséquences dommageables pour les marchés européens des capitaux* »[3683]. La commission européenne relève notamment le risque que les commissaires aux comptes abandonnent le contrôle des entités présentant des risques élevés, que les coûts d'assurance renforcent la concentration des acteurs sur le marché du contrôle légal et, enfin, que les contrôleurs se délocalisent dans les pays les plus favorables en matière de limitation de responsabilité[3684]. Des discussions au niveau européen ont donc conduit, à partir de la fin des années 90, à réfléchir à un possible plafonnement de la responsabilité des commissaires aux comptes. Ces limitations de responsabilité existent déjà en Autriche, Belgique, Allemagne, Grèce et Slovénie. Le Royaume-Uni a prévu une possibilité de limitation conventionnelle de responsabilité[3685]. Néanmoins, le ministre de la Justice français de l'époque, Monsieur Clément, s'est opposé à ces propositions, jugeant cette réforme inacceptable. Elle heurterait, selon lui, *« frontalement les piliers sur lesquels repose notre droit de la responsabilité civile, qui affirme le principe d'une réparation intégrale du préjudice subi par la victime. Admettre une limitation au profit des contrôleurs légaux des comptes porterait en outre atteinte au principe d'égalité de tous devant la loi en créant un privilège incompréhensible* »[3686].

Une recommandation de la Commission européenne du 5 juin 2008 préconise pourtant la limitation de la responsabilité civile des contrôleurs légaux des comptes et des cabinets d'audit. Elle propose plusieurs méthodes aux Etats membres : soit la fixation d'un montant financier maximum, ou d'une formule permettant de calculer un tel montant, soit

---

3682 Direction général du marché intérieur et des services, *Document de travail des services de la commission : Consultation sur la responsabilité des contrôleurs légaux des comptes et son incidence sur les marchés européens de capitaux*, p. 5 (http://ec.europa.eu/internal_market/auditing/docs/liability/consultation-paper_fr.pdf)

3683 Communiqué de presse du 6 juin 2008 : *Audit: la Commission publie une recommandation visant à limiter la responsabilité des cabinets d'audit*, IP/08/897

3684 COMMISSION EUROPEENNE, « Livre vert : rôle, statut et responsabilité du contrôleur légal des comptes dans l'union Européenne », *JOCE* C 321, 28 oct. 1996, spéc. n° 5.5 p. 33

3685 Direction général du marché intérieur et des services, *Document de travail des services de la commission : Consultation sur la responsabilité des contrôleurs légaux des comptes et son incidence sur les marchés européens de capitaux*, p. 5

3686 Déclaration de M. Pascal CLEMENT à l'occasion du bicentenaire du Code de commerce, Sorbonne, 2 févr. 2007, *Annonces Seine*, 5 févr. 2007, p. 12

l'établissement d'une série de principes qui prévoient qu'un contrôleur légal des comptes ou un cabinet d'audit n'est pas responsable au-delà de sa contribution effective au préjudice subi par le demandeur, et n'est donc pas responsable *in solidum* avec d'autres fautifs, soit encore adoption d'une disposition permettant à la société dont les comptes doivent être contrôlés et au contrôleur légal des comptes ou au cabinet d'audit de fixer la limite de la responsabilité au moyen d'un accord[3687]. A ce jour, la France n'a toujours pas légiféré en ce sens.

Si l'on admet le bénéfice de l'écran de la personnalité morale au profit de tous les organes sociaux de fait ou de droit, la faute de contrôle n'engage la responsabilité de son auteur qu'à l'égard de la société. Or la mission de l'organe social, si elle relève de l'institution, n'en est pas moins encadrée conventionnellement, soit par le biais des statuts, soit de la lettre de mission. C'est le cas pour la fixation de sa rémunération, pour l'étendue de son pouvoir ou de ses obligations ou encore pour les conditions dans lesquelles il sera mis fin à son mandat[3688].

Admettre les clauses exonératoires de responsabilité du fait du contrôle est impossible : il s'agit de l'obligation essentielle qui pèse sur le contrôlaire et le contrôleur. Par contre, admettre une clause aménagement le montant de la réparation due pourrait être une solution intéressante au problème de l'extension exponentielle de la responsabilité du commissaire aux comptes. Loin de le déresponsabiliser, cela lui permettrait d'exercer sa mission avec plus de sérénité et sans doute plus d'efficacité, comme le permettent déjà les mécanismes d'assurance[3689].

3687 recommandation de la commission européenne du 5 juin 2008, n° 2008/473/CE, sur la limitation de la responsabilité civile des contrôleurs légaux des comptes et des cabinets d'audit : *JOEU* 21 juin 2008, p. 39 - PH. MERLE, « Vers un plafonnement de la responsabilité civile des commissaires aux comptes », préc. - A. ROBERT, « Vers une responsabilité limitée des commissaires aux comptes ? », *D.* 2008, p. 3106

3688 exemple des parachutes dorés

3689 A. CONSTANTIN, « De quelques aspects de l'assurance de responsabilité civile des dirigeants sociaux », préc., spéc. n° 27

CONCLUSION DU CHAPITRE 2

La multiplication des fondements de la responsabilité du fait du contrôle n'est pas justifiée, ni efficace, et encore moins équitable. La faute de contrôle est unique : il s'agit de l'inadéquation du risque social à l'intérêt social. Le préjudice qui en résulte est lui même toujours le même : la perte de chance de réalisation ou non du risque social. La responsabilité du fait du contrôle mériterait donc, sinon un régime unitaire, au moins un retour à plus de cohérence dans sa mise en œuvre. Tout contrôlaire ou contrôleur intervenant en qualité d'organe social, de droit ou de fait, devrait bénéficier de la protection de l'écran de la personnalité morale. En contrepartie, les tiers devraient pouvoir profiter d'une extension de l'action *ut singuli* contre ces organes.

La faute de contrôle doit toujours s'apprécier *in abstracto* et la preuve de cette faute doit peser sur la victime en raison de la nature même de l'obligation de contrôle qui constitue une obligation de moyen.

La prescription de l'action en responsabilité du fait du contrôle devrait également faire l'objet d'un aménagement légal afin de gommer les inégalités pesant tant sur les auteurs de faute de contrôle que sur leurs victimes. La prescription abrégée de 3 ans à compter du fait dommageable ou, s'il a été dissimulé, de sa révélation pourrait ainsi être appliquée à tous.

Enfin, outre les causes classiques d'exonération de responsabilité, les organes sociaux devraient eux aussi pouvoir se prévaloir d'éventuelles clauses limitatives de responsabilité incluses dans les statuts. Cela implique qu'ils puissent également se voir imposer d'éventuelles clauses pénales.

CONCLUSION GENERALE

541. Proposition de thèse. L'étude de la notion de contrôle et du pouvoir de contrôle attribué aux différents intervenants dans la vie sociale a permis de définir cette notion et d'en tirer un certain nombre de conséquences. Nous nous proposons de conclure ce travail de façon synthétique sous la forme de proposition de thèse.

1) Le contrôle est la recherche de l'adéquation du risque social à l'intérêt social.

2) Le risque social est la chance de gain ou le risque de perte.

3) L'intérêt social doit être entendu comme l'intérêt propre de la personne morale. Ce dernier étant nécessairement soumis à l'intérêt général.

4) Le contrôle se distingue par le fait qu'il est finalisé. Il est sanctionné par l'octroi de droits et obligations à son titulaire.

5) La sanction du contrôle est constituée : par l'engagement de la société, par le pouvoir de punir ou de récompenser la société ou ses dirigeants, par le pouvoir de quitter la société, par l'obligation de transmettre le résultat du contrôle.

6) Les dirigeants sociaux, que l'on pourra nommer « contrôlaire », exercent un contrôle actif en ce qu'ils disposent du pouvoir de définir le risque social. Ce risque doit être conforme à l'intérêt social.

7) Les autres intervenants dans la vie sociale, que l'on désignera sous le vocable de « contrôleur », exercent un contrôle passif en ce qu'ils se contentent de vérifier que le risque social pris par le dirigeant est conforme à l'intérêt social

8) La responsabilité du fait du contrôle nait de la mauvaise appréciation du risque social au regard de l'intérêt social qui a conduit à l'inadéquation de la sanction du contrôle mise en œuvre.

9) le préjudice causé par la faute de contrôle est la perte de chance de la réalisation du risque social.

10) La responsabilité du fait du contrôle emporte endroit positif une multitude de régimes et donc de traitement de l'auteur du dommage ou de sa victime. Ces inégalités de traitement ne sont pas justifiées. Quelques adaptations simples permettraient un retour à une certaine cohérence : les voici.

11) L'écran de la personnalité morale devrait être étendu à tous les organes de contrôle, de droit ou de fait.

12) En contrepartie, l'action *ut singuli* devrait être ouverte à toutes les victimes du fait du contrôle d'un organe social.

13) Le contrôle constitue une obligation de moyen. La charge de la preuve de contrôle pèse sur la victime. La faute de contrôle doit s'apprécier *in abstracto*.

14) La prescription de l'action en responsabilité du fait du contrôle devrait être de trois à compter du fait dommageable ou de sa révélation.

15) Les organes sociaux de contrôle devraient pouvoir bénéficier d'éventuelles clauses limitatives de responsabilité à l'égard de la société.

BIBLIOGRAPHIE

OUVRAGES GENERAUX ET SPECIAUX, MONOGRAPHIES ET THESES PUBLIEES

- AÏDAN P., *Droit des marchés financiers, Réflexions sur les sources*, Banque édition 2001
- AMIEL-COSME L., *Les réseaux de distribution*, LGDJ 1995
- ANTONMATTEI P.-H. et RAYNARD J., *Droit civil, contrats spéciaux*, Litec 6e éd. 2008
- ARCELIN L., *Droit de la concurrence ; Les pratiques anticoncurrentielles en droit interne et communautaire*, PUR 2009
- AYNES L., MALAURIE PH., et STOFFEL-MUNCK PH., *Droit civil, les obligations*, Defrénois 4e éd. 2009
- AZARIAN H., *La société par actions simplifiée*, Litec, 2e éd. 2007
- BACACHE-GIBEILI M., *Traité de droit civil,* t. 5*, Les obligations ; la responsabilité civile extracontractuelle*, C. LARROUMET (dir.), Economica 2e éd. 2012
- BALENSI I., *Les conventions entre les sociétés commerciales et leurs dirigeants*, Economica 1975
- BALLOT-LENA A., *La responsabilité civile en droit des affaires ; des régimes spéciaux vers un droit commun*, LGDJ 2008
- BARANGER G., *Conventions réglementées*, Ed. Francis Lefebvre 2007
- BARBIER E., *L'audit interne : pourquoi ? comment ?*, Les éditions d'organisation 1989
- BARBIER H., *La liberté de prendre des risques*, PUAM 2010
- BAUCOMONT M. et GOUSSET P., *Traité de droit des installations classées*, Lavoisier 1994
- BEGUE D., *L'organisation juridique de la Compagnie des Indes*, Domat-Montchrestien, 1936
- BERDAH J.-P., *Fonctions et responsabilité des dirigeants de sociétés par actions*, Sirey, 1974
- BERGERES M. et DUPRAT PH., *Les dirigeants de sociétés : statuts juridiques, fiscal et social*, Encyclopédie Delmas pour la vie des affaires, 1994
- BERGERON, *Fonctionnement de l'Etat*, Librairie Armant Collin, 1965, p. 49
- BERR CL., *L'exercice du pouvoir dans les sociétés commerciales*, Sirey, 1961
- BIGOT J.*, Traité de droit des assurances, T. 1, Entreprises et organismes d'assurance*, LGDJ 3e éd. 2011
- BLOCH C., *La cessation de l'illicite, Recherche sur une fonction méconnue de la responsabilité civile extracontractuelle*, Dalloz 2008
- BOIVIN J.-P., *Les installations classées. Traité pratique de droit de l'environnement industriel*, Le Moniteur 2e éd. 2003
- BONNEAU T., *Droit bancaire*, Montchestien 7e éd. 2007
- BONNEAU TH. et DRUMMOND F., *Droit des marchés financiers*, Economica 3ème éd. 2010
- BOUCARD F., *Les obligations d'information et de conseil du banquier*, PUAM 2002
- BRAIBANT G. et STIRN B., *Le droit administratif français*, Presse de Sciences-Po Dalloz, 7e éd. 2005
- BRUN PH., *Responsabilité civile extracontractuelle*, Litec 2e éd. 2009
- M. CABRILLAC, CH. MOULY, S. CABRILLAC et PH. PETEL, *Droit des suretés*, Litec 9e éd. 2010
- CABY J., COURET A. et HIRIGOYEN G., *Initiation à la gestion*, Montchrestien 3e éd. 1998
- CADIET L. et JEULAND E., *Droit judiciaire privé*, Litec 6e éd. 2009
- CAGNOLI P., *Essai d'analyse processuelle du droit des entreprises en difficulté*, LGDJ 2002
- CARBONNIER, *Droit civil, Vol. II, Les biens, les obligations*, PUF, 2004
- CARRARD F., *Les experts comptables, sociétés fiduciaires et syndicats de révision selon l'art. 723 co*, Lausanne 1964
- CARVAL S., *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, LGDJ 1995
- CATALA P., *L'indivision*, Defrénois 1979
- CAUSSAIN J.-J., *Le directoire et le conseil de surveillance de la société anonyme*, Litec 2002
- CHAGNY M., *Droit de la concurrence et droit commun des obligations*, Dalloz 2004

- CHAMPAUD CL., *Le pouvoir de concentration de la société par action*, Sirey 1962
- CHAMPETIER DE RIBES-JUSTEAU A.-L., *Les abus de majorité, de minorité et d'égalité*, Dalloz 2010
- CHAPUS R., *Droit administratif général*, t. 1, Montchrestien, 15e éd. 2001
- CHARREAUX G. et WIRTZ P., *Gouvernance des entreprises ; Nouvelles perspectives*, Economica 2006
- CHARTIER Y., *La réparation du préjudice*, Dalloz 1996
- CHARVERIAT A. et VIANDIER A., *Sociétés et Loi NRE*, éditions Francis Lefebvre 2002
- COEURET A. et FORTIS E., *Droit pénal du travail*, Litec 5e éd. 2012
- COEURET A., GAURIAU B. et MINE M., *Droit du travail*, Sirey 2e éd. 2009
- COHEN M., *Le droit des comités d'entreprise et des comités de groupe*, LGDJ 9e éd. 2009
- COLLART DUTILLEUL F. et DELEBECQUE PH., *Contrats civils et commerciaux*, Dalloz 8ème éd. 2007
- CONSO p. et HEMICI F., *Gestion financière de l'entreprise*, Dunod 11e éd. 2005
- CONTIN R., *Le contrôle de la gestion des sociétés anonymes*, Librairie Technique 1975
- CORNU G., ASSOCIATION HENRI CAPITANT, *Vocabulaire juridique*, PUF, 9e éd. 2011
- CORNU G., *Etude comparée de la responsabilité délictuelle en droit privé et droit public*, La Mémoire du droit , 2010, Reprod. en fac-sim. de l'éd. 1951
- COUCHEZ G., *Procédure civile*, Sirey 16e éd. 2011
- COURET A., LE NABASQUE H. et *al.*, *Droit financier*, Dalloz 2e 2012
- COUTANT-LAPALUS C., *Le principe de la réparation intégrale en droit privé*, PUAM 2002
- COZIAN M. et DEBOISSY F., *Précis de fiscalité des entreprises*, Litec 35e éd. 2012
- COZIAN M., VIANDIER A. et DEBOISSY F., *Droit des sociétés*, Litec, 24e éd., 2011
- CUISINIER V., *L'affectio societatis*, Litec, 2008
- CZULOWSKI L., *La notion de direction dans la société anonyme et la législation de 1940*, Imp. Du Sud 1943
- DALMASSO T., *La délégation de pouvoirs*, Joly édition 2000
- DE BOÜARD F., *La dépendance économique née d'un contrat*, LGDJ 2007
- DE CORDT Y., *l'égalité entre actionnaires*, Bruylant 2004
- DE JUGLART M., IPPOLITO B. par DUPICHOT J., *Les sociétés commerciales, cours de droit commercial*, vol. 2, Montchrestien, 10e éd. 1999
- DE LAUZAINGHEIN CH., NAVARRO J.-L. et NECHELIS D., *Droit comptable*, Dalloz 3ème éd. 2004
- DE SAINT-LEGER A., *Les mines d'Anzin et d'Aniche pendant la révolution*, t. II, *les mines d'Aniches*, 1ère partie, E. Leroux, 1935
- DEHARBE D., *Les installations classées pour la protection de l'environnement*, Litec 2007
- DEJEAN DE LA BATIE N., *Appréciation* in concreto *et appréciation* in abstracto *en droit civil français*, LGDJ 1965
- DEMOGUE R., *Traité des obligations en général*, t. VI, Arthur Rousseau 1932
- DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon, Traité des contrats ou des obligations conventionnelles*, T. XXV, Paris 1869
- DEPALLENS G., par JOBARD J.-P., *Gestion financière de l'entreprise*, Dalloz, 11e éd. 1997
- DERRIDA F., GODE p. et SORTAIS J.-P., *Redressement et liquidation judiciaires des entreprises*, Dalloz, 3e éd. 1991
- DESPORTES F. et LE GUNEHEC F., *Droit pénal général*, Economica 16e éd. 2009
- DIDIER P., *Droit commercial*, tome 1 PUF 1970
- DIDIER P., *Droit commercial,* tome 1 : *Les entreprises en société*, Thémis, 1ère éd. 1993
- DIDIER P., *Droit commercial*, tome 2 : *l'entreprise en société*, PUF, 3e éd. 1999
- DIDIER P., *Droit commercial,* tome 3 : *Le marché financier, Les groupes de sociétés*, PUF, 1993
- DIDIER P., *Droit commercial*, tome 5 : *l'entreprise en difficulté*, PUF 1995
- DIDIER PH., *De la représentation en droit privé*, LGDJ 2000
- DIDIER P. ET PH, *Droit commercial*, t. 2*, Les sociétés commerciales*, Economica 2011
- DJIAN Y., *Le contrôle de la direction des sociétés anonymes dans les pays du marché commun*, Sirey 1965
- DOMAT J., *Lois civiles*, Civ. I, Titre VIII *in principio*

- DUBREUIL H., *Employeurs et salariés en France*, Alcan 1934
- DUEZ P., *La responsabilité de la puissance publique (en dehors du contrat)*, Dalloz 1938
- DUBOY DE LUZY A, *L'interposition de personne*, LGDJ 2010
- ESCARRA et RAULT, *Traité théorique et pratique de droit commercial, Les sociétés commerciales*, t. 2, Sirey 1951
- ESCARRA et RAULT, *Traité théorique et pratique de droit commercial, Les sociétés commerciales,* T. IV*, Sociétés par actions, l'administration des sociétés*, Sirey 1959
- FABRE-MAGNAN M., *De l'obligation d'information dans les contrats. Essai d'une théorie*, LGDJ 1992
- FABRE-MAGNAN M., *Droit des obligations*, t. 1, *Contrat et engagement unilatéral*, PUF 2e éd. 2010
- FABRE-MAGNAN M., *Droit des obligations,* t. 2*, Responsabilité civile et quasi-contrats*, PUF 2e éd. 2010
- FAURE-ABBAD M., *Le fait générateur de la responsabilité contractuelle*, LGDJ 2003
- FAVENNEC-HERY F. ET VERKINDT P.-Y., *Droit du travail*, LGDJ 3e éd. 2011
- FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. XVIII, Paris 1827, spéc. p. 238
- FERRIER D., *Droit de la distribution*, Litec 6e éd. 2012
- FERRIER N., *La délégation de pouvoir, technique d'organisation de l'entreprise*, Litec 2005
- FLOUR J. et AUBERT J.-L., par SAVAUX E., *Les obligations*, t. 1, *L'acte juridique*, Sirey 14e éd. 2010
- FLOUR J. et AUBERT J.-L., par SAVAUX E., *Les obligations*, t. 2, *Le fait juridique*, Sirey 14e éd. 2011
- FLOUR J., AUBERT J.-L. par SAVAUX E., *Les obligations*, T. 3, *Le rapport d'obligation*, Sirey 7e éd. 2011
- FRANÇOIS J. sous la direction de LARROUMET C., *Droit civil,* tome 4*, Les obligations, régime général*, Economica 2011
- FROSSARD J., *La distinction des obligations de moyens et de résultat*, LGDJ, 1965
- GAILLARD E., *La société anonyme de demain, la théorie institutionnelle et le fonctionnement de la société anonyme*, Recueil Sirey 2e éd. 1933
- GAILLARD E., *Le pouvoir en droit privé*, Economica, 1985
- GAUTIER TH., *Les dirigeants et les groupes de sociétés*, Litec, 2000
- GAVALDA C. et STOUFFLET J., *Droit bancaire*, Litec 7e éd. 2008
- GERMAIN M., *Traité de droit commercial,* Tome 1, vol. 2*, Les sociétés commerciales*, LGDJ 19e éd. 2009
- GHESTIN J., *Traité de droit civil, La formation du contrat*, LGDJ, 3e éd. 1993
- GIBIRILA D., *Le dirigeant de société*, Litec, 1995
- GIBIRILA D., *Droit des entreprises en difficulté*, Defénois 2009
- GIERKE, *Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung*, Weidmann, 1887
- GIERKE, *Deutsches Privatrecht*, Duncker & Humblot, 1905
- GODON L., *Les obligations des associés*, Economica 1999
- GRARE C., *Recherche sur la cohérence de la responsabilité délictuelle*, Dalloz 2005
- GRUA F., *Les contrats de base de la pratique bancaire*, Litec 2000
- GUINCHARD S., FERRAND F. et CHAINAIS C., *Procédure civile*, Dalloz 30e éd. 2010
- GUYON Y., *Droit des affaires*, tome I, *Droit commercial général et sociétés*, Economica, 12e éd. 2003
- GUYON Y., *Droit des affaires*, tome II, *Entreprises en difficulté, redressement judiciaire, faillite*, Economica, 9e éd. 2003
- GUYON Y. et COQUEREAU G., *Le commissariat aux comptes – aspects juridique et technique*, Litec 1971
- HABER P., *Des dangers de l'interventionnisme de l'Etat en matière ouvrière*, Chartres 1906
- HADJI-ARTINIAN S., *La faute de gestion en droit des sociétés*, Litec 2001
- HAMEL J. et LAGARDE G., *Traité de droit commercial*, t. 1, Dalloz 1954
- HAMIAUT M., *La réforme des sociétés commerciales, Loi n°66-537 du 24 juillet 1966*, t. I, Dalloz, 1966
- HAURIOU, *Les principes de droit public*, Librairie du Recueil Sirey, 2e éd. 1916
- HEMARD J., TERRE F. et MABILAT P., *Sociétés commerciales*, T. I, Dalloz 1972
- HEMARD J., TERRE F. et MABILAT P., *Sociétés commerciales*, T. II, Dalloz 1974
- HERON J. et LE BARS TH., *Droit judiciaire privé*, Domat 5e éd. 2012
- HILAIRE J., *Introduction historique au droit commercial*, PUF 1986

- HOUPIN et BOSVIEUX, *Traité général théorique et pratique des sociétés civiles et commerciales et des associations*, Librairie de la Société du Recueil Sirey, 7e éd. 1937
- HUET J., *Traité de droit civil, Les principaux contrats spéciaux*, GHESTIN J. (dir.), LGDJ 2e éd. 2001
- HUREAU G., *Les pouvoirs des assemblées d'obligataires*, Rousseau & Cie 1948
- IGALENS J. et PERETTI J.-M., *Audit social*, Eyrolles 2008
- JACQUEMONT A., *Droit des entreprises en difficulté*, Litec 7e éd. 2011
- JAULT A., *La notion de peine privée*, LGDJ 2005
- JEANTIN M., *Droit des sociétés*, Montchrestien, 3e éd. 1994
- JEREZ O., *Le secret bancaire*, Banque éditeur 2000
- JEULAND E., *Essai sur la substitution de personne dans un rapport d'obligation*, LGDJ 1999
- JOLIA-FERRIER L. et BOUDEVILLE N., *Guide pratique de l'audit d'environnement*, Editions Tec&Doc 1999
- JOUFFIN E., *Le sort des contrats en cours dans les entreprises soumises à une procédure collective*, LGDJ 1998
- KAPP T., RAMACKERS P. et TERRIER J.-P., *Le système d'inspection du travail en France*, Editions Liaisons 2009
- LABARTHE F., NOBLOT C. et GHESTIN J. (dir.), *Le contrat d'entreprise*, LGDJ 2008
- LAFERRIERE E., *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, tome 1, Berger-Levrault, 2e éd. 1896
- LAMBERT-FAIVRE Y., *Droit du dommage corporel*, Dalloz 7e éd. 2012
- LASBORDES V., *Les contrats déséquilibrés*, t. 1, PU Aix-Marseille 2000
- LE CANNU P., LUCHEUX J.-M., PITRON M. et SENECHAL J.-P., *Entreprises en difficulté, prévention, redressement et liquidation judiciaire*, GLN Joly 1994
- LE CANNU P. et DONDERO B., *Droit des sociétés*, Montchrestien 4e éd. 2012
- LE CORRE P.-M., *Droit et pratique des procédures collectives*, Dalloz 6e éd. 2011
- LE GOFF J., *Du silence à la parole, Une histoire du droit du travail des années 1830 à nos jours*, PU Rennes 2004
- LE TOURNEAU PH., *L'éthique des affaires et du management au XXIe siècle*, Dalloz 2000
- LE TOURNEAU PH., *Droit de la responsabilité et des contrats*, Dalloz 8e éd. 2010
- LECLERCQ P., *Les clientèles attachées à la personne*, LGDJ 1965
- LECLERCQ, *Le conducteur d'une automobile qui tue ou blesse un piéton commet-il un acte illicite ?*, Bruylant 1927
- LEFEBVRE D. et *al.*, *Droit de l'entreprise, aspect juridique, sociaux, fiscaux*, PUG, 6e éd. 1997
- LEPAGE-JESSUA C., *Audit d'environnement*, Dunod 1992
- LEVENEUR L., *Situations de fait et droit privé*, LGDJ 1990
- LEVY L., *La nationalité des sociétés*, LGDJ 1984
- LEVY-BRUHL H., *Histoire juridique des sociétés de commerce en France au XVIIe et XVIIIe siècle*, Domat-Montchrestien, 1938
- LIENHARD A., *Procédure collectives*, Editions Delmas 4e éd. 2011
- LUCAS F.-X., *Les transferts temporaires de valeurs mobilières : pour une fiducie de valeur mobilière*, LGDJ, 1997
- LUCAS DE LEYSSAC C. et PARLEANI G., *Droit du marché*, PUF 2002
- MALINVAUD PH. et FENOUILLET D., *Droit des obligations*, Litec 11e éd. 2010
- MALAURIE PH., AYNES L. et GAUTIER P.-Y., *Les contrats spéciaux*, Defrénois 7e éd. 2011
- MALAURIE PH., AYNES L. et STOFFEL-MUNCK PH., *Les obligations*, Defrénois 5e éd. 2011
- MALAURIE PH. et AYNES L., *Les biens*, Defrénois 4e éd. 2010
- MARMOZ F., *La délégation de pouvoir*, Litec, 2000
- MARTORY B. et CROZET D., *Gestion des ressources humaines - Pilotage social et performances*, Dunod 5e éd. 2003
- MARTY G. et RAYNAUD P., *Traité de droit civil, Les obligations*, t. 1, Sirey 2e éd. 1988
- MARTY G., RAYNAUD P. et JESTAZ PH., *Les obligations*, t. 2, *Le régime*, Sirey 2e éd. 1989

- MAZEAUD A., *Droit du travail*, Montchrestien 7e éd. 2010
- MAZEAUD D, *La notion de clause pénale*, LGDJ 1992
- MAZEAUD H. et L. et TUNC A., *Traité historique et pratique de la responsabilité civile,* t. 1, Montchrestien 6e éd. 1965
- MAZEAUD H. et L., MAZEAUD J. et CHABAS F., *Leçons de droit civil,* t. 2, vol. 1*, Obligations, théorie générale*, Montchrestien 9e éd. 1998
- MEADEL J., *Les marchés financiers et l'ordre public*, LGDJ 2007
- MERLE PH., *Droit commercial, Sociétés commerciales*, Dalloz, 15e éd. 2012
- MESSAI-BAHRI S., *La responsabilité des dirigeants sociaux*, IRJS Edition, 2009
- MICHOUD L., *La théorie de la personnalité morale et son application au droit français*, t. 1, LGDJ 1906.
- MICHOUD L., *La théorie de la personnalité morale et son application au droit français*, t. 2, LGDJ 2e éd. 1924, rééd. 1998
- MONSALIER M.-C., *L'aménagement contractuel du fonctionnement de la société anonyme*, LGDJ 1998
- MONSERIE M.-H., *Les contrats dans le redressement et la liquidation judiciaire des entreprises*, Litec 1994
- MOREAU J., *L'influence de la situation et du comportement de la victime sur la responsabilité administrative*, LGDJ 1957
- MOUSSERON P., *Droit des sociétés*, Joly éd. 2011
- MOWBRAY A. M., *Insurance : its Theory and Practice in the United States*, McGraw-Hill, 1930
- NEMEDEU R., *Le contrôle des dirigeants de la société anonyme*, ANRT 2003
- OLIVIER-MARTIN, *Précis d'histoire du droit français*, Dalloz 1932, p. 326
- OUDOT P., *Le risque de développement. Contribution au maintien du droit à réparation*, EUD 2005
- PAGNUCCO J.-C., *L'action sociale* ut singuli *et* ut universi *en droit des groupements*, Fondation Varenne 2006
- PAILLET M., *La faute du service public en droit administratif français*, LGDJ 1980
- PAILLUSSEAU J., *La société anonyme, technique d'organisation de l'entreprise*, Sirey 1967
- PAILLUSSEAU J., CAUSSAIN J.-J., LAZARSKI H. et PEYRAMAURE P., *La cession de l'entreprise*, Dalloz 1991
- PASQUALINI F., *Le principe de l'image fidèle en droit comptable*, Litec 1992
- PATAULT A.-M., *introduction historique ou droit des biens*, PUF 1986
- PELISSIER J., AUZERO G. et DOCKES E., *Droit du travail*, Dalloz 25e éd. 2010
- PERCEROU et DESSERTEAUX, *Des faillites et banqueroutes et des liquidations judiciaires* tome 1er, Rousseau et Cie Editeurs 2ème éd. 1935, spéc. n°13 p. 12
- PEROCHON F. et BONHOMME R., *Entreprises en difficulté ; Instruments de paiement et de crédit*, LGDJ 8e éd. 2009
- PICOD Y., *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, LGDJ 1989
- PIEDELIEVRE S. et PUTMAN E., *Droit bancaire*, Economica 2011
- PLANIOL, RIPERT et BOULANGER, *Traité élémentaire de droit civil, t. 1*, LGDJ, 3e éd. 1946
- POTHIER R.-J., *Traité du contrat de société*, 1807
- PRADEL X., *Le préjudice dans le droit civil de la responsabilité*, LGDJ 2004
- PRAT S., *Les pactes d'actionnaires relatifs au transfert de valeurs mobilières*, Litec 1992
- PRIETO C., *La société contractante*, PUAM 1994
- PRIEUR M., *Droit de l'environnement*, Dalloz 5e éd. 2004
- PRIEUR M., *Droit de l'environnement*, Dalloz 6e éd. 2011
- PUIG P., *La qualification du contrat d'entreprise*, Ed. Panthéon Assas 2002
- RAIMBOURG PH., *Les agences de rating*, Economica 1990
- REDENIUS-HOEVERMANN J., *La responsabilité des dirigeants dans les sociétés anonymes en droit français et droit allemand*, LGDJ 2010
- RENARD, *La philosophie de l'institution*, Librairie du Recueil Sirey, 1939
- RIALS S., *Le juge administratif français et la technique du standard. Essai sur le traitement juridictionnel de l'idée de normalité*, LGDJ 1980
- RIPERT, *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, LGDJ 1946

- RIPERT, *Traité élémentaire de droit commercial*, LGDJ 3e éd. 1954
- RIPERT et ROBLOT, par DELEBECQUE PH. et GERMAIN M., *Traité de droit commercial*, t. 2, LGDJ 17e éd. 2004
- G. RIPERT et R. ROBLOT, par M. GERMAIN et V. MAGNIER, *Traité de droit de affaires*, t. 2, *Les sociétés commerciales*, LGDJ 20e éd. 2011
- ROBERT A., *Responsabilité des commissaires aux comptes et des experts comptables*, Dalloz 2011
- ROBLOT R., *Les sociétés commerciales ; commentaire de la loi du 24 juillet 1966*, LGDJ 1968
- ROLAND H. et BOYER L., *Adages du droit français*, Litec 4e éd. 1999
- ROLAND H. et BOYER L., *Introduction au droit*, Litec 2002
- ROMI R., *Droit et administration de l'environnement*, Montchrestien, 7e éd. 2010
- ROUBIER P., *Droit subjectif et situation subjective*, Dalloz 1963
- ROUTIER R., *Obligations et responsabilités du banquier*, Dalloz 2e éd. 2008
- ROUJOU DE BOUBEE G., *Essai sur l'acte juridique collectif*, LGDJ 1961
- ROUJOU DE BOUBEE M.-E., *Essai sur la notion de réparation*, LGDJ 1974
- SALEILLES, *Les accidents du travail et la responsabilité*, Arthur Rousseau éditeur 1897
- SAINT-ALARY-HOUIN C., *Droit des entreprises en difficulté*, Montchrestien 7e éd. 2011
- SAVATIER R., *Traité de la responsabilité civile en droit français*, t. II, LGDJ 2e éd. 1951
- SAYAG A., *Une technique contractuelle complexe, La distribution automobile, Les contrats aujourd'hui : comparaisons franco-anglaises* : LGDJ, 1987
- SAYAG A. (dir.), *Le commissariat aux comptes, Renforcement ou dérive*, 2 vol., Litec 1989
- SCHILLER S., *Les limites de la liberté contractuelle en droit des sociétés ; Les connexions radicales*, LGDJ 2002
- SCHMIDT D., *Les conflits d'intérêts dans les sociétés anonymes*, Joly éd., 2e éd. 2004
- SCHOLASTIQUE E., *Le devoir de diligence des administrateurs de sociétés*, LGDJ, 1998
- SCHUMPETER J., *Capitalisme, socialisme et démocratie*, Payot 1990
- SIMLER PH., *Cautionnement et garanties autonomes*, Litec 1991
- SOLUS, *La réforme du droit des sociétés par les décrets-lois de 1935 et 1937*, Librairie du Recueil Sirey 1938, spéc. n°402 p. 356
- SOLUS H. et PERROT R., *Droit judiciaire privé,* tome 1*, Introduction, Notions fondamentales, Organisation judiciaire*, Sirey 1961
- SPITZ N., *La réparation des préjudices boursiers*, La Revue Banque, 2010
- STARCK B., ROLAND H. et BOYER L., *Obligations*, 1, *Responsabilité délictuelle*, Litec 5e éd. 1996
- STARCK B., ROLAND H. et BOYER L., *Obligations*, 3, *Régime général*, Litec 5e éd. 1997
- SZRAMKIEWICZ R., *Histoire du droit des affaires*, Montchrestien 1989
- TERRE F., *Introduction générale au droit*, Dalloz 8e éd. 2009
- TERRE F., SIMLER PH. et LEQUETTE Y., *Droit civil. Les obligations*, Dalloz 10e éd. 2009
- TEYSSIE B., *Droit du travail, Relations collectives*, Litec 7e éd. 2011
- TOULLIER, *Le droit civil français suivant l'ordre du Code*, t. 6, Paris 1821
- TREBULLE F.-G., *L'émission de valeurs mobilières*, Economica 2002
- TUNC A., *Le droit américain des sociétés anonymes*, Economica 1985
- TUNC A., *Le droit anglais de sociétés anonymes*, Economica, 4e éd. 1997
- VALLANSAN J., CAGNOLI P., FIN-LANGER L. et REGNAUT-MOUTIER C., *Difficultés des entreprises, commentaire article par article du Livre VI du Code de commerce*, Litec 5e éd. 2009
- VAN LANG A., *Droit de l'environnement*, PUF 3e éd. 2011
- VANHAECKE M., *Les groupes de sociétés*, LGDJ 1959
- VEZIAN J., *La responsabilité du banquier, en droit privé français*, Litec 3e éd. 1983
- VIANDIER A., *La notion d'associé*, LGDJ, 1978
- VIANDIER, *Sociétés et Loi NRE*, Editions Francis Lefebvre 2001
- VIDAL D., *Le commissaire aux comptes dans la société anonyme*, LGDJ 1985

- VIDAL D., *Droit des sociétés*, LGDJ, 7e éd. 2010
- VINEY G, *Introduction à la responsabilité*, LGDJ 3e éd. 2006
- VINEY G. et JOURDAIN P., *Les conditions de la responsabilité*, LGDJ 3e éd. 2006
- VINEY G. et JOURDAIN P., *Les effets de la responsabilité*, LGDJ 3e éd. 2010
- VIRASSAMY G., *Les contrats de dépendance*, LGDJ 1986
- VON BURI M., *Über Causalität und deren Verantwortung*, Leipzig 1873
- WALINE J., *Droit administratif*, Dalloz 23e éd. 2010

OUVRAGES COLLECTIFS

- AMERICAN LAW INSTITUTE, *Principles of Corporate Governance: Analysis and Recommendations*, American Law Institute, 1994
- *Le secret professionnel du commissaire aux comptes*, CNCC 1994
- *La responsabilité civile du commissaire aux comptes*, CNCC 2007

CONTRIBUTIONS A UN OUVRAGE COLLECTIF

- AMIEL-COSME L., « La théorie institutionnelle du réseau », *in Mélanges en l'honneur de Yves Guyon - Aspects actuels du droit des affaires*, Dalloz 2003, p. 1
- ANCEL P., « Retour sur l'arrêt d'Ass. plén. Du 6 octobre 2006 à la lumière du droit compare », *in Études offertes à Geneviève Viney*, LGDJ 2008, p. 23
- AUBERT F., « La responsabilité civile professionnelle des mandataires de justice dans les procédures de redressement et de liquidation judiciaires », *in Rapport de la Cour de Cassation* 2003, p. 14
- BARBIERI J.-F., « De la révélation des faits délictueux à la déclaration de soupçon et inversement… », *in Les droits et le Droit ; Mélanges dédiés à Bernard Bouloc*, Dalloz 2006
- BERAUD J.-M., « Autour de l'idée de constitution sociale de l'entreprise », *in Etudes offertes à Jean Pélissier - Analyse juridique et valeurs en droit social*, Dalloz 2004, p. 55
- BERTREL J.-P., « Le débat sur la nature de la société », *in Droit et vie des affaires - Etudes à la mémoire d'Alain Sayag*, Litec 1997, p. 131
- BERR CL., « La place de la notion de contrôle en droit des sociétés », *in Mélanges en l'honneur de Daniel Bastian, 1, Droit des sociétés*, Librairie Technique 1974, p. 1
- BRUNET A., « Clientèle commune et contrat d'intérêt commun », *in Etudes dédiées à Alex Weill*, Dalloz Litec, 1983, p. 85
- CABANIS A. et MARTIN M.-L., « Le juge et l'entrepreneur : perspective historique », *in Tous responsable*, J. Igalens (dir.), Ed. d'Organisation 2004, p. 9
- CABRILLAC M., « Remarque sur la théorie générale du contrat et les créations récentes de la pratique commerciale », *in Mélanges dédiés à Gabriel Marty*, Université des sciences sociales de Toulouse, 1978, p. 235
- CABRILLAC M., « De quelques handicaps dans la construction de la théorie de l'abus de minorité », *in Mélanges offerts à André Colomer*, Litec 1992 p. 109
- CADIET L., « Les métamorphoses du préjudice », *in Journée R. Savatier*, PUF, 1998, p. 37
- CHAMPAUD CL., « Le contrat de société existe-t-il encore ? », *in Le Droit contemporain des contrats : bilan et perspectives*, Economica 1987, p. 125, Economica 1987, p. 125
- CHARREAUX G., « La théorie de l'agence : une synthèse de la littérature », *in De nouvelles théories pour gérer l'entreprise*, Economica, 1987, p. 19

- CHARREAUX G., « Conseil d'administration et pouvoirs dans l'entreprise », *in Le gouvernement des entreprises, corporate governance, théories et faits*, sous la direction de G. CHARREAUX, Economica 1997, p. 141
- CHARTIER Y., « Société à directoire ou société à conseil de surveillance », *in Aspects actuels du droit commercial français : commerce, sociétés, banque et opérations commerciales, procédures de règlement du passif : études dédiées à René Roblot*, LGDJ 1984, p. 335
- CONAC P.-H., « La fusion de la COB et du CMF », *in Droit bancaire et financier : Mélanges AEDBF-France* III, Banque éditeur 2001, p. 59
- CONSTANTIN A., « L'intérêt social : quel intérêt ? », *in Études offertes à Barthélemy Mercadal*, EFL 2002, p. 317
- CONSTANTIN A., « La tyrannie des faibles : De l'abus de minorité en droit des sociétés », *in Mélanges en l'honneur de Yves Guyon - Aspects actuels du droit des affaires*, Dalloz 2003, p. 213
- COQUELET M.-L., « Recours contre les décisions de l'AMF : la nouvelle partition du dualisme juridictionnel », *in Droit bancaire et financier : Mélanges AEDBF-France* IV, Banque édition 2004, p. 119
- COURET A., « Audit juridique », *in Encyclopédie de gestion*, tome 1, Economica, 2e éd. 1997, p. 219
- CREMIEUX M., « Réflexions sur la peine privée moderne », *in Etudes offertes à Pierre Kayser*, PUF 1979, p. 263
- DAIGRE J.-J., « Le petit air anglais du devoir de loyauté des dirigeants », *in Le juge et le droit de l'économie - Mélanges en l'honneur de Pierre Bézard*, Montchrestien 2002, p. 79
- DAIGRE J.-J., « Evolution de la notion de marché financier », *in Liber Amicorum Jacques Malherbe*, Bruylant 2006, p. 233
- DANA-DEMARET S., « La délégation de pouvoir », *in Annales de l'Institut d'Etudes du Travail et de la Sécurité Sociale de Lyon*, 1976, p. 76
- DANZIGER R., sous la direction de SIMON Y. et JOFFRE P., « Bilan social », *in Encyclopédie de gestion*, t. I, Economica 2ème éd. 1997, p. 231
- DAUBOIN G., « Fonctionnement et perception du contrôle par les juges, La responsabilité des commissaires aux comptes », *in Le commissariat aux comptes, renforcement ou dérive*, A. SAYAG (dir.), Librairie Technique 1989, p. 413
- DE GRAEVE L., « Notation et liberté de gestion des entreprises notées », *in La notation d'entreprises*, L'Harmattan 2010, p. 105
- DE SOLA-CANIZARES F., « La distinction entre l'action et l'obligation en Droit comparé », *in Mélanges offerts à Jacques Maury, t. II : Droit comparé, Théorie générale du droit et Droit privé*, Dalloz 1961, p. 243
- DE VAUPLANE H., « Pour une responsabilité civile entière des agences de notation », *in Droit bancaire et financier : Mélanges AEDBF-France* V, Banque éd. 2008, p. 449
- DEKEUWER-DEFOSSEZ F., « Mariage et sociétés », *in Aspects actuels du droit commercial français : commerce, sociétés, banque et opérations commerciales, procédures de règlement du passif : études dédiées à René Roblot*, LGDJ 1984, p. 271
- DELEBECQUE P. et MAZEAUD D., « Les clauses de responsabilité : clauses de non-responsabilité, clauses limitatives de réparation, clauses pénales », *in Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles. Études de droit comparé*, Bruylant, LGDJ, 2001, p. 361
- DERRIDA F., « Du rôle des contrôleurs dans les procédures de redressement et de liquidation judiciaires », *in Procédures collectives et droit des affaires : morceaux choisis : mélanges en l'honneur d'Adrienne Honorat*, Frison-Roche 2000, p. 89
- DIDIER P., « Brèves notes sur le contrat organisation », *in L'Avenir du droit - Mélanges en hommage à François Terré*, Dalloz 1999, p. 635
- DIDIER PH., « La notation financière », *in La notation d'entreprises*, L'Harmattan 2010, p. 89
- DU PONTAVICE E, « Le commissariat aux comptes dans les Lois des 24 juillet 1966 et 4 janvier 1967 sur les sociétés commerciales », *in Etudes de droit commercial à la mémoire de Henry Cabrillac*, Librairies Techniques 1968, p. 377
- DU PONTAVICE E., « La fixation de la rémunération des organes de direction et de surveillance de la société anonyme », *in Mélanges en l'honneur de Daniel Bastian, 1, Droit des sociétés*, Librairie Technique 1974, p. 177

- DU PONTAVICE E., « La notion d'image fidèle dans les comptes annuels des sociétés françaises », *in Mélanges Guy Flattet : recueil de travaux offerts à Guy Flattet*, Lausanne 1985, p. 85
- DUCOULOUX-FAVARD C., « Grandeur et décadence des assemblées générales d'actionnaires », *in Mélanges en l'honneur de Yves Guyon - Aspects actuels du droit des affaires*, Dalloz 2004, p. 359
- FREYRIA CH., « Bilan juridique des fonctions économiques des comités d'entreprise », *in Tendances du droit du travail français contemporain, Études offertes à Guillaume-Henri Camerlynck*, Dalloz 1978, p. 273
- FREYRIA CH., « Libres propos sur la responsabilité civile de la gestion d'une entreprise », *in Mélanges dédiés à Louis Boyer*, PUSS 1996, p. 179
- FRISON-ROCHE M.-A., « Les contours de l'autorité des marchés financiers », *in Droit bancaire et financier : Mélanges AEDBF-France* IV, Banque éditeur, p. 165
- FRISON-ROCHE M.-A., « L'idée de mesurer l'efficacité économique du droit », *in Mesurer l'efficacité économique du droit*, LGDJ 2005, p. 19
- GHESTIN J., « Le mandat d'intérêt commun », *in Les activités et les biens de l'entreprise - mélanges offerts à Jean Derruppé*, Litec 1991, p. 105
- GODARD L., « Conseil d'administration, système de contrôle et d'incitation, et stratégie des entreprises », *in Le gouvernement des entreprises, corporate governance, théories et faits*, sous la direction de G. CHARREAUX, Economica 1997, p. 211
- GOFFARD J.-C., DOMINGO M. (dir.), « Espaces et limites de la mise en cause de la responsabilité des commissaires aux comptes », *in Commissaire aux comptes, missions et responsabilités*, Economica 2001, p. 167
- GOUGEON P., SIMON Y. et JOFFRE P. (dir.), « Risk manager et gestion des risques dans l'entreprise », *in Encyclopédie de gestion*, t. III, Economica 2ème éd. 1997, p. 2886
- GRIGNON PH., « Le concept d'intérêt commun dans le droit de la distribution », *in Etudes de droit commercial à la mémoire de Henry Cabrillac*, Litec 1999, p. 127
- GUIN Y., LE CROM J.-P. (dir.), « Au cœur du libéralisme : la loi du 22 mars 1841 relative au travail des enfants employés dans les manufactures, usines ou ateliers », *in Deux siècles de droit du travail, L'histoire par les lois*, Les éditions de l'atelier 1998, p. 29
- GURVITCH, « Le contrôle social » *in* GURVITCH et MOORE, *La sociologie au XXe siècle*, PUF 1947, t. I, p. 273
- GUYON Y., « Les missions des administrateurs provisoires de sociétés », *in Mélanges en l'honneur de Daniel Bastian, 1, Droit des sociétés*, Librairie Technique 1974, p. 103
- GUYON Y., « Le rôle des salariés dans les procédures de redressement et de liquidation judiciaires » *in Les transformations du droit du travail : études offertes à Gérard Lyon-Caen*, Dalloz 1989, p. 451
- HEIDSIECK G., « L'audit juridique ; Du contrôle à la veille juridique », *in Mélanges en l'honneur du doyen Roger Decottignies,* PUG 2003, p. 161
- HENRIOT J., « Note sur la date et le sens du mot responsabilité », *in La responsabilité, Archive de philosophie du droit*, t. 22, Sirey 1977, p. 59
- HERMON C., « La délégation de la police des installations classées », *in Etudes offertes au professeur René Hostiou*, Litec 2008, p. 249
- HILAIRE J., « La formation du commissariat aux comptes ; de la surveillance par les actionnaires à la certification », *in Le commissariat aux comptes, Renforcement ou dérive*, vol. 1, A. SAYAG (dir.), Librairie Technique 1989, p. 13
- HONORAT J., « La prime de contrôle ou quand deux et deux ne font plus quatre », *in Mélanges en l'honneur de Christian Gavalda : propos impertinents de droit des affaires*, Dalloz 2001, p.147
- HOUIN R., « Permanence de l'entreprise à travers la faillite », *in Liber Amicorum baron Louis Fredericq*, Faculteit der Rechtsgeleerdheid 1965, p. 609
- JAMIN CH., « Plaidoyer pour le solidarisme contractuel », *in Etudes offertes à Jacques Ghestin : Le contrat au début du XXIe siècle*, LGDJ 2001, p. 441
- JAUFFRET-SPINOSI C., « Les assemblées générales d'actionnaires dans les sociétés anonymes, réalité ou fiction? (Etudes comparatives) » *in Etudes offertes à René Rodière*, Dalloz 1982
- JAUFFRET-SPINOSI C., « synthèse comparative », *in Le commissariat aux comptes, renforcement ou dérive*, Vol. 2., A. SAYAG (dir.), Librairie Technique 1989, p. 713
- JEAMMAUD A., « Le droit du travail dans le capitalisme, question de fonctions et de fonctionnement », *in Le droit du travail confronté à l'économie*, Dalloz 2005, p. 15

- JOCKEY M., « Le nouveau personnage du contrôleur », *in Le nouveau droit des défaillances d'entreprises*, Dalloz, 1995, p. 131
- LACOMBE J., « Régularité et sincérité des comptes et image fidèle de l'entreprise : la quadrature du cercle ? », *in Aspects actuels du droit commercial français : commerce, sociétés, banque et opérations commerciales, procédures de règlement du passif : études dédiées à René Roblot*, LGDJ 1984, p. 309
- LAFORTUNE M.-A., « Les obligations du commissaire aux comptes pour la continuité de l'exploitation, la protection et la sécurité des activités financières et boursières », *in Commissaire aux comptes, Missions et responsabilités*, Economica 2001, p. 121
- LAITHIER Y.-M. et JAMIN C. (dir.), « Clause pénale et dommages et intérêts incitatifs », *in Droit et économie du contrat*, LGDJ 2008, p. 141
- LAMANDA V., « La responsabilité du banquier dans la délivrance du crédit », *in Mélanges en l'honneur de Daniel Tricot - Professeur, avocat, juge au service du droit des affaires*, Dalloz Litec 2011 , p. 21
- LARROUMET CH., « La notion de risque de développement, risque du XXIe siècle », *in Clés pour le siècle*, Dalloz 2000, p. 1589
- LATU J.-M. et PALMADE A., « La certification, mission de base consacrée », *in Le commissariat aux comptes, Renforcement ou dérive*, Vol. 1, A. SAYAG (dir.), Litec 1989, p. 43, spéc. n° 103, p. 87
- LATU J.-M. et PALMADE A., « Des missions particulières proliférantes », *in Le commissariat aux comptes, Renforcement ou dérive*, vol. 1, A. SAYAG (dir.), Librairie Technique 1989, p. 107
- LE CANNU P., « Les rémunérations des dirigeants de sociétés commerciales », *in Droit bancaire et financier : Mélanges AEDBF-France I,* Banque édition 1997, p. 247
- LE CROM J.-P., « La loi du 28 octobre 1982 sur le développement des institutions représentatives du personnel. Les travailleurs, acteurs du changement dans l'entreprise ? », *in Les loi Auroux, 25 ans après*, PU Rennes 2008, p. 103
- LE NABASQUE H., « Les actions sont des droits de créances négociables », *in Mélanges en l'honneur de Yves Guyon - Aspects actuels du droit des affaires*, Dalloz 2004, p. 671
- LELOUP J.-M., « Le partage du marché par les réseaux de vente et les réseaux de distribution *», in Dix ans de droit de l'entreprise*, Litec 1978, p. 933
- LIBCHABER R., « La société, contrat spécial », *in Dialogues avec Michel Jeantin - Prospectives du droit économique*, Dalloz 1999, p. 281
- LUCAS F.-X., « La société créée de fait », *in Mélanges en l'honneur de Yves Guyon - Aspects actuels du droit des affaires*, Dalloz 2003, p. 737
- LYON-CAEN A., « Les orientations générales de la réforme », *in Annales de l'Université des sciences sociales de Toulouse* 1986, tome XXXIV, p. 11
- MASSART T., « La société sans apport », *in Etudes de droit privé. Mélanges offerts à Paul Didier*, Economica 2008, p. 289
- MATTOUT J.-P., « La gouvernance de la société anonyme cotée : comparaison avec le gouvernement d'un Etat », *in Etudes de droit privé. Mélanges offerts à Paul Didier*, Economica 2008, p. 315
- MAZEAUD D., « Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ? », *in L'Avenir du droit - Mélanges en hommage à François Terré*, Dalloz, PUF et Edition du JurisClasseur 1999, p. 603
- MAZEAUD D., « solidarisme contractuel et réalisation du contrat », in *Le solidarisme contractuel*, Economica 2004, p. 57
- MERLE PH., « Vers un plafonnement de la responsabilité civile des commissaires aux comptes », *in Mélanges en l'honneur du Professeur Gilles Goubeaux*, Dalloz, LGDJ, 2009, p. 365
- MESTRE J., « La société est bien encore un contrat », *in Mélanges Christian Mouly*, vol. II, Litec 1998, p. 131
- MESTRE J., « Ethique et droit des sociétés », *in Procédures collectives et droit des affaires : morceaux choisis : mélanges en l'honneur d'Adrienne Honorat t*, Frison-Roche 2000, p. 291
- METIVET J.-P., « Les articles 52, al. 1er, et 244 de la loi du 24 juillet 1966 et la responsabilité du dirigeant social envers les tiers », *Rapp. C. Cass.* 1998, p. 111
- MIKOL A., sous la direction de COLASSE B., « Formes d'audit », *in Encyclopédie de comptabilité contrôle de gestion et audit*, Economica 2e éd. 2009, p. 841, spéc. 848
- MOUSSERON P., « A propos des résolutions d'associés », *in Mélanges Christian Mouly*, vol. II, Litec 1998, p. 223

- PARLEANI G., « Les clauses d'exclusivité », *in Les principales clauses des contrats conclu entre professionnels,* PU d'Aix-Marseille, 1990 p. 55
- PEDAMON M., « Le rôle consultatif général de la commission de la concurrence », *in Aspects actuels du droit commercial français : commerce, sociétés, banque et opérations commerciales, procédures de règlement du passif : études dédiées à René Roblot*, LGDJ 1984, p. 139
- PERCEROU R., « La notion d'« avantage particulier » », *in Dix ans de conférences d'agrégation, Etudes de droit commercial offertes à J. Hamel,*, Dalloz 1961, p. 171
- PERROUD, « La condition de l'actionnaire », *in Le droit privé français au milieu du XXe siècle : études offertes à Georges Ripert*, vol. II, LGDJ 1950, p. 319 et s.
- PICOD Y., « Plaidoyer pour une consécration législative de la concurrence déloyale », *in Mélanges en l'honneur d'Yves Serra - Etudes sur le droit de la concurrence et quelques thèmes fondamentaux*, Dalloz 2006, p. 359
- PIEDELIEVRE S., « Remarques sur l'évolution actuelle des sources du droit bancaire », *in Libres propos sur les sources du droit, Mélanges en l'honneur de Philippe Jestaz*, Dalloz 2006, p. 441
- RANDOUX D., « L'unanimité des associés », *in Liber amicorum Georges Daublon*, Defrénois 2001
- REBERIOUX A., « Gouvernance d'entreprise et contrôle des dirigeants : 1932-2008, d'une crise à l'autre », *in La gouvernance des sociétés cotées face à la crise - Pour une meilleur protection de l'intérêt social*, V. MAGNIER (dir.), LGDJ 2010, p. 3
- REMY PH., « Observation sur le cumul de la résolution et des dommages et intérêts en cas d'inexécution du contrat », *in Mélanges offerts à Pierre Couvrat : la sanction du droit*, PUF 2001, p. 121
- REYNAUD CH. et BARDOUL J.: « L'administration et la direction générale des SA », *in 10 ans de droit de l'entreprise*, Librairies Techniques 1978, p. 125
- SABOURAULT D., « La fonction juridictionnelle entre autorité, indépendance et responsabilité *», in Justice et responsabilité de l'Etat*, PUF 2003, p. 171
- SAINT-ALARY-HOUIN C., « Les professions d'administrateurs et de mandataires judiciaires : des professions « à haut risque », … ! », *in Procédures collectives et droit des affaires : morceaux choisis : mélanges en l'honneur d'Adrienne Honorat*, Frison-Roche 2000, p. 193
- SAINT-PAU J.-C., « Responsabilité civile et anormalité », *in Etudes à la mémoire de Christian Lapoyade-Deschamps*, PU Bordeaux 2003, p. 249
- SAVAUX E., « Solidarisme contractuel et formation du contrat », *in Le solidarisme contractuel*, Economica 2004, p. 43
- SCHEID J.-C., COLASSE B. (dir.), « professions comptables en France », *in Encyclopédie de comptabilité contrôle de gestion et audit*, Economica 2e éd. 2009
- SCHULTZ P., « L'associé cautionné par sa société et l'intérêt social », in *Etudes offertes au doyen Philippe Simler*, Litec 2006, p. 429
- SIMONT, « Réflexions sur l'abus de minorité », *in Liber Amicorum Jan Ronse,* Ed. Story-Scientia 1986, p. 307
- SORTAIS J.-P., « Les contours de l'action en comblement de l'insuffisance d'actif *», in Le juge et le droit de l'économie - Mélanges en l'honneur de Pierre Bézard*, Montchrestien 2002, p. 321
- STOUFFLET J., « Retour sur la responsabilité du banquier donneur de crédit », *in Etudes de droit commercial à la mémoire de Henry Cabrillac*, Litec 1999, p. 517
- SUPIOT A., « Le progrès des lumières dans l'entreprise (à propos d'une floraison d'experts) », *in Les Transformations du droit du travail, Études offertes à Gérard Lyon-Caen*, Dalloz 1989, p. 463
- TALLON D., « Pourquoi parler de faute contractuelle », *in Hommage à Gérard Cornu - Droit et sagesse*, Dalloz 1994, p. 429
- THOMASSET-PIERRE S., « L'autorité des marchés financiers : une autorité publique ambivalente », *in Droit bancaire et financier : Mélanges AEDBF-France* IV, Banque éditeur, p. 417
- TUNC A., « Rapport sur la responsabilité civile des organes de sociétés et les règles générales de la responsabilité civile en droit français », *in Évolution du droit des sociétés, Travaux de l'association Capitant*, Dalloz 1967, t. XV, p. 26
- TUNC A., « La société anonyme et l'intérêt général *», in Droit et liberté à la fin du XXe siècle, influence des données économiques et technologiques – Etudes offertes à Claude-Albert Colliard*, Ed. Pedone 1984, p. 607, spéc. p. 612

- VATINET R., « L'expression des salariés », *in Les Transformations du droit du travail, Études offertes à Gérard Lyon-Caen*, Dalloz 1989, p. 395, spéc. n°10 p. 404
- VIANDIER A., « L'évolution du commissariat aux comptes », *in Aspects actuels du droit commercial français : commerce, sociétés, banque et opérations commerciales, procédures de règlement du passif : études dédiées à René Roblot*, LGDJ, 1984, p. 325
- VIDAL D., « L'intervention du commissaire aux comptes dans la gestion de l'entreprise sociale qu'il contrôle », *in Procédures collectives et droit des affaires : morceaux choisis : mélanges en l'honneur d'Adrienne Honorat*, Frison-Roche 2000, p. 327
- VIDAL D., « Libre propos sur l'indépendance des commissaires aux comptes après la Loi de sécurité financière », *in Mélanges en l'honneur de Dominique Schmidt - Liber amicorum*, Joly Edition 2005, p. 475
- VILLEY M., « Esquisse historique sur le mot responsable », *in La responsabilité, Archive de philosophie du droit*, t. 22, Sirey 1977, p. 45
- ZOLYNSKI C., « La notation : de quel droit », *in La notation d'entreprises*, L'Harmattan 2010, p. 9

THESES ET MEMOIRES NON PUBLIEES (LES THESES PUBLIEES SERONT TRAITEES COMME DES OUVRAGES)

- ANDRE P., *Les délégués du personnel*, thèse Paris 1938
- ANTONMATTEI P.-H., *Contribution à l'étude de la force majeure*, thèse Montpellier 1992
- ARAKELIAN R., *La notion de contrôle*, thèse Paris V, 2000
- BISSILA J., *L'évolution des conceptions relatives à la responsabilité des dirigeants de sociétés commerciales des codifications napoléoniennes à nos jours*, thèse Orléan 1996
- BLIN-FRANCHOMME M.-P., *Essai sur la notion de contrôle en droit des affaires*, thèse Toulouse, 1998
- BRUNOUW L., *L'exercice du contrôle dans les sociétés anonymes*, mémoire Lille II, 2003
- CHAPUT Y., *De l'objet des sociétés commerciales*, thèse Clermont, 1973
- DELATTRE J.-M., *Le statut des commissaires de surveillance dans les sociétés anonymes*, thèse Paris 1936
- DHAINAUT-FAKIROFF N., *Les prérogatives du commissaire aux comptes*, thèse Paris II, 2007
- FOOS Y., *Histoire et évolution du commissariat aux comptes dans la société anonyme française*, thèse Nancy 2001
- FRANCONI V., *L'actualité des attributions du comité d'entreprise en matière économique*, thèse Lyon II, 2010
- GERMAIN M., *Les prises de contrôle dans les sociétés commerciales*, thèse Toulouse, 1974
- GODFROY A., *Le commissaire aux comptes et la procédure d'alerte*, thèse Paris II, 1999
- GOSSOU S., *La distribution de l'assurance par les banques*, thèse Poitiers 2005
- GRANGER R., *La nature juridique des rapports entre actionnaires et commissaires chargés du contrôle dans les sociétés par actions*, thèse Paris 1951
- GUEX R., *La relation de cause à effet dans les obligations extracontractuelles*, thèse Lausanne 1904
- HOUIN B., *La rupture unilatérale des contrats synallagmatiques*, thèse Paris II, 1973
- KADDOUCH R., *Le droit de vote de l'associé*, thèse Aix Marseille, 2001
- LE NABASQUE H., *Le pouvoir dans l'entreprise, essai sur le droit de l'entreprise*, thèse Renne, 1986
- LISBONNE J., *Les commissaires de surveillance dans les sociétés anonymes*, thèse Paris 1936
- MACORIG-VENIER F., *Les suretés sans dépossession dans le redressement et la liquidation judiciaires des entreprises*, thèse Toulouse 1992
- MACQUERON J.-M., *La notion de dirigeant de fait*, thèse Rouen 1982
- MANIN F., *Les investisseurs institutionnels*, thèse Paris I, 1996
- MARTEAU PETIT M., *La notion d'acte de gestion et le droit des sociétés*, thèse Paris II, 1992
- MASSART T., *Régime juridique de la cession de contrôle des sociétés*, thèse Lille, 1995
- MASSON R., *Les commissaires aux comptes des sociétés anonymes*, thèse Paris 1936

- MATHEY N., *Recherche sur la personnalité morale en droit privé*, thèse Paris II, 2001
- MICHEL, *Le contrôle économique des sociétés et ses rapports avec leur nationalité*, th. Paris, 1923.
- MOULIN J.-M., *le principe d'égalité dans les sociétés anonymes*, Thèse dactyl. Paris V, 1999
- NAWATRAKULPISUT S., *Contrôle de droit, contrôle de fait*, thèse Lyon III, 2007
- PAUGET-BEYDON A., *La notion de dirigeant de groupement*, thèse Toulouse I, 2004
- PIGACHE C., *Le mandat d'intérêt commun*, thèse, Paris V, 1991
- ROUXEL S., *Recherche sur la distinction du dommage et du préjudice en droit civil français*, thèse Grenoble II, 1994
- RUELLAN C., *La loi de la majorité dans les sociétés commerciales*, thèse Paris II, 1997
- SOULEAU I., *La prévisibilité du dommage contractue*l, thèse Paris II, 1979
- SOUSI G., *L'intérêt social dans le droit des sociétés commerciales*, thèse Lyon, 1974
- TAMBOISE A., *Des moyens juridiques pour assurer la stabilité du contrôle dans les sociétés anonymes ou la défense des sociétés anonymes contre les immixtions étrangères indésirables*, thèse Lille 1929
- TELLER M., *L'information communiquée par les sociétés cotées : analyse juridique d'un mutation*, thèse Nice Sophia-Antipolis 2007
- THOUROUDE J.-J., *La faute qualifiée dans la responsabilité administrative*, thèse Caen 1974
- ZOÏA M., *L'incidence du droit communautaire sur les contrats spéciaux*, thèse Toulouse, 1999

ENCYCLOPEDIES

- *JCl. Administratif*, Fasc. 112, par A. et M.-C. PLANTEY
- *JCl. Administratif*, Fasc. 820, par M. PAILLET et E. BREEN
- *JCl. Administratif*, Fasc. 918, par J. MOREAU, refondu par C. BROYELLE
- *JCl. Banque - Crédit - Bourse*, Fasc. 142, par F. BORDAS
- *JCl. Commercial,* Fasc. 1050, par D. GIBIRILA
- *JCl. Commercial*, Fasc. 2702, par J. VALLANSAN et M. BEAUBRUN
- *JCl. Concurrence consommation*, Fasc. 240, par J. PASSA
- *JCl. Contrats - Distribution*, Fasc. 1010, par PH. LE TOURNEAU et M. ZOÏA
- *JCl. Contrats - Distribution*, Fasc. 1035, par PH. LE TOURNEAU et M. ZOÏA
- *JCl. Environnement et Développement durable*, Fasc. 2220, par M.-P. MAITRE et I. EMPAIN
- *JCl. Procédure collective*, Fasc. 2248, par M.-P. DUMONT-LEFRAND
- *JCl. Procédure collective,* Fasc. 2335, par J. VALLANSAN
- *JCl. Responsabilité civile et Assurances*, Fasc. 120-10, par P. JOURDAIN
- *JCl. Responsabilité civile et Assurances*, Fasc. 335-10, par F. GRUA
- *JCl. Sociétés Traité*, Fasc. 41-40, par A. MARTIN-SERF
- *JCl. Sociétés Traité*, Fasc. 41-70, par A. MARTIN-SERF
- *JCl. Sociétés Traité*, Fasc. 43-10, par R. VATINET
- *JCl. Sociétés Traité,* Fasc. 74-20, par M. STORCK
- *JCl. Sociétés Traité*, Fasc. 132-10, par Y. GUYON et B. LE BARS
- *JCl. Sociétés*, Fasc. 132-15, par J. MONNET
- *JCl. Société Traité*, Fasc. 133-50, par J.-J. CAUSSAIN
- *JCl. Société Traité*, Fasc. 133-60, par J.-J. CAUSSAIN
- *JCl. Société Traité*, Fasc. 134-20, par D. LANGE
- *JCl. Sociétés Traité*, Fasc. 134-25, par D. LANGE
- *JCl. Société Traité*, Fasc. 136-40, par F. MANSUY
- *JCl. Sociétés Traité*, Fasc. 149-20, par F. VINCKEL

- *JCl. Travail Traité*, Fasc. 10-25, par F. GREGOIRE
- *Lamy Droit économique* 2012
- *Lamy sociétés commerciales* 2012
- *Mémento Lefebvre Audit et commissariat aux comptes* 2012
- *Mémento Lefebvre sociétés commerciales* 2012
- *Mémento Lefebvre Sociétés civile* 2012
- *Rép. civ. Dalloz*, V° *Personne morale*, par G. WICKER
- *Rép. com. Dalloz* V° *Concurrence déloyale*, par Y. SERRA
- *Rép. sociétés Dalloz*, V° Administrateur provisoire, par B. LECOURT
- *Rép. Sociétés Dalloz*, V° *Responsabilité sociale des entreprises : L'entreprise et l'éthique environnementale*, par F.-G. TREBULLE

ARTICLES DE PERIODIQUE

- ABRAM O., « Les fautes susceptibles d'engager la responsabilité civile de l'expert judiciaire », *Administrer* juin 2003, p. 18
- ADAM, « Les rôles de l'administrateur judiciaire et du mandataire liquidateur », *RJ com.* 1987, n° spéc. p. 107
- ALIBERT B., « La gestion, essai de définition juridique », *LPA* 26 févr. 1997 n° 25, p.10
- ALLEGAERT V., « De la propriété des valeurs mobilières », *Bull. Joly Sociétés* 2005, p. 339
- AMRANI-MEKKI S., « Liberté, simplicité, efficacité, la nouvelle devise de la prescription ? », *JCP G* 2008, I, 160
- ARHEL P., « Communiqué du 16 mai 2011 de l'Autorité de la concurrence sur la méthode de détermination des sanctions pécuniaires », *JCP E* 2011, act. 279
- ASENCIO S., « Le dirigeant de société, un mandataire « spécial » d'intérêt commun », *Rev. sociétés* 2000, p. 683
- AUBERT J.-L., « La révocation des organes d'administration des sociétés commerciales », *RTD com.* 1968, p. 977
- AUDIT M., « Aspects internationaux de la responsabilité des agences de notation », *Rev. crit. DIP* 2011, p.581
- AUZERO G., « L'application de la notion de faute personnelle détachable des fonctions en droit privé », *D. affaires* 1998, p. 502
- AUZERO G., « Les restructurations vues sous l'angle des prérogatives du comité d'entreprise : du légal au conventionnel », *Bull. Joly Sociétés* 2006, p. 867
- AYADI M. et DU JONCHAY O., « L'heure de gloire du CHSCT? », *JSL* 2010, n° 269, p. 4
- AYNES L., « Usufruit, droit d'usage », *Rev. sociétés* 1999, p. 593
- AZDDOU N., « L'emprunteur averti en matière bancaire », *LPA* 01 févr. 2010, p. 9
- BAILLOD R., « Le « juste motif » de révocation des dirigeants sociaux », *RTD com.* 1983, p. 395
- BAILLOD R., « L'information des administrateurs de sociétés anonymes », *RTD com*. 1990, p. 1
- BAILLY P., « Les licenciements et les procédures collectives », *Gaz. Pal*. 07-08 nov. 2008, p. 3626
- BAKER A., « L'effervescence anglaise », *LPA* 27 sept. 1995, p. 9
- BALDY M.-C., « Lutte contre le blanchiment : aspects internationaux et européens », *Banque et droit* 2000, n°69, p. 27
- BALLOT-LENA A., « Les actes non décisoires de l'AMF. Quand le droit mou s'endurcit », http://www.glose.org/CEDCACE1.pdf
- BALLOT-LENA A., « L'usufruitier de droits sociaux : un statut sui generis ? », *Dr. sociétés* 2010, étude 9
- BARANGER G., « Le rapport spécial du président du conseil d'administration sur le fonctionnement du conseil et les procédures de contrôle interne », *Bull. Joly Sociétés* 2004, p. 169

- BARBIERI J.-F., « De quelques aspect du secret professionnel des commissaires aux comptes », *Bull. Joly Sociétés* 1997, p. 935
- BARBIERI J.-F., « La révocation des dirigeants sociaux : pour la liberté statutaire », *JCP E* 2001, suppl. 3, p. 5
- BARBIERI J.-F., « Loi NRE, conventions réglementées et conventions libres : les nouvelles contrainte pour le commissaire aux comptes », *Bull. Joly Sociétés* 2003, p. 251
- BARBIERI J.-F., « Quelques observations sur le fondement, la nature et le domaine de la responsabilité civile des commissaires aux comptes », *Bull. Joly* 2004, p. 617
- BARBIERI J.-F., « Premières identifications des « bonnes pratiques professionnelles » par le Haut conseil du commissariat aux comptes : quelques observations sur le rôle respectif de la Compagnie nationale et du Haut conseil », *Bull. Joly Sociétés* 2004, p. 1155
- BARBIERI J.-F., « De l'administrateur indépendant à l'auditeur indépendant et efficace», *Bull. Joly Sociétés* 2005, p. 5
- BARBIERI J.-F., « Responsabilité civile des commissaires aux comptes et périmètre de la mission de contrôle légal : retour au droit commun au-delà des interventions définies par la loi ? », *Bull. Joly Sociétés Sociétés* 2006, p. 1364
- BARBIERI J.-F., « Responsabilité du chef d'entreprise et délégation de pouvoirs : images récentes au travers du prisme jurisprudentiel », *LPA* 18 juin 2008, n°122, p. 15
- BARBIERI J.-F., « Les « comités spécialisés » : quelques interrogations pratiques », *Bull. Joly Sociétés Sociétés* 2010, p. 116
- BARET M.-A., « Le comité des créanciers », *LPA* 20 mars 2007, p. 22
- BASTIAN, « La réforme du droit des sociétés commerciales », *JCP G* 1967, 2121
- BAVOILLOT F., « Les garanties financières prévues au titre de la législation sur les installations classées pour la protection de l'environnement », *LPA* 01 juill. 1994, p.11
- BAYSINGER B.-D. et HOSKISSON R.-E., « The composition of boards of directors and strategic control, effects on corporate strategy », *Academy of Management Review* 1990, 15, n°1, p. 72
- BAZEX M. et BLAZY S., « Les dispositions de la loi LME relatives au contrôle des opérations de la concentration entre entreprises : quelle régulation pour le contrôle des opérations de concentration », *Contrats conc. consom*. 2008, doss. n°7
- BEAL S. et FERREIRA A., « Consultation préalable du comité d'entreprise : une exigence », *JCP S* 2005, 1255
- BEAL S. et DAUDET A.-L., « Les conditions du recours à un expert par le CHSCT », *JCP E* 2009, 2070
- BEBE EPALE A., « l'administrateur inerte », *LPA* 3 oct. 2011, p. 6
- BECQUE P., « L'intérêt commun et la fin des contrats de distribution exclusive », *CDE* 1985, n° 6, p. 24
- BENOIT F.-P., « Essai sur les conditions de la responsabilité en droit public et privé », *JCP G* 1957, 1351
- BERG O., « La notion de risque de développement en matière de responsabilité du fait des produits défectueux », *JCP G* 1996, I, 3945
- BERGERAC M. et BERNARD A., « Fantaisie à deux voix », *D. affaires* 1999, chron. p. 315
- BERGERON F. et BLOCH J., « Le devoir de conseil de l'expert-comptable », *LPA* 23 sept. 2010, p. 4
- BERLIOZ G. et DAIGRE J.-J., « Le « gouvernement d'entreprise » : quelles conséquences pour les conseils d'administration des sociétés françaises », *LPA* 20 nov. 1996, n°140, p. 23
- BERTREL J.-P., « Liberté contractuelle et sociétés. Essai d'une théorie du juste milieu en droit des sociétés », *RTD com*. 1996, p. 595
- BESNARD GOUDET R., « Peut-on émettre des titres sociaux démembrés en rémunération de l'apport conjoint du nu-propriétaire et de l'usufruitier ? », *JCP E* 2000, p. 214
- BIARD J.-F., « Les agences de notation de crédit », *JCP E* 2011, 1524
- BIED-CHARRETON M.-F., « A propos de l'expertise de gestion du comité d'entreprise », *Dr. social* 1995, p. 39
- BIEGALA M., « Le pouvoir des actionnaires peut-il et doit-il s'exercer à travers le conseil d'administration : l'expérience britannique », *LPA* 27 sept. 1995, n°116, p. 35
- BIGOT J. et BELLANDO J.-L., « La nouvelle Autorité de contrôle prudentiel et l'assurance : aspect structurel », *JCP G* 2010, p. 665
- BILLET PH., « L'enregistrement nouveau régime d'autorisation des installations classées », *JCP A* 2009, n°27 p. 49

- BISSARA PH., DIDIER P., MISSEREY PH., « L'égalité des actionnaires : mythe ou réalité ? » Entretiens de Nanterre, 1994, *CDE* 1994, n° 5, p. 18
- BISSARA PH., « Les véritables enjeux du débat sur « le gouvernement de l'entreprise » », *Rev. sociétés* 1998, p. 6
- BISSARA PH., « Analystes financiers et agences de notation », *Bull. Joly Bourse* 2004 p. 11
- BLAISE H., « La responsabilité pécuniaire du salarié envers l'employeur », *RJS* 1996, p. 68
- BLANC G., « La situation du commissaire aux comptes après la Loi n°84-148 du 1er mars 1984 », *JCP E* 1984, II, 14304, n° 34
- BLANC G., « Le plan de sauvegarde », *Rev. proc. coll.* 2006, p. 182
- BLANC-JOUVAN G., « L'unité économique et sociale et la notion d'entreprise », *Dr. social* 2005, p. 68
- BLETTERIE PH., « La répartition des prérogatives attachées à l'usufruit des droits sociaux », *JCP N* 2008, 1229
- BOIVIN J.-P., « Le régime de l'enregistrement : une troisième voie entre attente et déception ? », *BDEI* 2009, suppl. n°24, p. 5
- BOIZARD M., « L'abus de minorité », *Rev. sociétés* 1988, p. 365
- BOLARD J., « Administration provisoire et mandat ad hoc : du fait au droit », *JCP E* 1995, I, 509
- BONAFE-SCHMITT J.-P., « L'action du délégué du personnel en matière de réclamations individuelles », *Dr. social* 1981, p. 637
- BONDUELLE p. et TOLUB B., « La répartition du droit de vote entre l'usufruitier et le nu-propriétaire », *Dr. et patrimoine* nov. 1994, p. 20
- BONNEAU TH., « Consultations publiques : leurre ou réalité », *Dr. sociétés* 2004, repère 10
- BONNEAU TH., « Coup de projecteur sur les agences de notation », *JCP G* 2011, 1184
- BORGES R. M., « Le droit à l'information individuel des administrateurs de société anonyme », *Bull. Joly Sociétés* 1997, p. 843
- BORONAD-LESOIN E., « La survie de la personnalité morale dissoute », *RTD com*. 2003, p.1
- BOSCO D., « La nouvelle autorité de la concurrence », *Contrat conc. consom*. 2008, dossier 8
- BOSSU B. , « La faute lourde du salarié : responsabilité contractuelle ou responsabilité disciplinaire ? », *Dr. social* 1995, p. 26
- BOSSU B., « L'action du délégué du personnel pour la défense des droits fondamentaux des salariés », *Dr. social* 1998, p. 127
- BOUCHARD V., « Des pouvoirs de police judiciaire de l'inspecteur du travail », *Rev. sc. crim*. 2005, p. 273
- BOUERE J.-P., « L'information du conseil d'administration », *JCP E* 1992, II, p. 515
- BOUERE J.-P., « PDG ou président et directeur général », *Bull. Joly Sociétés* 2001, p. 695
- BOUILLOUX A., « La survie de la personnalité morale pour les besoins de la liquidation », *Rev. sociétés* 1994, p. 393
- BOULAY J.-C., « L'obligation du commissaire aux comptes de révéler les faits délictueux », *Rev. sociétés* 1980, 443
- BOULOC B., « Alternatives et articulations entre types de sanctions en matière financière », *Bull. Joly Bourse* 2009, p. 430
- BOUREL P., « L'obligation au passif social des dirigeants de sociétés anonyme et à responsabilité limitée en cas d'insuffisance d'actif », *RTD com.* 1960, p. 785
- BOURTHOUMIEUX J., « Dommages punitifs », *RGDA* 1996, p. 861
- BRAUD F., « Les pouvoirs spéciaux du juge administratif pour garantir le droit d'exploiter une installation classée », *Gaz. Pal.* 24 sept. 2011, p. 15
- BRENNER C. et LECUYER H., « La réforme de la prescription », *JCP E* 2009, 1197
- BRIEUX DE MASSIAC, « Responsabilité pénale des dirigeants et délégation de pouvoir », *RJDA* 1995, p. 927
- BRUNET A., « La qualité du représentant des créanciers », *Rev. proc. coll.* 1986, n° 3, p. 35
- BRUNETTI-PONS C., « La spécificité du régime des contrats en cours dans les procédures collectives », *RTD com.* 2000 p. 783
- BUHAGIAR T., « La concession exclusive dans la branche automobile », *JCP CI* 1980, II, 13438
- CAGNOLI P., « Réflexions critiques sur les restrictions jurisprudentielles au pouvoir juridictionnel du juge-commissaire, en matière de vérification des créances », *Rev. proc. coll.* 2009, étude n°23

- CAGNOLI P., « La responsabilité des autres acteurs de la procédure collective », *in* « Loi de sauvegarde. Risques et responsabilités en droit des procédures collectives. Actes du colloque de Caen du 15 octobre 2010 », *Rev. proc. coll.* 2010, dossier 13
- CALENDINI J.-M., « L'audit contentieux ; Un exemple d'audit juridique », *LPA* 9 sept. 1985, p. 43
- CALENDINI J.-M., « Les comités de direction », *Bull. Joly Sociétés* 1992, p. 851
- CANU V. et DE SAINT MARS B., « les associations d'actionnaires, élément du gouvernement d'entreprise ? », *RD bancaire et fin.* 2000, p. 46
- CARRE J.-F., « Le pouvoir du conseil d'administration d'engager la société à l'égard des tiers », *RJDA* 2007, p. 1171
- CARRE J.-F. et BOL S., « Cautionnement consenti par une société : les critères de communauté d'intérêts et d'intérêt social . - Cass. com., 8 nov. et 13 déc. 2011 », *JCP E* 2012, 1087
- CATALA N., « De la responsabilité pénale des chefs d'entreprise en matière d'hygiène et de sécurité du travail », *JCP CI* 1976, II, 12010
- CAUSSAIN J.-J. et GERMAIN M., « Pratique des cessions de contrôle dans les sociétés anonymes non cotées », *JCP E* 1987, 14915
- CAUSSAIN J.-J., « La précarité de la fonction de mandataire social (révocation et mode de protection), *Bull. Joly Sociétés* 1993, p. 535
- CAUSSE E. et MAYMONT A., « L'Autorité de contrôle prudentiel.- Commentaire de l'ordonnance du 21 janvier 2010 portant fusion des autorités d'agréments et de contrôle de la banque et de l'assurance », *RD bancaire et fin.* 2010, étude 11
- CAVALLINI J., « Le juge des référés et les mandataires de justice dans les sociétés in bonis », *Rev. sociétés* 1998, p. 247
- CHABANNE-POUZYNIN L., « La prise en compte de la santé dans les études d'impact des installations classées », *Dr. env.* juill.-août 2000, p. 14
- CHADELAT C., « Risque de développement », *RGDA* 1998, p. 425
- CHAGNY M., « La place des dommages et intérêts dans le contentieux des pratiques anti-concurrentielles », *Rev. Lamy dr. conc*, août 2005, p. 186
- CHAGNY M., « La notion de dommages et intérêts punitifs et ses répercussions sur le droit de la concurrence », *JCP G* 2006, I, 149
- CHAGNY M., « Une (r)évolution du droit français de la concurrence ?. – A propos de la loi LME du 4 août 2008 », *JCP G* 2008, I, 196
- CHAMPAUD CL. et DANET D., « Commentaire de la Loi NRE », *RTD com*. 2002, p. 87
- CHAPUT Y., « L'influence de l'objet social sur les pouvoirs des représentants des sociétés autres que les sociétés par actions et les sociétés à responsabilité limitée », *JCP N* 1987, p. 304
- CHAPUT Y., « La liberté et les statuts », *Rev. sociétés* 1989, p. 311
- CHAPUT Y., « La nouvelle gouvernance des administrateurs et des mandataires judiciaires au redressement et à la liquidation des entreprises », *JCP E* 2003, act. 80
- CHASSERY H., « Les attributions du conseil de surveillance », *RTD com.* 1976, p. 449
- CHAZAL J.-P., « L'usufruitier et l'associé » : *Bull. Joly Sociétés* 2000, p. 679
- CHEROT J.-Y., « La consultation du Conseil de la concurrence sur les textes législatifs et réglementaires anticoncurrentiels », *D.* 1995, chron. p. 233
- CHESNE G., « L'exercice « *Ut Singuli* » de l'action sociale dans la société anonyme », *RTD com.* 1962, p. 347
- CHOLET D., « La distinction des parties et des tiers appliquée aux associés », *D*. 2004, p. 1141
- CLERC C., « La réparation du préjudice subi par un actionnaire du fait de la diffusion de fausses informations », *RTDF* 2007, p. 31
- COCHOY F., « La responsabilité sociale de l'entreprise comme "représentation" de l'économie et du droit », *Dr. et société* 2007, n° 65, p. 91
- COEURET A., « Infractions aux règles d'hygiène et de sécurité en droit du travail, délégation de pouvoir et mise en danger », *Dr. social* 1995, p. 344
- COEURET A., « Les responsabilités assumées par le salarié, source d'indépendance ? », *RJIF* 1996, p. 243
- COHEN M., « La liberté d'investigation de l'expert-comptable du comité d'entreprise », *Dr. social* 1991, p. 47

- COHEN M., « Les effets du procès-verbal d'un inspecteur du travail », *Dr. social* 1997, p. 456
- COHEN M., « Les délocalisations et les comités d'entreprise », *Semaine sociale Lamy*, 2004, n° 1194 p. 5
- COLIN PH., « L'audit fiscal », *LPA* 9 sept. 1985, p. 74
- CONAC P.-H., « L'avenir des réformes : les nouveaux organes », intervention au colloque tenu à Lyon, le 1er déc. 2006 « Le gouvernement d'entreprise : cinq années de réformes en droit des sociétés, pour quel avenir », *LPA* 2 août 2007, n°154, p. 32
- CONSTANTIN A., « De quelques aspects de l'assurance de responsabilité civile des dirigeants sociaux », *RJDA* 2003, p. 595
- CONSTANTIN A., « Quels boucliers ? L'assurance de responsabilité des dirigeants sociaux », Rev. Lamy dr. aff. août-sept. 2009, suppl. n°41, p. 27 et s., et p. 37 et s.
- CONSTANTIN A., « L'utilité de l'assurance des dirigeants sociaux au regard de la jurisprudence de la Cour de cassation », *Bull. Joly Sociétés* 2010, p. 762
- CONTIN R., « L'arrêt Fruehauf et l'évolution du droit des sociétés » : *D.* 1968, chron. p. 45
- COURET A., « Les apports de la théorie micro-économique moderne à l'analyse du droit des sociétés », *Rev. sociétés* 1984, p. 243
- COURET A., « Le gouvernement d'entreprise, la *corporate governance* », *D.* 1995, chron. p. 163
- COURET A., « Le secret professionnel des commissaires aux comptes à l'épreuve des mesures d'infraction civile », *Bull. Joly Sociétés* 1996, p. 7
- COURET A., « Le harcèlement des majoritaires, *Bull. Joly Sociétés* 1996, p. 112
- COURET A., « L'intérêt social », intervention au colloque organisé au Sénat le 23 mai 1996, « Actionnaires et dirigeants : où se situera demain le pouvoir dans les société cotées », *CDE* 1996, n°4, p. 1
- COURET A., *in* « Le nouveau droit des sociétés, journée d'étude du 4 oct. 2001 », *D*. 2001, p. 3027
- COURET A., « L'abus et le droit des sociétés », *Dr. et patrimoine*, juin 2000, p. 66
- COURET A., « La Loi sur les nouvelles régulations économiques : la régulation du pouvoir dans l'entreprise », *JCP E* 2001, p. 1660
- COURET A., « La prévention des conflits d'intérêts : nouveau régime des conventions », *RJDA* 2002, p. 290
- COURET A., « La recherche d'un meilleur gouvernement des entreprises cotées : la contribution du rapport du groupe de travail présidé par Daniel Bouton », *Bull. Joly Sociétés* 2002, p. 1126
- COURET A., « Les agences de notation : observations sur un angle mort de la réglementation », *Rev. sociétés* 2003, p. 765
- COURET A., « L'apport en société entre permanence et précarité », *Bull. Joly Sociétés Sociétés* 2009, p. 1199
- COURTIEU G., « Assurance des emprunteurs : la Cour suprême met les banques en demeure », *Resp. civ. et assur.* 2007, étude 8
- COUTURIER G., « La faute lourde du salarié », *Dr. social* 1991, p. 105
- COZIAN M., « Du nu-propriétaire ou de l'usufruitier qui a la qualité d'associé » : *JCP E* 1994, I, 374.
- CREDOT F.-J. et BOUTEILLER P., « Commentaire de la loi n°90-614 du 12 juillet 1990 relative à la participation des organismes financiers à la lutte contre le blanchiment des capitaux provenant du trafic des stupéfiants », *ALD* 1990, 157, n°5
- CRUEGE M.-D., « La dualité des organes de contrôle dans les sociétés anonymes à directoire », *Rev. sociétés* 1975, p. 421
- CUIF P.-F., « Le conflit d'intérêts ; Essai sur la détermination d'un principe juridique en droit privé », *RTD com*. 2005, p. 1
- CUTAJAR C., « La cellule Tracfin devient un service à compétence nationale », *JCP G* 2007, 50
- CUZACQ N., « Plaidoyer en faveur de l'avénement de la démocratie actionnariale en matière de fixation de la rémunération des dirigeants des sociétés anonymes », *LPA* 3 avr. 2012, p. 10
- D'ANCHALD P., CAUSSAIN J.-J. et GERMAIN M., « Gouvernement d'entreprise », *Dr. sociétés, actes prat.* 1996, n° 27, p. 3
- DAGOT M. et MOULY C., « L'usage personnel du crédit social et son abus », *Rev. sociétés* 1988, p. 1
- DAIGRE J.-J., « Un arrêt de principe : Le nu-propriétaire de droit sociaux ne peut pas être totalement privé de son droit de vote », *Bull. Joly Sociétés* 1994, p. 249
- DAIGRE J.-J., « Transformer les sociétés », *in* Travaux du colloque consacré à « De nouveaux espaces à la liberté contractuelle », organisé au Sénat le 14 fév. 1995, *CDE* 1995, n° 2, p. 16

- DAIGRE J.-J., « L'étalon au prétoire ou des saillies comme critère de la société en participation », *Bull. Joly Sociétés* 1998, p. 99
- DAIGRE J.-J., « La Loi du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques », *JCP E*, 2001, p. 965
- DAIGRE J.-J., « La création de l'autorité des marchés financiers », *Rev. sociétés* 2003, p. 823
- DAIGRE J.-J., « Recours contre les décisions de la future autorité des marchés financiers : compétence administrative ou judiciaire ? », *RD bancaire et fin.* 2003 p. 197
- DAIGRE J.-J., TUROT J. et AIME M., « L'évaluation des apports en nature à une société de capitaux », *Actes prat. ing. sociétaire* 1995, n° 19
- DAILLE-DUCLOS B., « L'Autorité de contrôle prudentiel : nouvelles règles de contrôle et de sanctions en matière d'assurance », *LPA* 07 mai 2010 p. 4
- DAMMANN R. et PODEUR G., « Les enjeux de la réforme des comités de créanciers », *JCP E* 2009, 2094
- DAUBLON G., « La pérennité des procurations consenties par les représentants légaux d'une société », *Defrénois* 1981, p. 945
- DE GANAY D'INDY CH. ET ENGEL L., « Les comités d'audit », *Bull. Joly Sociétés* 2003, p. 723
- DE VENDEUIL S., « Nouvelles régulations économiques et nouveaux pouvoirs du conseil d'administration des sociétés anonymes », *JCP E*, 2001, p. 1266
- DEBOISSY F. et WICKER G., « Le droit de vote est une prérogative essentielle de l'usufruitier de titres sociaux (à propos de l'arrêt rendu par la chambre commerciale de la Cour de cassation le 31 mars 2004) », *JCP E* 2004, 1290
- DECOCQ G., « ADLC : méthode de détermination des sanctions pécuniaires », *Contrats conc. consom.* 02011, comm. 171
- DEDESSUS-LE-MOUSTIER N., « La responsabilité des dirigeants de fait », *Rev. sociétés* 1997, p. 499
- DEFRANCE G., « L'audit d'environnement : un check-up de l'entreprise », *Argus* 1997, n° 6547
- DEKEUWER A., « Les intérêts protégés en cas d'abus de biens sociaux », *JCP E* 1995, I, 500
- DELHOMME M., « Cadre et évolution de la responsabilité de l'expert comptable », *LPA* 25 sept. 2000, p. 28
- DENAMIEL P.-M., « Les critères de l'audit juridique », *LPA* 9 sept. 1985, p. 13
- DERRUPPE J., « Un associé méconnu : l'usufruitier de parts ou actions », *Defrénois* 1994, art. 35894
- DERRUPPE J., « Un associé méconnu : l'usufruitier de parts ou actions », *LPA* 13 juill. 1994, p. 15.
- DESCORPS DECLERE F., « Pour une réhabilitation de la responsabilité civile des dirigeants sociaux », *RTD com.* 2003, p. 25
- DESRAYAUD, « Ecole de l'Exégèse et interprétations doctrinales de l'article 1137 du Code civil », *RTD civ.* 1993, p. 535
- DEVOLVE P., « La nature des recours devant la cour d'appel de Paris contre les actes des autorités boursières », *Bull. Joly Sociétés* 1990, p. 499
- DIDIER P., « Le consentement sans l'échange : contrat de société », *RJ com*. nov. 1995, p. 74
- DIDIER PH., « Les fonctions de la responsabilité civile des dirigeants sociaux », *in* « Colloque du 16 décembre 2002 sur la responsabilité des dirigeants sociaux », *Rev. sociétés* 2003, p. 238
- DIENER P., « Ethique et droit des affaires », *D.* 1993, p. 17
- DIEUX X. et VINCKE F., « La responsabilité sociale des entreprises, leurre ou promesse ? », *RD aff. int.* 2005, p. 13
- DION N., « 2001. Entreprise, espoir et mutation », *D.* 2001, chron. p. 762
- DIRCKS-DILLY A., KROMAREK p. et DELAHOUSSE E., « Les risques bancaires liés à l'environnement », *Banque et droit* 2002, n° 81, p. 3
- DOCKES E., « Le pouvoir dans les rapports de travail, Essor juridique d'une nuisance économique », *Dr. social* 2004, p. 620
- DOM J.-PH., « Les dimensions du groupe de sociétés après les réformes de l'année 2001 », *Rev. sociétés*, 2002, p. 1
- DOM J.-PH., « L'existence du droit de vote de l'associé, principe fondamental du droit des sociétés », *RJDA* 2008, p. 3
- DOM J.-PH., « Le gouvernement d'entreprise, technique d'anticipation des risques », *JCP E* 2012, 1387

- DONDERO B., « Pour une transparence ponctuelle de la rémunération des mandataires sociaux des sociétés anonymes non cotées », *LPA* 27 avr. 2004, p. 6
- DONDERO B., HASCKE-DOURNAUX M. et SYLVESTRE S., « Les agences de notation », *Actes prat. ing. sociétaire* 2004, p. 5
- DONDERO B., « L'infraction pénale intentionnelle est une faute séparable des fonctions sociales », *Rev. sociétés* 2011, p. 97
- DONDERO B., « Conventions réglementées : réduire les incertitudes », *Bull. Joly Sociétés* 2012, p. 190
- DONDERO B., « Le commissaire aux comptes et les conventions réglementées », *Gaz. Pal.* 11 aout 2012, p. 8
- DONNEDIEU DE VABRES-TRANIE L. et MONTET C., « Un droit de la concurrence : pour quoi faire », *Contr. conc. consom*. 2006, chron. 22
- DONNETTE A., « L'alerte du comité d'entreprise : une liberté surveillée », *Bull. Joly Sociétés Entr. en diff.* 2012, p. 259
- DRAGO R., « Le conseil de la concurrence », *JCP G* 1987, I, 3300
- DREYER E., « Les pouvoirs délégués afin d'exonérer pénalement le chef d'entreprise », *D*. 2004, chron. p. 937
- DU PONTAVICE E., « Le principe de non immixtion dans la gestion à l'épreuve des faits », *Rev. sociétés* 1968, p.1
- DU PONTAVICE E., « Le commissaire aux comptes et la rémunération des dirigeants desociétés anonymes », *Rev. sociétés* 1968, p. 30
- DU PONTAVICE E., « Le principe de non-immixtion des commissaires aux comptes dans la gestion à l'épreuve des faits », *Rev. sociétés* 1973, p. 599
- DU PONTAVICE E., « Le commissaire aux comptes et la certification », *Rev. sociétés* 1976, p. 257
- DUFOUR O., « La nouvelle Autorité de la concurrence est née ! », *LPA* 19 janv. 2009, p. 4
- DUPONT N., « Retour sur le devoir de conseil du banquier en matière d'assurance de groupe », *JCP G* 2009, 511
- ECHERT G. et KOVAR J.-P., « La réforme du droit de la prescription : aspect de droit public », *LPA* 2 avr. 2009, p. 25
- EISENHARDT K.-M., « Control : organizational and economic approaches », *Management Science* 1985, 31, n°2, p. 134
- FALZOI A., « Le rôle du ministère public dans le cadre des procédures collectives », *LPA* 17 sept. 2004, p. 3
- FASQUELLE D. et MESA R., « La sanction de la concurrence déloyale et du parasitisme économique et le rapport Catala », *D.* 2005, p. 2666
- FAVENNEC-HERY F., « La consultation des représentants du personnel sur le transfert de l'entreprise », *Dr. social* 2005, p. 729
- FAVARIO TH., « La faute de gestion au sens de l'article L. 651-2 du Code de commerce », *Rev. proc. coll.* 2011, étude 15
- FERRIER D. et BIANCONE K., « L'autorité de la concurrence », *D.* 2009, p. 1031
- FEUGERE B., « L'indispensable indépendance de l'administrateur d'une société anonyme », *JCP E* 1999, p. 946
- FLEURIOT P., « L'évolution du gouvernement d'entreprise en France et ses conséquences pour les sociétés cotées », *Bull. COB* oct. 1995, p. 31
- FLORES G. et MESTRE J., « Brève réflexions sur l'approche institutionnelle de la société », *LPA* 14 mai 1986
- FORRAY V., « Commentaire complémentaire de l'article L. 650-1 du Code de commerce », *RTD com.* 2008, p. 661
- FRAIMOUT J.-J., « Actions attitrées attribuées au commissaire à l'exécution du plan », *Rev. proc. coll*. janv. 2009, p. 25
- FRAIMOUT J.-J., « La réforme des plans de sauvegarde et de redressement », *Rev. proc. coll.* janv. 2009, p. 84
- FREMEAUX S., « L'avenir du régime de révocation des dirigeants sociaux », *LPA* 20 déc. 2000, p. 6
- FREYRIA C., « Le commissariat aux comptes : Mission d'intérêt public ? », *JCP E* 1996, 516
- FREYRIA C., « L'assurance de responsabilité du management », *D*. 1995, chron. p. 120
- FRICERO N., « La nouvelle prescription entre sécurité et modernité », *Rev. Lamy dr. civ.* sept. 2008, p. 6

- FRISON-ROCHE M.-A., « Le contrôleur », *LPA* 14/06/1995, p. 8
- FRISON-ROCHE M.-A., « Ambition et efficacité de la régulation économique », *RD bancaire et fin.* 2010, étude n°34
- FROEHLICH PH., « La réforme du statut des mandataires et administrateurs judiciaires », *Rev. Lamy dr. aff.* févr. 2003, p. 17
- FROMENT-MEURICE F. et CHISS R., « Les attributions du comité d'entreprise à l'occasion d'opérations de cessions de parts ou d'actions », *JCP S* 2009, 1051
- GAILLARD E., « La représentation et ses idéologies en droit privé français », *Droits* 1987, n°6, p. 91
- GARÇON J.-P., « La validation atypique du cautionnement hypothécaire non directement conforme à l'objet social », *JCP N* 2000, p. 1404
- GARREAU D., « L'expert judiciaire et le service public de la justice », *D.* 1988, chron. p. 97
- GARRON F., « La rémunération excessive des dirigeants de sociétés commerciales », *Rev. sociétés* 2004, p. 795
- GAVALDA C., « Le règlement amiable », *RJ com.* n° spéc. 1986, p. 87
- GERMAIN M., « L'intérêt commun des actionnaires », intervention au colloque organisé au Sénat le 23 mai 1996, « Actionnaires et dirigeants : où se situera demain le pouvoir dans les société cotées », *CDE* 1996, n°4, p. 13
- GERMAIN M., « L'opposition en droit des sociétés », *LPA* 04 avr. 2007, p. 21
- GERSCHEL C., « Le principe de non immixtion en droit des affaires (1ère partie) », *LPA* 30 aout 1995, p. 8
- GIACOPELLI-MORI M., « La délégation de pouvoir en matière de responsabilité pénale du chef d'entreprise », *Rev. sc. crim*. 2000, p. 525
- GIROUX E., « L'entreprise et l'audit environnemental : perspectives de développement national et international dans les secteurs de l'environnement et du commerce », *Les Cahiers de droit*, vol. 38, n° 1, 1997, p. 71
- GODON L., « Précisions quant au fondement juridique du devoir de loyauté du dirigeant social envers les associés », *Rev. sociétés* 2005, p. 140
- GODON L., « Indivision et exercice des droits sociaux : le cas de l'expertise de gestion », *D*. 2008, p. 1251
- GOEBEL R. J., « Le gouvernement moderne des sociétés aux Etats-Unis. La composition et les fonctions des directeurs et de la gestion », *Journée soc. législ. comp.* 1988, p. 545
- GOFFAUX-CALLEBAUT C., « La définition de l'intérêt social », *RTD com.* 2004, p. 35
- GOMEZ R., « Réflexions sur la durée de la mission du commissaire à l'exécution du plan », *Rev. proc. coll.* 2008, p. 28
- GONTARD T., « Pour une « *corporate governance* » française », *LPA* 27 sept. 1995, p. 16
- GORRIAS S., « Le mandataire judiciaire dans l'ordonnance du 18 décembre 2008 et le décret du 12 février 2009 », *Gaz. Pal.* 07 mars 2009, p. 21
- GORRIAS S., « La responsabilité du mandataire judiciaire », in « Loi de sauvegarde. Risques et responsabilités en droit des procédures collectives. Actes du colloque de Caen du 15 octobre 2010 », *Rev. proc. coll.* 2010, dossier 12
- GOUTAY Ph. et DANOS F., « De l'abus de la notion d'intérêt social », *D. aff*aires 1997, p. 877
- GOVERNATORI J.-J., « Le droit administratif à l'épreuve du droit des procédures collectives », *Gaz. Pal.* 31 nov. 2009, p. 9
- GOYET CH., « La révélation des faits délictueux ; remarque sur une politique négociée de l'action publique », *JCP G* 1989, I, 3370
- GRANIER T., « Définition des avantages particuliers », *Dr. sociétés* 2003, repère 12
- GRANIER T., « Un rescrit de l'Autorité des marchés financiers relatif au champ d'application de l'appel public à l'épargne », *Bull. Joly Bourse* 2006, p. 499
- GRUA F., « La responsabilité de celui qui fournit le moyen du dommage », *RTD civ.* 1994, p. 1
- GUEDES DA COSTA S. et LAFUMA E., « Le CHSCT dans la décision d'organisation du travail », *Dr. travail* 2010, p. 419
- GUENGANT A., « L'attribution du droit de vote en cas de démembrement de la propriété d'actions et de parts sociales », *JCP E* 1994, 131
- GUPTA A.-K., « SBU stratégies, corporate-SBU relation, and SBU effectiveness in strategy implémentation » *Academy of Management Journal* 1987, 30, p. 477

- GUYON Y., « L'indépendance des commissaires aux comptes » *JCP* 1977, I, 2831
- GUYON Y., « Le droit de regard du créancier sur le patrimoine et l'activité de son débiteur considéré comme une sûreté », *in* « L'évolution du droit des sûretés », *RJ. com*. n° spéc. fév. 1982, p. 121
- GUYON, Y., « Faut-il introduire en France la théorie de la « corporate governance » ? », *LPA* 7 mai 1997, n° 55, p. 28
- GUYON Y., « Les réformes apportées au droit des sociétés par la Loi du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économique », *Rev. sociétés* 2001, p. 503
- HAËL J.-PH., « Le rôle des auxiliaires de justice », *LPA* 1991, n°88, p. 13
- HALLOUIN J.-C.: « Le monopole de représentation du président de la société par action simplifiée, à propos de l'arrêt de la chambre commerciale du 2 juillet 2002 », *D*. 2002, chron. p. 2922
- HAMEL J., « L'affectio societatis », *RTD civ.* 1925, p. 761
- HASSLER T., « L'intérêt commun », *RTD com.* 1984, p. 581
- HONORAT J., « La société par action simplifiée ou la résurgence de l'élément contractuel en droit français des sociétés, 1ère partie », *LPA* 16 août 1996, p. 4
- HONORAT J., « La situation des actions de sociétés anonymes dans le cadre des régimes matrimoniaux », *Rev. sociétés* 1999, p. 577
- HOUIN R., « Les pouvoirs des dirigeants de sociétés anonymes et des sociétés à responsabilité limitée et la coordination des législations nationales dans la CEE », *RTD europ.* 1966, p. 307 et s.
- HOUIN R., « Réforme de la Loi du 24 juillet. Harmonisation avec la directive de la C.E.E. du 9 mars 1968. Ordonnance n°69-1176 du 20 décembre 1969 et décret n°69-1177 du 24 décembre 1969 », *RTD com*. 1969, p. 999
- HOUIN R. et GORE, « La réforme des sociétés commerciales », *D.* 1967, chron. p. 121
- HOULETTE E., « Le rôle du ministère public dans la loi de sauvegarde », *JCP E* 2005, 1514
- HUGLO C., « Décret du 29 décembre 2011 portant réforme des études d'impact des projets de travaux, d'ouvrages ou d'aménagement », *Gaz. Pal.* 19 janv. 2012, p. 8
- IZRAELEWICZ E., « Administrateur, un métier », *Option finance* 24 nov. 2003, n°760, p. 13
- JAMIN C., « Réseau intégré de distribution : de l'abus dans la détermination du prix au contrôle des pratiques abusives » *JCP G* 1996, I, 3959
- JEANTIN M., « Le représentant des salariés », *Dr. social* 1986, p. 664
- JESE G., « Principes de droit public », *RDP* 1938 p. 89
- JOUYET J.-P., « La place de la sanction dans la régulation des marchés financiers », *Bull. Joly Bourse* 2009, p. 419
- KIRRY A. et MONSALLIER-SAINT MLEUX M.-C., « Dirigeant de société et prise de risque », *JCP E* 2009, 1223
- KLING D., « Le commissaire aux comptes et l'évaluation des apports », *Bull. Joly Sociétés* 2009, p. 1186,
- KOPPES R. H., « L'évolution du gouvernement d'entreprise, tendances actuelles et orientations futures », *LPA* 7 mai 1997, p. 12
- LAMPERT E., « Le rôle de la profession comptable libérale », *LPA* 15 sept. 2000, p. 9
- LAPOYADE-DESCHAMPS C., « Quelle(s) réparation(s) ? », *Resp. civ. et assur*. n° spéc. juin 2000, p. 62
- LAPP C., « La nomination judiciaire des administrateurs de sociétés », *RTD com.* 1952, p. 769
- LARRIBAU-TERNEYRE V., « La responsabilité de l'expert judiciaire à l'ombre de la responsabilité civile », *LPA* 2 déc. 1998, p. 7
- LAUGIER M., « L'introuvable responsabilité du dirigeant social envers les tiers pour faute de gestion », *Bull. Joly Sociétés* 2003, p. 1231
- LACHEZE A., « Ce que la responsabilité sociale des entreprises fait au droit : l'exemple de la grande distribution », *Dr. et société* 2007, n° 66, p. 385
- LE CANNU P., « Le droit à l'information de l'administrateur préalablement à la réunion du conseil d'administration », *Bull. Joly Sociétés* 1985, p. 923
- LE CANNU P., « L'abus de minorité », *Bull. Joly Sociétés* 1986, p. 429
- LE CANNU P., « Eléments de réflexion sur la nature de l'expertise judiciaire de gestion », *Bull. Joly Sociétés* 1988, p. 553

- LE CANNU P., « La nature juridique des fonctions des membres du conseil de surveillance d'une société anonyme », *Bull. Joly Sociétés* 1989, p. 479
- LE CANNU P., « La protection des administrateurs minoritaires », *Bull. Joly Sociétés* 1990, p. 511
- LE CANNU P., « Les dirigeants de la société par actions simplifiée », *Rev. sociétés* 1994, p. 239
- LE CANNU P., « Légitimité du pouvoir et efficacité du contrôle dans les sociétés par actions », *Bull. Joly Sociétés* 1995, p. 637
- LE CANNU P., « Les précisions apportées par le droit des procédures collectives au régime de la délégation de pouvoir dans une société », *Bull. Joly Sociétés* 1997, p. 628
- LE CANNU P., « Les conventions réglementées après la loi du 15 mai 2001 », *Bull. Joly Sociétés* 2001, p. 720
- LE CANNU P., « La responsabilité civile des dirigeants de personne morale après la loi de sauvegarde des entreprises du 26 juillet 2005 », *Rev. sociétés* 2005, p. 743
- LE CANNU P., « Les brumes de l'article L. 225-35 du code de commerce », *Rev. sociétés* 2010, p. 17
- LE CANNU P., « La transformation et les tiers », *Bull. Joly Sociétés* 2010, p. 415
- LE CANNU P. et DONDERO B., « La consécration des comités d'audit par l'ordonnace du 8 décembre 2008 », *RTDF* 2009, p. 187
- LE CORRE P.-M., « Déclaration, vérification, admission des créances et procédure civile », *LPA* 28 nov. 2008, p. 72
- LE CORRE P.-M., « Les comités de créanciers », *Rev. proc. coll.* 2011, dossier 3
- LE FUR A.-V., « « Concilier l'inconciliable » : réflexion sur le droit de vote de l'actionnaire », *D.* 2008, p. 2015
- LE GUERNEVE L., « L'accord », *Gaz. Pal.* 26 juin 2008, p. 49
- LE GUERNEVE L. et MORELLI N., « Les nouveaux enjeux des comités de créanciers », *CDE* 2011, dossier 21
- LE NABASQUE H., « Le développement du devoir de loyauté en droit des sociétés » : *RTD com*. 1999, p. 273
- LE NABASQUE H., « La réforme des fusions simplifiées », *Bull. Joly Sociétés* 2012, p. 265
- LE NABASQUE H., DUNNAUD et ELSEN, « Les clauses de sortie dans les pactes d'actionnaires », *Dr. soc*., *Actes pratiques*, 1992, n°5
- LEBLOND J., « Les pouvoirs respectifs de l'assemblée générale, du conseil d'administration, du président, et du directeur général adjoint dans la doctrine institutionnelle », *Gaz. Pal*. 1957, I, doctr. p. 29
- LEDAN J., « Nouveau regard sur la notion d'associé », *Dr. sociétés* 2010, étude 17
- LEGEAIS D., « Responsabilité du banquier en matière de crédit », *RD bancaire et fin.* 2010, étude 4
- LEGEAIS D., « Les obligations et la responsabilité d'un banquier souscripteur d'une assurance de groupe », *RD bancaire et fin* sept.-oct. 2001, p. 316
- LEGROS J.-P., « La loi du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises – Le sort des membres et dirigeants des personnes morales (4e partie) », *Dr. sociétés* janv. 2006, p. 10
- LEGROS J.-P., « Les litiges découlant d'une cession de titres de société commerciale relèvent de la compétence du tribunal de commerce quelque que soit la nature civile ou commerciale de la cession », *JCP G* 2007, II, 10198
- LEJEUNE F., « Cautionnement des SCI : le faux critère de l'intérêt social », *Dr. et patrimoine* juin 1996, p. 56
- LENCOU D., « Le rôle du commissaire aux comptes et du commissaire aux apports dans l'augmentation de capital depuis la réforme du décret du 23 mars 1967 sur les sociétés commerciales », *Bull. Joly Sociétés* 2007, p. 1305
- LEOBON T., « L'information du conseil d'administration : gestion et responsabilité », *Bull. Joly Sociétés* 2006, p. 168
- LEROYER A.-L., « Commentaire de la loi du 17 juin 2008 », *RTD civ.* 2008, p. 563
- LETARTRE Y., « Le mandat *ad litem* », *RJ com.* 1993, p. 309
- LIENARD A., « La responsabilité du commissaire aux comptes dans le cadre de la procédure d'alerte », *Rev. proc. coll.* 1996, p. 1
- LIMOU S., MARIGNIER N. et RUCKEBUSCH TH., « L'information économique et financière des salariés », *Liaisons soc.* 2012, point spéc. n° 16028
- LOBE LOBAS M., « La responsabilité civile de l'expert judiciaire », *D. env.* 2006, p. 290
- LUCAS F.-X., « Retour sur la notion de valeur mobilière », *Bull. Joly Sociétés* 2000, p. 765
- LUCAS F.-X., « L'avenir de la révocabilité ad nutum des dirigeants sociaux », *Dr. sociétés* 2001, chron. 1

- LUCAS F.-X., « Analyse de la loi du 3 janvier 2003 réformant le statut des administrateurs et mandataires judiciaires », *Dr. et patrimoine*, juill.-août 2003, p. 30
- LUCAS F.-X., « Loi de sécurité financière, *corporate governance* ou poudre aux yeux », *Dr. et patrimoine* janv. 2004, p. 54
- LUCAS F. X., « Refus de la qualité d'associé à l'usufruitier de part sociales », *Dr. sociétés* 2007, comm. 25.
- LUCAS DE LEYSSAC C., « Concurrence et compétition », *D.* 2004 p. 1722
- LUCHAIRE F., « La Constitution et l'indemnisation des biens nationalisés », *Le Monde*, 20-21 sept. 1981
- LYON-CAEN A., « Le comité d'entreprise et les restructurations », *Dr. social* 2004, p. 285
- LYON-CAEN G., « Permanence et renouvellement du droit du travail dans une économie globalisée », *Dr. ouvr.* 2004, p. 52
- LYON-CAEN G., « Les fondements historiques et rationnels du droit du travail », *Dr. ouvr*. 1951, p. 1, reproduit *in Dr. ouvr.* 2004, p. 52, spéc. p. 54
- MACORIG-VENIER F., « Du règlement amiable à la conciliation », *Rev. proc. coll.* 2005 p. 352
- MAGNIER V., « Information boursière et préjudice des investisseurs », *D.* 2008, p. 558
- MAGNIER V. et PACLOT Y., « Les rémunérations des dirigeants des sociétés cotées », *D.* 2009, p. 1027
- MAGNIER V., « Qu'est-ce qu'un administrateur « prudent et diligent », *Bull. Joly Sociétés* 2012, p. 75
- MALAURIE PH., « La réforme de la prescription civile » *JCP G* 2009, I, 134
- MANGENET D., MARTIN J.-Y. et ROBINE D., « Comités d'audit : une consécration entourée d'incertitudes », *Dr. sociétés* 2010, étude 2
- MARLY P.-G., « Le paiement des primes par la société : réflexion sur la légitimité d'une pratique », *Bull. Joly Sociétés* 2010, p. 772
- MARQUET DE VASSELOT L., « De l'expression par le comité d'entreprise de son avis », *RJ sociale* oct. 2000, p. 607
- MARTEL J., « L'audit juridique », *LPA* 9 sept. 1985, p. 96
- MARTIN D. R., « Les pouvoirs des gérants des sociétés de personnes », *RTD com.* 1973, p. 185 et s.
- MARTIN D. R., « valeurs mobilières : défense d'une théorie », *D.* 2001, chron. p. 1228
- MARTIN-SERF A., « Les dirigeants et la procédure collective », *LPA* 9 janv. 2002, p. 31
- MARTIN-SERF A., « la loi pour l'initiative économique : des fausses pistes pavées de bonnes intentions », *RJ com.* 2004, p. 75
- MARTIN-SERF A., « Réforme des procédures collectives – Sanctions civiles », *Rev. proc. coll.* 2009, dossier 14
- MASCALA C., « Panorama des fautes de gestion », *RTD com.* 1999, p. 983
- MASSART T., « Une grande réforme à petit budget : la SARL au capital de 1 euro », *Bull. Joly Sociétés* 2002, p. 1361
- MASSART T., « La modernisation de la SAS ou comment apporter moins pour gagner plus », *Bull. Joly Sociétés* 2008, p. 632
- MATHEY N., « Les recommandations de l'article L. 225-237 du Code de commerce, A propos des relations du commissaire aux comptes avec les dirigeants sociaux », *Bull. Joly Sociétés Sociétés* 2002, p. 1141
- MATHEY N., « La responsabilité sociale des entreprises en matière de droits de l'homme », *CDE* 2010, dossier 13
- MATHIEU B., « Le rôle du juge-commissaire au cours de la phase d'observation », *RT CA Versailles* mai 1995, p. 81
- MATSOPOULOU H., « Le renforcement de l'indépendance des commissaires aux comptes », *Rev. sociétés* 2003, p. 813
- MATTOUT J.-P. et MOULY S., « La notation », *Bull. Joly Bourse* 1994, p. 441
- MAURY F., « Réflexions sur la distinction entre obligations de moyens et obligation de résultat », *RRJ* 1998, p. 1243
- MAZEAUD H., « Essai de classification des obligations », *RTD civ.* 1936, p. 1
- MEDAIL V., « Contenu du rapport de gestion : l'inflation continue », *JCP E* 2005, 273
- MERCADAL B., « Que faire des actions de préférence ? », *RJDA* 2006, p. 671
- MERLE PH., « L'abus de minorité », *RJ com*. nov. 1991, p. 81

- MERLANT E. et EMPAIN I., « Réforme de l'étude d'impact : quelles conséquences attendues pour les ICPE ? », *Gaz. Pal.* 14 mai 2011, p. 12
- MESTRE J.-L., « Le Conseil constitutionnel, la liberté d'entreprendre et la propriété », *D.* 1984, chron. p. 1
- MESTRE J., « Réflexions sur les pouvoirs du juge dans la vie des sociétés », *RJ com*. 1985, p. 81
- MESTRE J., « La Loi de modernisation de l'économie du 4 août 2008 : les aspects de droit des sociétés », *Rev. Lamy dr. aff.* oct. 2008, p. 10
- MESTRE J. et VELARDOCCHIO D., « Les réformes du droit des sociétés commerciales dans la loi nouvelles régulations économiques du 15 mai 2001 », *Lamy Sociétés commerciales* 2001 *bull. A.*, n°136 C, 06/2001 p. 1, spéc. p. 2
- MIGNOT M., « Réforme de la prescription : le point de départ du délai », *Defrénois* 2009, p. 393
- MOLFESSIS N., « Les produits en cause », *in* « actes du colloque : La responsabilité du fait des produits défectueux (loi du 19 mars 1998) », *LPA* 28 déc. 1998, p. 20
- MONSERIE M.-H., « Le plan de sauvegarde », *Dr. et patrimoine* mars 2006, p. 73
- MONTERAN TH., « Présentation générale de la prévention et de la procédure de conciliation », *Gaz. Pal.* 08 sept. 2005, p. 8
- MONTERAN TH. et LE BOURGEOIS S., « Les pouvoirs du commissaire à l'exécution du plan », *Rev. proc. coll.* 2003, p. 294
- MORAND M., « Les représentant du personnel et le déroulement de la procédure d'alerte interne », *JCP E* 1988, II, 15357
- MORVAN P., « Le droit social dans la réforme du droit des entreprises en difficulté », *JCP E* 2005, I, 1511
- MOULAI G., « La fixation par le juge-commissaire de la rémunération des dirigeants de droit », *LPA* 23 août 1995, p. 13
- MOULIN J.-M., « Conflits d'intérêts chez les agences de notation », *Bull. Joly Bourse* 2008, p. 580
- MOULIN J.-M., « Les obligations d'information et de conseil du banquier souscripteur d'une assurance groupe (à propos de Cass. civ. 1re, 12 janvier 1999 et 23 novembre 1999) », *RD bancaire et fin.* janv.-févr. 2000, p. 50
- MOULIN J.-M., « le règlement (CE) n°1060/2009 du 16 septembre 2009 sur les agences de notation de crédit », *JCP E*, 2010, 1522
- MOUROT A., « L'assurance des dirigeants et des administrateurs », *Rev. Actes pratiques et ingénierie sociétaire* juill.-août 2009, p. 45
- MOUSSERON F., « L'audit contractuel », *JCP E* 1985, I, 14710
- NEUVILLE C., « L'émergence d'un actionnariat actif en France », *LPA* 27 sept. 1995, n°116, p. 39
- NGUYEN XUAN CHANH, « Le sort des actes accomplis irrégulièrement au nom d'une société commerciale », *D.* 1978, chron. p. 69
- NICINSKI S., « L'autorité de la concurrence », *RFDA* 2009, p. 1237
- NURIT-PONTIER L., « Le décompte des droits sociaux indivis », *Bull. Joly Sociétés* 2007, p. 657
- NUSSENBAUM M., « Prime de contrôle, décote de minorité et d'illiquidité », *RJ com*. nov. 1998, p.15
- OPHELE C., « Faute délictuelle et faute contractuelle », *Resp. civ. et assur.* 2003, chron. 21
- OPPETIT B., « Les cessions de droits sociaux emportant le transfert du contrôle d'une société », *Rev. sociétés* 1978, 691
- OUCHI W., « A conceptual Framework for the design of organizational control mechanisms », *Management Science* 1979, 25, p. 833
- PACLOT Y., « Remarques sur le démembrement des droits sociaux », *JCP E* 1997, I, 674
- PACLOT Y., « La prescription de l'action en responsabilité contre le commissaire aux comptes en cas de certification conventionnelle », *JCP E* 2007, 1239
- PACLOT Y. et MALECKI C., « Le nouveau régime des rémunérations, indemnités et avantages des dirigeants des sociétés cotées », *D.* 2007, p. 2481
- PAILLUSSEAU J. et CONTIN R., « La cession de contrôle d'une société », *JCP G* 1969, 2287
- PAILLUSSEAU J., « Les fondements du droit moderne des sociétés », *JCP G* 1984, I, 3148
- PAILLUSSEAU J., « La cession de contrôle », *JCP E* 1985, 14587
- PAILLUSSEAU J., « Les apports du droit de l'entreprise au concept de droit », *D.* 1997, chron. p. 97

- PAILLUSSEAU J., « L'alerte du commissaire aux comptes dans la SAS – La notion de comptabilité dans le droit de la SAS », *JCP G* 2000, I, 262
- PAILLUSSEAU J., « La *corporate governance*, A propos du rapport *Bouton* », *D*. 2002, p. 2722
- PAILLUSSEAU J., « La liberté contractuelle dans la SAS et le droit de vote », *D*. 2008, 1563
- PAILLUSSEAU J. et BARTHES DE RUYTER G., « la responsabilité des auditeurs », *LPA* 5 avril 1995, n°41, p. 43
- PARDON J., « Le blanchiment de l'argent, aspects internationaux et européens », *Banque et droit* n° spéc. 1991, p. 5
- PARLEANI G., « Les pactes d'actionnaires », *Rev. sociétés* 1991, p. 8
- PEILLON B., « Les pactes visant à prendre et/ou à conserver le pouvoir dans les sociétés non cotées », *CDE* 1992, n° 1, p. 5 et 11
- PELLIER G.-A., « L'organisation de la profession d'administrateur judiciaire et de mandataire judiciaire », *LPA* 20 nov. 2001, p. 63
- PELTIER F., « Le risque hégémonique de la protection de l'épargne dans la fusion COB-CMF », *RD bancaire et fin.* 2003, p. 184
- PELTIER F., « l'essentiel des réformes : le renforcement du contrôle du management », intervention au colloque tenu à Lyon, le 1er déc. 2006 « Le gouvernement d'entreprise : cinq années de réformes en droit des sociétés, pour quel avenir », *LPA* 2 août 2007, n°154, p. 9
- PEROCHON F., « Les interdictions de paiement et le traitement des sûretés réelles », *D.* 2009, p. 651
- PETIT J.-P., « La notation en France : origine, développements récents et perspectives », *Bull. trim. Banque de France* juin 1992, p. 53
- PETIT B. et REINHARD Y., « Responsabilité civile des dirigeants », *RTD com.* 1997, p. 282, spéc. p. 283
- PICARD J., « L'acte conclu par un dirigeant avec dépassement de ses pouvoirs », *Dr. sociétés* 1998, chron. 6
- PIEDELIEVRE S., « Les dommages et intérêts punitifs : une solution d'avenir ? » *Resp. civ. et assur.*, n° spéc. juin 2001, p. 68
- PIETTE G., « Cautionnement et intérêt social ; Les implications réciproques », *JCP G* 2004, I, 142
- PINARD-FABRO M.-H., « Focus sur l'audit fiscal », *BF Lefebvre* 2008, p. 865
- PIROVANO A., *La concurrence déloyale en droit français*, RTD comp. 1974, p. 467
- PIROVANO A., « La boussole de la société. Intérêt commun, Intérêt social, Intérêt de l'entreprise », *D.* 1997, chron. p. 189
- PLANCQUEEL A., « Obligations de moyens, obligations de résultat. Essai de classification des obligations contractuelles en fonction de la charge de la preuve en cas d'inexécution », *RTD civ.* 1972, p. 334
- PLANIOL, « Etudes sur la responsabilité civile », *Rev. crit. légis. et juris.* 1905, p. 283
- PLANTAMP D., « L'intérêt commun dans les contrats de distribution » *ALD* 1990, p. 178
- POESY R., « La nature Juridique de l'Autorité de la concurrence », *AJDA* 2009, p. 347
- POHE D., « La substitution de garanties dans la loi du 25 janvier 1985 », *Rev. proc. coll.* 1992, p. 245
- PONCET S., « Les conditions de désignation d'un expert par le CHSCT », *JSL* 2011, n° 300, p. 4 et n° 301, p. 4
- PRETOT X., « Les sanctions administratives de l'insécurité au travail », *Dr. social* 2007, p. 707
- PRIETO C., « Pouvoir de marché et liberté des entreprises, les fondements de la politique de concurrence », *D.* 2006, p. 1603
- PRIEUR J., D'ANCHALD PH., TANDEAU DE MARSAC V. et PERRINE X., « La responsabilité des membres des comités dans les sociétés par actions », *Actes prat. ing. sociétaire* 2001, n° 56, p. 5
- QUENTIN B., « Les agences de notation », *RDBF* 2004, p. 465
- RAMEIX G., « L'Autorité des marchés financiers », *LPA* 14 nov. 2003, p. 12
- RASLE M. et WITS H., « La délégation de pouvoir », *Dr. et patrimoine* 1995, p. 20
- RAYNAUD B., « La prévention des conflits d'intérêts dans les sociétés par actions », *JCP E* 2003, 354
- REBUT D., « Manquement du banquier à ses obligations professionnelles et commission du délit de blanchiment », *Banque et droit* 2003, n° 88, p. 11
- REGNAULT-MOUTIER C., « Vers la reconnaissance de la qualité d'associé à l'usufruitier de droit sociaux », *Bull. Joly Sociétés* 1994, p. 1155
- REGNAUT-MOUTIER C., « Les dirigeants de société », *Rev. proc. coll.* 2006 p. 159

- REIGNE PH., « Révocabilité ad nutum des mandataires sociaux et faute de la société » *Rev. société* 1991, p. 499
- REIGNE p. et DELORME T., « La nature nécessairement pécuniaire des avantages particuliers », *Bull. Joly Sociétés* 2002, p. 1117
- REINHARD Y., « L'abus de droit dans le contrat de société », *JCP E* 1999, p. 8
- REINHARD Y., « Le holding familial », *Defrénois* 2001, art. 37313
- REMY PH., « La « responsabilité contractuelle » : histoire d'un faux concept », *RTD civ.* 1997, p. 323
- RIASSETTO I., « Vers une plus grande transparence des OPCVM « ISR » », *Bull Joly Bourse* 2011, p. 632
- RIVES-LANGE J.-L., « La notion de dirigeant de fait au regard de l'article 99 de la loi de 1967 », *D.* 1975, chron. p. 41
- RIVES-LANGE M., « L'abus de majorité », *RJ com*. 1991, n° spécial, p. 65
- RIVIERE I., « L'obligation d'information et de conseil du banquier souscripteur en assurance de groupe », *LPA* 22 juin 2001, p. 4
- ROBERT A., « Vers une responsabilité limitée des commissaires aux comptes ? », *D.* 2008, p. 3106
- ROBERT A., « Le rapport de gestion et l'environnement : obligations, contrôles et sanctions », *Env.* 2012, étude 7
- ROBLOT-TROIZIER A., « Le pouvoir de contrôle de l'administration à l'égard de son cocontractant », *RFDA* 2007 p. 990
- ROGLEV L., BECKHARD J. et BECKER V., « Responsabilité sociale des entreprises : une compliance à l'européenne ? », *Rev. Lamy dr. aff.* 2012, p. 10
- ROLAND H., « La portée de la clause statutaire exigeant le concours de tous les gérants dans la SARL », *D.* 1961, chron. p. 61
- ROSKIS D. et DOREMUS C.-M., « Sanctions des pratiques anticoncurrentielles : vers plus de prévisibilité et de transparence ? », *Contrats conc. consom*. 2011, étude 11
- ROUSSEL F., « Organisation et missions de l'Autorité des marchés financiers », *Bull. Joly Bourse* 2004, p. 139
- ROUSSEL-GALLE PH., « Les contrôleurs, gardiens de l'intérêt collectif », *Gaz. Pal.* 2005 p. 2984
- ROUSSEL-GALLE PH., « Prévention, dynamique de l'anticipation : le mandat ad hoc et la conciliation après le décret du 28 décembre 2005 », *LPA,* 12 juill. 2006, p. 10
- ROUSSILLE M., « Responsabilité du gérant de SARL : la faute pénale intentionnelle est détachable », *JCP E* 2010, 2084
- ROUTIER R., « Présentation de l'Autorité de contrôle prudentiel », *Rev. Lamy dr. aff.* 2011, p. 89
- ROUX D., « La spécificité des cessions de contrôle », *Rev. sociétés* 1980, p. 49
- ROZEC PH., « Le comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail et la prévention des risques professionnels », *JCP S* 2006, 1981
- RUBELLIN P., « La responsabilité civile du liquidateur amiable », *Bull. Joly Sociétés* 2009, p. 297
- RUELLAN C., « Les conditions de désignation d'un administrateur provisoire », *Dr. sociétés* 2000, chron. n°20
- RUOL V., « L'ordonnance n°2010-76 du 21 janvier 2010, Révolution ou évolution », *Banque et droit* 2010, n°131, p. 3
- SAINT-ALARY-HOUIN C., « La répartition des pouvoirs au cours de la période d'observation », *Rev. proc. coll.* 1990, p. 3
- SAINT-ALARY-HOUIN C., « Le dessaisissement du débiteur en liquidation judiciaire », *Rev. proc. coll.* 2003, p. 173
- SAINT-ALARY-HOUIN C., « La procédure de conciliation », *Rev. proc. coll*., 2006, p. 169, spéc. p. 169
- SAINTOURENS B., « La flexibilité du droit des sociétés », *RTD com*. 1987, p. 457
- SAINTOURENS B., « Les organes de direction de la société anonyme après la Loi relative aux nouvelles régulations économiques », *Rev. sociétés* 2001, p. 515
- SAINTOURENS B., « La révocation des dirigeants sociaux dans l'actualité jurisprudentielle », *Bull. Joly Sociétés* 2005, p. 667
- SAINTOURENS B., « Les conditions d'ouverture des procédures après l'ordonnance du 18 décembre 2008 portant réforme du droit des entreprises en difficulté », *Rev. proc. coll*. 2009, p. 40

- B. SAINTOURENS et *al.*, « La rémunération des dirigeants dans les sociétés par action », *Actes prat. ing. Sociétaire* mars-avr. 2009
- SAURET A. et WINDAL C., « L'expert-comptable du comité et les comptes annuels : ne pas oublier les impératifs du Code de commerce », *JCP S* 2012, 1107
- SAUVAGE F., « Le devoir d'information et de conseil du banquier intermédiaire en assurance emprunteurs (à propos de Cass. ass. plén., 2 mars 2007) », *RD bancaire et fin*. mai-juin 2007, p. 57
- SAVATIER R., « le rajeunissement de la tutelle française des mineurs », *D.* 1965, chron. p. 51
- SAVATIER J., « Le comité d'entreprise et la prévention des difficultés des entreprises », *in* « La prévention des difficultés des entreprises après deux années d'application ; Journée d'étude de l'Institut de Droit de l'Entreprise de l'Université de Poitiers (15 mai 1987) », *JCP E* 1987, 15066
- SAVATIER J., « L'ordre des licenciements dans les licenciements pour motif économique », *Dr. social* 1990, p. 515
- SAVATIER J., « Les attributions des délégués du personnel », *Dr. social* 1993, p. 746
- SCHAPIRA J., « L'intérêt social et le fonctionnement de la société anonyme », *RTD com.* 1971, p. 957
- SCHILLER S., « L'indemnisation du préjudice de l'actionnaire en cas de diffusion d'une information erronée », *Dr. sociétés* 2009, étude 12
- SCHILLER S., « L'actionnaire plus facilement indemnisé en cas de diffusion d'une information erronée », *LPA* 10 sept. 2010, p. 4
- SCHMIDT D., « De l'intérêt commun des associés », *Rev. dr. bancaire et bourse* 1994, p. 204
- SCHMIDT D., « De l'intérêt social », *Rev. dr. bancaire et bourse* 1995, p. 130
- SCHMIDT D., « La responsabilité du conseil d'administration du fait de ses actes de gestion», *CDE* 1995, n°4, p. 15
- SCHMIDT D., « Rapport de synthèse », intervention au colloque organisé au Sénat le 23 mai 1996, « Actionnaires et dirigeants : où se situera demain le pouvoir dans les société cotées », *CDE* 1996, n°4, p. 25
- SCHMIDT D., « Contrôle et action de concert : évolution », *JCP E* 2002, p. 72
- SCHMIDT D., « Les apports de la Loi de sécurité financière au droit des sociétés », *Bull. Joly Sociétés* 2004, p. 321
- SCHMIDT D., « Les actionnaires minoritaires, un combat légitime ? », *CDE* 2005, n°5, p. 58
- SCHULTZ P., « Du capital de la société par actions simplifiée », *LPA* 13 mars 2009, p. 6
- SERRA G., « Les fondements juridiques du capital social à l'épreuve de la loi Dutreil du 1er août 2003. Chronique d'une mort annoncée ? », *Bull. Joly Sociétés* 2004, p. 915
- SILHOL B., « L'inspection du travail et le choix de l'action pénale », *Dr. social* 2000, p. 959
- SINAY R., « La société anonyme de type nouveau du projet de loi française sur les sociétés commerciales », *Gaz. Pal.* 1966, 1, doctr. p. 50
- SOINNE B., « La procédure d'alerte instituée par la Loi du 1er mars 1984 et la mission du commissaire aux comptes », *JCP E* 1985, II, 14563
- SOULIER G., « Réflexions sur l'évolution et l'avenir du droit de la responsabilité de la puissance publique », *RD pub.* 1969, p. 1083
- STOFFEL-MUNCK PH., « Le préjudice économique : propos introductifs », *Journ. sociétés* juin 2007, p. 22
- STOLOWY N., « De nouvelles injonctions en matière de publication des comptes par les sociétés », *JCP E* 2006, 1462
- TANDE S., « L'évaluation de l'impact sanitaire des installations classées », *Dr. env*. juill. 2003, p. 132
- TCHOTOURIAN I., « La longue marche vers la transparence en matière de rémunérations des dirigeants : l'illustration à travers la réforme récemment intervenue au Canada », *Bull. Joly Sociétés* 2009, p. 519
- TCHOTOURIAN I., « Règlement (CE) n°1060/2009 concernant les agences de notation de crédit : vrai réforme ou faux-semblant », *Bull. Joly Bourse* 2010, p. 430
- TCHOTOURIAN I., « Agence de notation : encadrement et responsabilité », *Bull. Joly Bourse* 2011, p. 119
- TEBOUL G., « Les contrôleurs : constat et perspectives », *Gaz. Pal*. 1999, 1, doctr. p. 695
- TELLER M., « L'information des sociétés cotées et non cotées : une évolution certaine, de nouveaux risques probables », *RTD com.* 2007, p. 17
- TELLIER V., « La nature juridique de l'action oblique », *RRJ* 2002 p. 1835

- TERRE M., « La révélation des faits délictueux par le commissaire aux comptes », *Eco. et compt.* juin 1973, p. 27
- TERTRAIS L. et UZAN C., « Le règlement général de l'Autorité des marchés financiers », *Gaz. Pal.* 22 déc. 2005 n° 356, p. 12
- TEYSSIE B., « L'alerte par le comité d'entreprise », *RJ com*. 1986, n°2, p. 69
- TEYSSIE B., « L'expert en technologie du comité d'entreprise », *JCP E* 1987, II, 14993
- TEYSSIE B., « L'expert de gestion du comité d'entreprise », *Dr. social* 1994, p. 877
- TEYSSIE B., « L'expert-comptable du comité d'entreprise », *JCP E* 2003, 1745 et 1789
- TEYSSIE B., « Délocalisation d'entreprise et relations collectives de travail », *Dr. social* 2005, p. 759
- TEYSSIE B., « L'organisation du comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail », *JCP S* 2007, 1439
- TEYSSIE B., « Les moyens du comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail », *JCP* S 2007, 1440
- 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*, déc. 2001, pp. 3 et s.
- THEPOT C., « L'encadrement légal de l'activité des agences de notation par la loi de régulation bancaire et financière », *LPA* 16/12/2010, p. 26
- THONY J.-F., « De l'argent de la drogue au financement du terrorisme », *Les annonces de la Seine* 31 janvier 2002, n° 7, p. 6
- TOUCH M., « Les agences de notation de crédit », *RD bancaire et fin.* 2011, dossier 9
- TREBULLE F.-G., « Promesse d'achat de titres à un prix garanti », *Dr. société* 2005, comm. 107
- TREBULLE F.-G., « Personnalité et citoyenneté, considérations sur « l'entreprise citoyenne » », *Rev. sociétés* 2006, p. 41
- TREBULLE F.-G., « Entreprise et développement durable », *JCP E* 2006, p. 365
- TREBULLE F.-G., « Le développement de la prise en compte des préoccupations environnementales sociales et de gouvernance », *Dr. sociétés* 2009, étude 1
- TRIAL J., « Le statut et les tâches du commissaire aux comptes », *RF. compt.* 1967, p. 279
- TRICOT D., « Abus de droit dans les sociétés, abus de majorité et abus de minorité », *RTD com.* 1994, p. 617
- TRICOT D., « Les critère de la gestion de fait », *Dr. et patrimoine* 1996, p. 24
- TRIAULAIRE J.-P., « Le rôle du ministère public », *Rev. proc. coll*. 2006, p. 212
- TUAILLON C., « L'abus en droit des sociétés, vague concept ou vaste concept de protection ? », *LPA* 10 mars 2004, p. 4
- TUNC A., « La distinction des obligations de résultat et des obligations de moyens », *JCP G* 1945, I, 449
- TUNC A., « L'effacement des organes légaux de la société anonyme », *D.* 1952, chron. p. 73
- TUNC A., « Le gouvernement des sociétés anonymes : le mouvement de réforme aux Etats-Unis et au Royaume-Uni », *RIDC* 1994, p. 59
- TUNC A., « La révolution américaine : présentation et application des « *principles of corporate governance* » », *LPA* 27 sept. 1995, p. 5
- TUNC A., « Le rapport Viénot sur la conseil d'administration des sociétés cotées », *RIDC* 1996, p. 647
- URBAIN Q., « Quelle est l'implication des institutions représentatives du personnel dans le traitement juridique des difficultés des entreprises depuis la loi du 26 juillet 2005 ? », *Rev. proc. coll.* 2008, p. 35
- VALLANSAN J., « Liquidation judiciaire d'une société et représentation de la personne morale par ses dirigeants », *Bull. Joly Sociétés* 2002, p. 1154
- VALLANSAN J., « Le décret d'application de la loi numéro 2005-845 du 26 juillet 2005 a été publié », *Rev. proc. coll.* mars 2006, p. 5
- VALLENS J.-L., « Le statut et le rôle du contrôleur », *RTD com.* 1998, p. 952
- VALLENS J.-L., « Bicentenaire du Code de commerce : le droit des faillites de 1807 à aujourd'hui », *D.* 2007, p. 669
- VASSEUR M., « La loi du 12 juillet 1990 relative à la participation des organismes financiers à la lutte contre le blanchiment des capitaux provenant du trafic des stupéfiants analysés du point de vue de ses répercussions sur le droit bancaire », *Banque et droit*, n° spéc. 1991, p. 23
- VATINET R., « De la loi sur les nouvelles régulations économiques à la loi de modernisation : une montée en puissance du comité d'entreprise ? », *Dr. social* 2002, p. 286

- VATINET R., « La réparation du préjudice causé par la faute des dirigeants sociaux devant les juridictions civiles », *in* « colloque du 16 décembre 2002 sur la responsabilité civile des dirigeants sociaux », *Rev. Sociétés* 2003, p. 247
- VATINET R., « Sur la place faite aux salariés par la loi de sauvegarde des entreprises du 26 juillet 2005 », *JCP S* 2005, p. 1230
- VAUVILLE F., « La cession d'actifs après le réforme du 26 juillet 2005 », *Dr. et patrimoine* mars 2006, p. 80
- VERKINDT P.-Y., « L'ordre des licenciements », *RJS* 1997, p. 811
- VERKINDT P.-Y., « NTIC et nouvelles pratiques d'expertise », *Dr. social* 2002, p. 54
- VERKINDT P.-Y., « Le rôle des instances de représentation du personnel en matière de sécurité », *Dr. social* 2007, p. 697
- VEVERKA F., « Faut-il une réglementation stricte des agences de rating ? », *JCP E* 2009, 1578
- VIALLE P., « Lien de causalité et dommage direct dans la responsabilité administrative », *RDP* 1974, p. 1243
- VIANDIER A., « Sur les limites de l'obligation de révélation des faits délictueux », *JCP CI* 1982, II, 13682
- VIANDIER A., « Le modèle français de relation entre le juge et les autorités de marché », *Bull. Joly Bourse* 1994, p. 249
- VIANDIER A., « Les actions de préférences », *JCP E* 2005, 1440
- VIANDIER A., « L'administrateur indépendant des sociétés cotées », *RJDA* 2008, p. 599
- VIANDIER A., « La réforme des franchissements de seuils et des déclarations d'intention par l'ordonnance n°2009-105 du 30 janvier 2009 », *JCP E* 2009, 1248
- VIDAL D., « La responsabilité civile des dirigeants sociaux », *CDE* 2001, n°3, p. 16
- VIDALENC G., « Société en nom collectif et société civile. Cession de parts. Garanties sur actifs sociaux », *JCP N* 1995, p. 375
- VILMART C., « Naissance de l'autorité de la concurrence : une réforme fondamentale mais inachevée », *JCP E* 2009, 1077
- VILMART C., « Le transfert du contrôle des concentrations à l'Autorité de la concurrence » *Contrats conc. consom*. 2009, alerte 10
- VILMART C., « Le nouveau contrôle judiciaire des enquêtes de concurrence », *JCP E* 2010, 1653
- VINCKEL F., « L'option entre les procédures préventives du nouveau droit des entreprises en difficulté : analyse des risques », *LPA* 12 juin 2006, p. 7
- VINEY G., « L'appréciation du préjudice », *LPA* 19 mai 2005, p. 89
- VINEY G., « La doctrine de la faute dans l'œuvre de Henri, Léon et Jean Mazeaud », *LPA* 31/08/2006, p. 17
- VINEY G., « Quelques propositions de réforme du droit de la responsabilité civile », *D*. 2009, chron., p. 2944
- WEBER C., « La mise en pratique des réformes : le point de vue des administrateurs », intervention au colloque tenu à Lyon, le 1er déc. 2006 « Le gouvernement d'entreprise : cinq années de réformes en droit des sociétés, pour quel avenir », *LPA* 2 août 2007, n°154, p. 19
- WESTER-OUISSE V., « Critique d'une notion imprécise : la faute du dirigeant séparable de ses fonctions », *D. affaires* 1999, p. 782
- WIEDERKEHR G., « La responsabilité de l'Etat et des magistrats du fait de la justice », *in* « La responsabilité des gens de justice, XXIIème colloque des I.E.J., Nantes 9 novembre 1996 », *Justices* 1997, n°5 p. 13
- YVON S., « Les visites mystères de l'AMF : un nouvel outil de contrôle ? », *Bull. Joly bourse* 2011, p. 306
- ZAPATA F., « L'inspection du travail et le juge des référés », *Dr. social* 1975, p. 434

RAPPORTS

- *Travaux de la Commission de réforme du Code de commerce et du droit des sociétés*, vol. 2, LGDJ 1951
- *Rapp. AN*, n°1368, 1964-1965, par M. LE DOUAREC
- *Rapp. AN* n°832, 1981-1982, « Rapport de la commission des affaires sociales de l'Assemblée nationale »
- *Rapp. AN* n° 1526, 1985-1986, par E. PROVOST
- *Rapp. Sénat* n°56, 1985-1986, par COLON

- *La contractualisation du droit des sociétés*, Rapport CCIP 1990
- A. CADBURY, *The Committee on the Financial Aspects of Corporate Governance*, London: Gee and Company 1992 : http://www.ecgi.org/Codes/documents/cadbury.pdf
- *Le conseil d'administration des sociétés cotées*, Rapport AFEP, CNPF, 1995
- *Le rapport MARINI*, La documentation française, 1996
- BESSON E., *Rapp. AN* n°2864, 2000-2001, *sur le projet de loi relatif aux nouvelles régulations économiques*
- BESSON E., *Rapp. AN* n°2327, 2000-2001, *sur le projet de loi relatif aux nouvelles régulations économiques*
- *Rapp. AN* n° 2095, 2004-2005, « Rapport au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur le projet de loi (n° 1596) de sauvegarde des entreprises », par X. DE ROUX
- *Rapp. Sénat* n° 335, 2004-2005 « Rapport fait au nom de la commission des lois sur le projet de loi de sauvegarde des entreprises », par J.-J. HYEST
- AMF, *Rapport sur les agences de notation*, 2004
- AMF, *Rapport sur les agences de notation ; Notation crédit des entreprises*, 2007
- *Rapp. Sénat* n° 558, 2008-2009, « Responsabilité civile : des évolutions nécessaires », par A. ANZIANI et L. BETEILLE
- AMF, *Rapports sur le comité d'audit*, 2010

REPONSES MINISTERIELLES

- Rép. min. à M. Arnaud : *JOAN Q* 15 janv. 1972, p. 106 ; *JCP CI* 1972, II, 10553 ; *Rev. sociétés* 1972, p. 380 ; *RTD com*. 1972, p. 118, note R. HOUIN
- Rép. min. à M. Bénard : *JOAN Q* 15 janv. 1972, p. 105 ; *Rev. sociétés* 1972, p. 552 ; *RTD com.* 1972, p. 118, note R. HOUIN
- Rép. min. à M. Arnaud : *JOAN Q* 6 avril 1972, p. 819 ; *Rev. sociétés* 1972, p. 786 ; *RTD com.* 1972, p. 412
- Rép. min. n° 10295 : *JOAN Q* 18 mai 1974, p. 2111 ; *JCP G* 1974, IV, p. 437 ; *JCP CI* 1974, II, 11549 ; *Rev. sociétés* 1974, p. 578
- Rép. min. à M. Le Douarec, n° 15330 : *JOAN Q* 25 janv. 1975, p. 310 ; *Rev. sociétés* 1975, p. 332
- Rép. min. *JOAN* Q. 8 mai 1975, p. 2498 ; *Rev. sociétés* 1975, p. 543
- Rép. min. Just. à M. Durieux, *dép., JOAN* 31 mars 1977, p. 1396 ; *Bull. Joly Sociétés Sociétés* 1977, p. 269, 2ème rép.
- Rép. min. n° 8732, *JO Sénat Q.* 19 avril 1990, p. 876
- Rép. min. n° 31295, *JOAN Q* 3 déc. 1990, p. 5543
- Rép. min. Justice n° 22983 : *JOAN Q* 20 mars 1995, p. 1547
- Rép. min. n° 39326 : *JOAN Q* 29 juill. 1996, p. 4180
- Rép. min. n° 43987, *JOAN Q* n° 34, 24 août 2004, p. 6685 ; *Bull. Joly Sociétés* 2004, p. 1144 ; *Dr. sociétés* 2004, comm. 220, note TH. BONNEAU

TABLE DE JURISPRUDENCE

JURIDICTIONS CIVILES

ARRETS DE LA COUR DE CASSATION

CHAMBRE DES REQUETES

- Cass. req., 1er juill. 1851 : *D.* 1851, p. 192
- Cass. req., 28 janv. 1908 : *DP* 1909, 1, p. 453
- Cass. req., 21 janv. 1911 : *Bull. crim*. 1911, n° 54
- Cass. req., 26 oct. 1914 : *D.* 1916, 1, p. 53
- Cass. req., 15 déc. 1920 : *S.* 1922, 1, p. 17, note BOURCART
- Cass. req., 22 juin 1926 : *DP* 1927, jurisp. p. 117
- Cass. req., 11 déc. 1929 : *Gaz. Pal.* 1930, 1, p. 300
- Cass. req., 7 janv. 1930 : *DP* 1932, I, 191, note CORDONNIER
- Cass. req., 5 juill. 1933 : *S.* 1935, JP, p. 89, note ROUSSEAU
- Cass. req., 29 oct. 1934 : *DP* 1934 p. 538
- Cass. req. 9 mars 1942 : *JCP* 1942, II, 1930, note D. BASTIAN
- Cass. req., 30 oct. 1945 : *S.* 1947, JP p. 45, note PLAISANT

CHAMBRE CIVILE

- Cass. civ., 27 nov. 1844 : *GAJ. Civ.* 2007, t. 1, n° 79 p. 491 ; *DP* 1845, 1, p. 13 ; *S.* 1844, 1, p. 811
- Cass. civ., 3 mars 1876, *Canal de Craponne : D.* 1876, 1, 193, note GIBOULOT ; *GAJ civ.* 2008, t. 2, n° 165 p. 183
- Cass. civ., 29 juin 1899 : *S.* 1899, 1, p. 409
- Cass. civ., 2 juill. 1901 : *DP* 1903, 1, p. 169
- Cass. civ., 28 févr. 1910 : *Bull. civ.* 1910, n° 30 ; *GAJ civ.* 2008, t. 2, n°192 p. 347 ; *DP* 1913, 1, p. 43 ; *S.* 1911, 1, p. 329, note G. APPERT
- Cass. civ., 26 nov. 1912 : *DP* 1913, 1, p. 377, note THALLER
- Cass. civ., 21 juill. 1920 : *DP* 1921, 1, p. 137
- Cass. civ., 28 janv. 1930 : *Gaz. Pal.* 1930, I, 550, ; *RTD civ.* 1930, p. 369, note R. DEMOGUE
- Cass. civ., 26 novembre 1930 : *S.* 1931, 1, 305, 2ème esp., note LAGARDE
- Cass. civ., 6 mars 1935 : *DH* 1935 p. 265 ; *Journ. sociétés* 1936, p. 614 ; *S.* 1937, I, 249, note ROUSSEAU
- Cass. civ., 4 juin 1946, « Motte » : *JCP G* 1947, II, 3518, note ; *Journ. sociétés* 1946, p. 374, note P. B.
- Cass. civ., 9 mars 1949 : *Bull. civ.* 1949, n° 87 ; *JCP G* 1949, II, 4826 ; *D.* 1949, jurispr. p. 331 ; *S.* 1950, 1, p. 13
- Cass. civ., 3 mai 1954 : *JCP* 1954, II, 8257, note D. BASTIAN
- Cass. civ., 23 nov. 1956 : *Bull. civ.* 1956, n° 407 ; *GAJA* 2011, n° 73 p. 486; *D.* 1957, p. 34, concl. LEMOINE ; *JCP G* 1956, II, 9681, note ESMEIN ; *RDP* 1958, 298, note M. WALINE ; *AJDA* 1957, II, 91, note FOURNIER et BRAIBANT
- Cass. civ., 16 févr. 1966 : *Bull. civ.* 1966, n° 124
- Cass. civ., 17 oct. 1973, n° 72-10576 : *Bull. civ.* 1973, n° 273 ; *D.* 1975, p. 157, note STEINMETZ
- Cass. civ., 9 juill. 1974, n° 73-12282 : *Bull. civ.* 1974, n° 222

1ère CHAMBRE CIVILE

- Cass. 1re civ., 3 oct. 1953 : *Bull. civ.* 1953, n° 224
- Cass. 1re civ., 18 janv. 1977, n° 75-13533 : *Bull. civ.* 1977, n° 29
- Cass. 1re civ., 22 mars 1977, n° 75-11030 : *Bull. civ.* 1977, n° 143
- Cass. 1re civ., 31 mai 1978, n° 76-13667 : *Bull. civ*. 1978, n° 213
- Cass. 1re civ., 19 févr. 1979 : *Bull. Joly Sociétés* 1979, p. 237 - Cass. com., 28 juin 1983 : *Rev. sociétés* 1984, p. 758, note D. RANDOUX
- Cass. 1re civ., 30 janv. 1980, n° 78-14577 : *D.* 1981, inf. rap. p. 34, note BOUSQUET ; *Rev. sociétés* 1982, p. 110, note Y. CHARTIER ; *RTD com.* 1981, p. 91, note ALFANDARI et JEANTIN
- Cass. 1re civ., 6 févr. 1980, n° 78-12513 : *Bull. civ*. 1980, n° 49 ; *Rev. sociétés* 1980, p. 521, note A. VIANDIER ; *RTD com*. 1980, p. 353, note E. ALFANDARI et M. JEANTIN ; *D.* 1981, inf. rap. p. 36, note J.-C. BOUSQUET
- Cass. 1re civ., 19 janv. 1982, n° 80-15745 : *Bull. civ.* 1982, n° 29 ; *D.* 1982, p. 457, note LARROUMET ; *RTD civ.* 1983, p. 144, note DURRY ; *JCP G* 1984, 20215, note CHABAS
- Cass. 1re civ., 17 mai 1982, n° 81-12312 : *Bull. civ.* 1982, n° 176
- Cass. 1re civ., 4 janv. 1983, n° 81-15865 : *Bull. civ.* 1983, n° 1
- Cass. 1re civ., 8 févr. 1983, n° 81-14573 : *Bull. civ.* 1983, n° 51
- Cass. 1re civ., 3 mars 1987, n° 85-13230 : *Bull. civ*. 1987, n° 77 ; *D.* 1987, somm. p. 444, note L. AYNES
- Cass. 1re civ., 17 mars 1987, n° 85-11570 : *Bull. civ.* 1987, n° 94
- Cass. 1re civ., 19 mai 1987, n° 85-16753 : *Bull. CNCC* n° 67, p. 334
- Cass. 1re civ., 15 mars 1988, n° 85-18312 : *Bull. civ*. 1988, n° 75 ; *D*. 1988, somm. p. 273, note L. AYNES ; *Rev. sociétés* 1988, p. 415, note Y. GUYON
- Cass. 1re civ., 20 mars 1989, n° 87-16862 : *Bull. Joly Sociétés* 1989, p. 411, note P. LE CANNU ; *RTD com*. 1990, p. 54, note E. ALFANDARI et M. JEANTIN
- Cass. 1re civ., 28 juin 1989, n° 86-18410 : *Bull. civ*. 1989, n° 265 ; *JCP G* 1989, n° 331
- Cass. 1re civ., 25 oct. 1989, n° 87-16804 : *Bull. civ*. 1989, n° 332
- Cass. 1re civ., 2 déc. 1992, n° 90-16964 : *Bull. civ.* 1994, n° 294 ; *RTD civ.* 1993, p. 824, note J. MESTRE
- Cass. 1re civ., 3 févr. 1993, n° 91-13643
- Cass. 1re civ., 3 mars 1993, *Bull. CNCC* 1994, p. 98, note PH. MERLE ; *LPA* 3 juin 1994, p. 27 note M.-J. COFFY DE BOISDEFFRE
- Cass. 1re civ., 18 mai 1994, n° 93-15771 : *Bull. Joly Sociétés* 1994, p. 841, note C. PRIETO
- Cass. 1re civ., 27 juin 1995, n° 92-19212 : *Bull. civ.* 1995, n° 287 ; *D.* 1995, jurispr. p. 621, note S. PIEDELIEVRE ; *RD bancaire et bourse* 1995, p. 185, note CREDOT et GERARD ; *Quot. jur.* 14 nov. 1995, p. 6 ; *RJDA* 1995, n° 1400 ; *Defrénois* 1995, art. 36210 note MAZEAUD ; *Contrats. conc. cons*. déc. 1995, p. 16, note RAYMOND
- Cass. 1re civ., 10 oct. 1995, n° 93-16869 : *Bull. civ.* 1995, n° 347 ; *D.* 1996, p. 486, note FILLON-DUFOULEUR et somm. p. 116, note DELEBECQUE ; *JCP G* 1996, I, 3914 note BILLIAU et II, 22580, note PLAISANT
- Cass. 1re civ., 12 déc. 1995, n° 93-20417 : *RD bancaire et fin.* 1996, p. 120, note F.-J. CREDOT et Y. GERARD
- Cass. 1re civ., 5 nov. 1996, n° 94-14798 : *Bull. civ.* 1996, n° 378 ; *D.* 1997, p. 403, note S. LAULOM et 1997, somm. p. 289, note P. JOURDAIN ; *JCP G* 1997, II, 22805, note J. RAVANAS et 1997, I, 4025, note G. VINEY
- Cass. 1re civ., 29 mai 1996, n° 94-16505 : inédit
- Cass. 1re civ., 18 févr. 1997, n° 95-14823 : inédit
- Cass. 1re civ., 18 nov. 1997, n° 95-19516 : *Bull. civ.* 1997, n° 317 ; *Resp. civ. et assur.* févr. 1998, p. 13
- Cass. 1re civ., 16 déc. 1997, n° 95-22321 : *Resp. civ. et assur.* 1998, comm. 98 ; *JCP G* 1998, I, 144, note G. VINEY
- Cass. 1re civ., 1er déc. 1998, n° 96-20302 : inédit

- Cass. 1re civ., 1er févr. 2000, n° 97-17827 : *Bull. civ.* 2000, n° 34 ; *JCP E* 2000, 490, note p. BOUTEILLER ; *D.* 2000, somm. p. 479, note J.-C. HALLOUIN ; *Dr. sociétés* 2000, comm. 50, note TH. BONNEAU ; *Rev. sociétés* 2000, p. 301, note Y. GUYON ; *Bull. Joly Sociétés* 2000, p. 502
- Cass. 1re civ., 3 mai 2000, n° 98-11381 : *Bull. civ.* 2000, n° 131 ; *D.* 2002, somm. p. 928, note TOURNAFOND ; *Contrats, conc. consom.* 2000, comm. 140, note L. L. ; *Defrénois* 2000, art. 37237, note D. MAZEAUD et note Ph. DELEBECQUE ; *JCP G* 2001, II, 10510, note JAMIN ; *RTD civ.* 2000, p. 566, note J. MESTRE
- Cass. 1re civ., 20 nov. 2001, n° 99-13985 : *Bull. civ*. 2001, n° 286 ; *JCP G* 2002, p. 1737, note H. MATSOPOULOU ; *JCP E* 2002, 225, note A. VIANDIER ; *Rev. sociétés* 2002, p. 683, note N. REBOUL-MAUPIN
- Cass. 1re civ., 19 mars 2002, n° 00-11907 : *Bull. civ.* 2002, n° 102 ; *AJDI* 2002, p. 869, note H. HEUGAS-DARRASPEN
- Cass. 1re civ., 15 mai 2002, n° 99-19958 : inédit
- Cass. 1re civ., 11 mars 2003, n° 01-12170 : *Bull. civ*. 2003, n° 65 ; *AJF* 2003, p. 189, note S. DEIS-BEAUQUESNE ; *RJPF* mai 2003, p. 28 note J. CASEY ; *RJDA* 2003, n° 895
- Cass. 1re civ., 28 oct. 2003, n° 00-18794 : *Bull. civ.* 2003, n° 219 ; *D.* 2004, p. 233, note PH. DELEBECQUE ; *RTD civ.* 2004, p. 96, note P. JOURDAIN ; *JCP G* 2004, II, 10006, note G. LARDEUX ; *Defrénois* 2004, p. 382, note R. LIBCHABER ; *LPA* 23 déc. 2003, p. 11, note p. ANCEL ; *JDI* 2004, p. 499, obs. G. LEGIER
- Cass. 1re civ., 12 juill. 2005, n° 03-10921 : *Bull. civ.* 2005, n° 327, *D.* 2005, act. jurispr. p. 2276, note X. DELPECH ; *D.* 2005, juripr. p. 3094, note B. PRANCE ; *D.* 2006, pan. p. 167, note D.-R. MARTIN et H. SYNVET ; *JCP E* 2005, 1359, note D. LEGEAIS ; *JCP G* 2005, II, 10140, note A. GOURIO ; *Banque mag.* 2005, n° 673, p. 94, note J.-L. GUILLOT et M. BOCCARA ; *RD bancaire et fin.* 2005, act. 203, note F. CREDOT et Y. GERARD ; *Banque et droit* 2005, n° 104, p. 80, note T. BONNEAU ; *Rev. Lamy dr. civ.* nov. 2005, p. 15, note S. PIEDELIEVRE ; *Dr. et patrimoine* déc. 2005, p. 99, note J.-M. MATTOUT et A. PRÜM ; *Dr. et patrimoine* févr. 2006, p. 123, note L. AYNES et p. DUPICHOT ; *RTD com.* 2005, p. 829, note D. LEGEAIS
- Cass. 1re civ., 2 nov. 2005, n° 03-10909 : *Bull. civ.* 2005, n° 400 ; *RDC* 2006, p. 826, note S. CARVAL ; *Banque et droit* 2006, n° 106, p. 66, note TH. BONNEAU ; *JCP E* 2006, 1850, note SALGUEIRO ; *D.* 2006, p. 62, note V. AVENA-ROBARDET
- Cass. 1re civ., 17 mai 2007, n° 06-12317 : *Dr. sociétés* 2007, comm. 151, note R. MORTIER
- Cass. 1re civ., 8 nov. 2007, n° 04-17893 : *Bull. civ.* 2007, n° 345 ; *Dr. sociétés* 2008, comm. 26, note R. MORTIER : *RTD com.* 2008, p. 141, note M.-H. MONSERIE-BON et p. 167 note D. LEGEAIS ; *Banque et droit* 2008, n° 117, p. 56 note M. STORCK ; *RD bancaire et fin.* 2008, étude 1, note A. CERLES ; *RJDA* 2008, n° 137
- Cass. 1re civ., 22 janv. 2009, n° 07-19867 : *Banque et droit* 2009 n° 125, p. 24, note TH. BONNEAU ; *JCP G* 2009, Il, 10055, note DUPONT
- Cass. 1re civ., 5 mars 2009, n° 08-11374 : *Bull. civ.* 2009, n° 43 ; *RDC* 2009, p. 1032, note O. DESHAYES ; *Bull. Joly Sociétés* 2009, p. 682, note TH. GRANIER
- Cass. 1re civ., 30 avril 2009, n° 07-18334 : *JCP E* 2009, 1583, note D. LEGEAIS ; *Banque et droit* 2009, n° 126, p. 20, note TH. BONNEAU ; *RD bancaire et fin.* juill. 2009, p. 44, note F.-J. CREDOT, TH. SAMIN et X. LAGARDE ; *RTD com.* 2009, p. 604, note D. LEGEAIS ; *Dr. et patrimoine* déc. 2009, p. 97, note L. AYNES
- Cass. 1re civ., 24 sept. 2009, n° 08-16345 : *LPA* 19 févr. 2010, p. 11, note Y. DAGORNE-LABBE ; *Banque et droit* 2009, n° 128, p. 38, note TH. BONNEAU ; *RD bancaire et fin.* nov. 2009, p. 56, note D. LEGEAIS et A. CERLES ; *Resp. civ. et assur.* 2009, comm. 360
- Cass. 1re civ., 25 mars 2010, n° 08-13060 : *RDC* 2010 p. 811, note D. MAZAUD ; *Bull. Joly Sociétés* 2010, p. 707, note J.-J. DAIGRE
- Cass. 1re civ., 1er déc. 2010, n° 09-13303 : *Bull. civ.* 2010, n° 248 ; *D.* 2011, p. 423, note F.-X. LICARI ; *JCP G* 2011, II, 435, note PH. STOFFEL-MUNCK ; *Resp. civ. et assur.* 2005, étude 5, note V. WESTER-OUISSE ; *RTD civ.* 2011, p. 124, note B. FAGES et p. 317, note P. REMY CORLAY ; *RDC* 2011, p. 459, note S. CARVAL
- Cass. 1re civ., 3 févr. 2011, n° 10-30093 : *Bull. Joly Sociétés 2*011, p.400, note B. DONDERO ; *Dr. sociétés* 2001, comm. n° 66, note H. HOVASSE ; *JCP E* 2011, 1194, note M.-L. COQUELET
- Cass. 1re civ., 9 févr. 2012, n° 09-69594 : *Dr. sociétés* 2012, comm. 63, note D. GALLOIS-COCHET ; *Resp. civ. et assur.* 2012, comm. 138

- Cass. 1re civ., 31 mars 2011, n° 09-17135 : *Bull. civ.* 2011, I ; *D.* 2011, act. jurispr. p. 1075, note I. GALLMEISTER ; *Resp. civ. et assur.* 2011, comm. 188, note C. RADE ; *RTD civ.* 2011, p. 553, note P. JOURDAIN

2e CHAMBRE CIVILE

- Cass. 2e civ., 28 oct. 1954, n° : *Bull. civ.* 1954, n° 328 ; *JCP G* 1955, II, 8765 ; *RTD civ.* 1955, p. 324, note H. et L. MAZEAUD
- Cass. 2e civ., 17 févr. 1955, n° 55-02810 : *Bull. civ.* 1955, n° 100 ; D. 1956, p. 17 note p. ESMEIN ; *JCP G* 1955, II, 8951, note R. RODIERE ; *GAJ civ.* 2008, t. 2, n° 182 p. 286
- Cass. 2e civ., 7 juin 1962 : *D.* 1962, p. 721, note R. SAVATIER
- Cass. 2e civ., 25 nov. 1965 : *Gaz. Pal.* 1966, 1, 100 ; *RTD civ.* 1966, p. 295, note R. RODIERE
- Cass. 2e civ., 17 juill. 1967 : *Bull. civ*. 1967, n° 261 ; *Gaz. Pal.* 1967, 2, 235 ; *RTD civ.* 1968, p. 149, note DURRY
- Cass. 2e civ., 17 juill. 1976, n°75-10409 : *Bull. civ*. II, n° 251
- Cass. 2e civ., 27 avril 1977, n° 75-14761 : *Bull. civ.* 1977, n° 108 ; *D.* 1977, inf. rap. p. 442, note LARROUMET
- Cass. 2e civ., 22 févr. 1984, n° 82-17061 : *Bull. civ.* 1984, n° 34 ; *D.* 1985, p. 19, note AGOSTINI ; *RTD civ.* 1985, p. 399, note J. HUET
- Cass. 2e civ., 23 oct. 1985, n° 83-12007 : *Bull. civ.* 1985, n° 159 ; *Rev. société* 1986, p. 408, note B. BOULOC
- Cass. 2e civ., 8 oct. 1986, n° 85-14201 : *Bull. civ.* 1986, n° 146 ; *Gaz. Pal.* 1987, 2, somm. p. 337, note S. GUINCHARD et T. MOUSSA
- Cass. 2e civ., 19 nov. 1986, n° 84-16379 : *Bull. civ.* 1986, n° 172
- Cass. 2e civ., 12 nov. 1987, n° 85-11008 : *Gaz. Pal.* 1988, pan. p. 31
- Cass. 2e civ., 19 févr. 1992, n° 90-21072 : *Bull. civ.* 1992, n° 60 ; *Resp. civ. et assur.* 1992, comm. 178 ; *D.* 1993, somm. 37, note A. ROBERT
- Cass. 2e civ., 20 juill. 1993, n° 92-11209 : *Bull. civ.* 1993, n° 272 ; *Resp. civ. et assur.* déc. 1993, p. 9
- Cass. 2e civ., 28 juin 1995, n° 93-12681 : *Bull. civ.* 1995, n° 222 ; *Resp.. civ. et assur.* 1995, comm. 327 ; *RD imm.* 1996, p. 175, note J.-L. BERGEL ; *D.* 1996, somm. p. 59, note A. ROBERT ; *RTD civ.* 1996, p. 179, note P. JOURDAIN ; *Defrénois* 1995, art. 36210, p. 1412, obs. J.-L. AUBERT
- Cass. 2e civ., 8 juill. 1998, n° 96-22299 : *Bull. civ.* 1998, n° 240
- Cass. 2e civ., 7 avr. 2001, n° 10-17221, *Resp. civ. et assur.* 2011, comm 269
- Cass. 2e civ., 27 sept. 2001, n° 00-10208 : *Bull. civ.* 2001, n° 148 ; *D*. 2002, inf. rap. p. 2948
- Cass. 2e civ., 6 juin 2002, n° 00-17733 : *RD imm*. 2003, p.46
- Cass. 2e civ., 4 juill. 2002, n° 02-01276 : *Bull. civ.* 2002, n° 157 ; *Dr. sociétés* 2003, comm. 91, note J.-P. LEGROS
- Cass. 2e civ., 9 nov. 2004, n° 01-17908 : *Bull. civ.* 2004, n° 262 ; *D.* 2005, p. 253, note F. CHABAS ; *RTD civ.* 2005, p. 143, note P. JOURDAIN ; *JCP G* 2005, II, 10020, rapport DUVAL-ARNOUD et note PORCHY-SIMON ; *JCP G* 2005, I, 132, note G. VINEY
- Cass. 2e civ., 13 juillet 2005, n° 02-15904 : *Bull. civ*. 2005, n° 194 ; *D*. 2005, p. 2952, note J.-C. HALLOUIN et E. LAMAZEROLLES, et p. 3054, note T. CLAY
- Cass. 2e civ., 8 févr. 2006, n° 05-16031 : *Bull. civ.* II, n° 40 ; *Resp. civ. et assur.* avr. 2006, p. 5, note H. GROUTEL
- Cass. 2e civ., 14 sept. 2006, n° 05-16266 : *Bull. civ*. 2006, n° 228 ; *Dr. sociétés* 2006, comm. 175, note H. LECUYER
- Cass. 2e civ., 20 mars 2008, n° 07-10378 : *Banque et droit* 2008, n° 120, p. 17, note TH. BONNEAU
- Cass. 2e civ., 11 sept. 2008, n° 07-20857 : *Bull. civ.* 2008, n° 191 ; *Dr. sociétés* 2008, comm. 230, note J. MONNET ; *RDC* 2009 p. 77, note O. DESHAYES
- Cass. 2e civ., 2 oct. 2008, n° 07-15276 et 07-16018 : *Bull. civ.* 2008, n° 201 et 202 ; *Banque et droit* 2008 n° 122, p. 22, note TH. BONNEAU ; *JCP E* 2008, 2425, note D. LEGEAIS
- Cass. 2e civ., 6 nov. 2008, n° 07-17398 : *Bull. civ.* 2008, n° 234

- Cass. 2e civ., 2 déc. 2008, n° 08-13185 : *Dr. sociétés* 2009, comm. 46, note M.-L. COQUELET ; *JCP E* 2009, 1450, note A. RABREAU *; D.* 2009, p. 12 note A. LIENHARD et p. 780, note B. DONDERO ; *Rev. sociétés* 2009, p. 83, note P. LE CANNU ; *Bull. Joly Sociétés* 2009, p. 116, note TH. REVET ; *RTD civ.* 2009, p. 137, note TH. REVET ; *RTD com.* 2009, p. 167, note M.-H. MONSERIE-BON
- Cass. 2e civ., 3 sept. 2009, n° 08-13952 : *Banque et droit* 2009, n° 128, p. 39 note TH. BONNEAU – Cass. com. 22 sept. 2009, n° 08-18141 : *Banque et droit* 2009, n° 128, p. 39 note TH. BONNEAU
- Cass. 2e civ., 9 juill. 2009, n° 08-16053 : inédit
- Cass. 2e civ., 13 janv. 2011, n° 10-30009 : *Banque et droit* 2011, n° 136, p. 27, note TH. BONNEAU
- Cass. 2e civ., 12 mai 2011, n° 10-20590 : *Bull. civ.* 2011, II ; *D.* 2011, p. 1938, note O. GOUT ; *Resp. civ. et assur*. 2011, comm. 243, note C. RADE

3e CHAMBRE CIVILE

- Cass. 3e civ., 17 juillet 1968 : *Bull. civ*. 1968, n° 347 ; *JCP* 1969, II, 15932, note R. PRIEUR
- Cass. 3e civ., 19 févr. 1970, n° 68-13866 : *Bull. civ*. 1970, n° 123
- Cass. 3e civ., 18 juin 1970, n° 68-13614 : *Bull. civ.* 1970, n° 429
- Cass. 3e civ., 29 févr. 1972, n° 71-10083 : *Bull. civ.* 1972, n° 135 ; *JCP G* 1972, II, 17192
- Cass. 3e civ., 2 juill. 1974, n° 73-11364 : *Bull. civ*. 1974, n° 277 ; *D.* 1974, inf. rap. p. 224
- Cass. 3e civ., 27 oct. 1975, n° 74-11656 : *Bull. civ.* 1975, n° 310
- Cass. 3e civ., 15 févr. 1978, n° 76-12417 : *Bull. civ*. 1978, n° 82 ; *D.* 1978, inf. rap. p. 416, note M. VASSEUR
- Cass. 3e civ., 11 mai 1982 : *Rev. loyers* 1983, p. 156, note BERTHAULT
- Cass. 3e civ., 24 oct. 1990, n° 88-19383 : *Bull. civ.* 1990, n° 205
- Cass. 3e civ., 26 juin 1991, n° 89-18242 : *Bull. civ.* 1991, n° 198 ; *D.* 1991, inf. rap. p. 208 ; *RTD civ.* 1993, p. 168, note ZENATI
- Cass. 3e civ., 23 nov. 1993, n° 92-12514 : inédit
- Cass. 3e civ., 26 juin 1996, n° 93-21820 : *Resp. civ. et assur.* 1996, comm. 318 ; *RJDA* 1996, n° 1244
- Cass. 3e civ., 11 févr. 1998, n° 96-10257 : *Bull. civ.* 1998, n° 34 ; *D.* 1999, p. 529, note S. BEAUGENDRE
- Cass. 3e civ., 21 oct. 1998, n° 96-16537 : *Bull. civ.* 1998, n° 203 ; *JCP G.* II, 10015, note Y. GUYON ; *Bull. Joly Sociétés* 1999, p. 107, note L. GROSCLAUDE ; *Dr. sociétés* 1999, comm. 2, note T. BONNEAU
- Cass. 3e civ., 11 mai 2000, n° 98-18249 : *Bull. civ.* 2000, n° 106 ; *D.* 2001, somm. p. 2231, obs. P. JOURDAIN
- Cass. 3e civ., 15 nov. 2000, n° 99-11203 : *Bull. civ.* 2000, n° 171 ; *Contrats, conc. consom*. 2001, comm. 23, note L. LEVENEUR ; *Defrénois* 2001, 242, note E. SAVAUX ; *RTD civ.* 2001, p. 355, note J. MESTRE et B. FAGES
- Cass. 3e civ., 21 nov. 2000, n° 99-11984 : *RJDA* 2001, n° 321
- Cass. 3e civ., 24 janv. 2001, n° 99-12841 : *Bull. civ.* 2001, n° 10 ; *JCP G* 2001, II, 10496, note F.-X. LUCAS ; *Dr. et patrimoine* juill. 2001, p. 112, note D. PORACCHIA ; *Dr. sociétés* 2001, comm. 76, note TH. BONNEAU ; *Bull. Joly Sociétés 2*001, p. 529, note F.-X. LUCAS
- Cass. 3e civ., 27 févr. 2001, n° 99-16238 : *Dr. et patrimoine* juill.-août 2001, p. 113, note D. PORACCHIA
- Cass. 3e civ., 21 mars 2001, n° 99-10913 : *Bull. civ.* 2001, n° 38 ; *Dr. et patrimoine* nov. 2001, p. 105, note F. MACORIG-VENIER ; *JCP G* 2001, p. 1987, note H. PERINET-MARQUET
- Cass. 3e civ., 27 juin 2001, n° 99-18883 : *AJDI* 2002, p. 787, note H. HEUGAS-DARRASPEN
- Cass. 3e civ., 2 oct. 2001, n° 00-12347 : *Bull. Joly Sociétés 2*002, p. 265, note F.-X. LUCAS
- Cass. 3e civ., 24 sept. 2003, n° 02-13039 : *JCP E* 2004, 29, note J.-J. CAUSSAIN, FL. DEBOISSY et G. WICKER ; *Dr. sociétés* 2004, comm. 23, note F.-X. LUCAS
- Cass. 3e civ., 3 déc. 2003, n° 02-18033 : *Bull. civ.* 2003, n° 221 ; *RTD civ.* 2004, p. 295, note P. JOURDAIN ; *JCP G* 2003, p. 1627, note G. VINEY ; *Resp. civ. et assur.* mai 2004, p. 18, note H. GROUTEL ; *RDC* 2004, p. 359, note J.-B. SEUBE ; *RDC* 2004, p. 280, note PH. STOFFEL-MUNCK ; *Contrats conc. consom*. mars 2004, p. 15, note L. LEVENEUR
- Cass. 3e civ., 10 déc. 2003, n° 02-14350 : *RD imm.* 2003, p. 168, obs. F.-G. TREBULLE

- Cass. 3e civ., 25 févr. 2004, n° 01-11764 : *Bull. civ.* 2004, n° 38 ; *Bull. Joly Sociétés* 2004, p. 666, note J.-PH. DOM ; *Rev. sociétés* 2004, p. 419, note J.-F. BARBIERI ; *Dr. sociétés* 2004, comm. 96, note F.-G. TREBULLE ; *RTD civ.* 2004, p. 747, note P.-Y. GAUTIER
- Cass. 3e civ., 9 juin 2004, n° 02-19640 : inédit
- Cass. 3e civ., 17 nov. 2004, n° 03-10308 : *Bull. civ.* 2004, n° 205, *Dr. sociétés* 2005, comm. 42, note F.-G. TREBULLE ; *Rev. sociétés* 2005, p. 690, note P.-M. LE CORRE ; *Bull. Joly Sociétés* 2005, p. 362, note F.-X. LUCAS
- Cass. 3e civ., 14 septembre 2005, n° 04-10856 : *Bull. civ.* 2005, n° 166 *D.* 2006, p. 761, note D. MAZEAUD ; *Contrats, conc. consom.* 2006 comm. 1, note L. LEVENEUR
- Cass. 3e civ., 25 oct. 2006, n° 05-15393 : *Bull. civ.* 2006, n° 210 ; *Bull. Joly Sociétés* 2007, p. 274, note F.-X. LUCAS ; *D.* 2006, p. 2792, note A. LIENHARD ; *Dr. sociétés* 2007, comm. 41, note H. LECUYER ; *RJDA* 2007, n° 360
- Cass. 3e civ., 17 janv. 2007, n° 06-10442 : *Bull. civ.* 2007, n° 5 ; *Contrats, conc. consom*. 2007, comm. 117, note L. LEVENEUR ; *D.* 2007, p. 1051, notes D. MAZEAUD et P. STOFFEL-MUNCK, et p. 2969, note S. AMRANI-MEKKI ; *Defrénois* 2007, 443, note E. SAVAUX ; *JCP G* 2007, II, 10042, note C. JAMIN ; *RDC* 2007, p. 703, note Y.-M. LAITHIER ; *RTD civ.* 2007, p. 335, note J. MESTRE et B. FAGES
- Cass. 3e civ., 3 mai 2007, n° 05-18486 : *Bull. civ.* 2007, n° 70 ; *Dr. sociétés* 2007, comm. 127, note H. LECUYER ; *JCP G* 2007, IV, 2142 ; *D.* 2007, p. 1435 ; *Bull. Joly Sociétés* 2007, p. 1057, note B. SAINTOURENS
- Cass. 3e civ., 9 avril 2008, n° 07-10795 : *Bull. civ.* 2008, n° 70
- Cass. 3e civ., 18 juin 2008, n° 07-12977 : *Bull. civ.* 2008, n° 106
- Cass. 3e civ., 4 juin 2009, n° 08-13239 : *Bull. civ.* 2009, n° 130
- Cass. 3e civ., 8 sept. 2009, n° 08-17336 : *Bull. civ.* 2009, n° 179
- Cass. 3e civ., 22 sept. 2009, n° 08-18785 : *Bull. Joly Sociétés* 2010, p. 50, note D. PORACCHIA ; *Dr. sociétés* 2010, comm. 1, note M.-L. COQUELET ; *RTD com*. 2009, p. 750, note C. CHAMPAUD et D. DANET
- Cass. 3e civ., 8 juin 2010, n° 09-66802 : *Bull. Joly Sociétés* 2011, p. 17, note M.-L. Coquelet
- Cass. 3e civ., 16 mars 2011, n° 10-15459 : *Bull. civ.* 2011, III ; *Bull. Joly Sociétés* 2011, p. 471, note F.-X. LUCAS ; *LPA* 7 juill. 2011, p. 19, note Y. TCHOTOURIAN ; *Banque et droit* 2011, n° 138, p. 41, note Q. URBAN
- Cass. 3e civ., 30 nov. 2011, n° 09-70345 : *Bull. civ.* 2011

CHAMBRE COMMERCIALE

- Cass. com., 10 mai 1948 : *D.* 1948, p. 407 ; *S.* 1950, 1, 77, note R. PLAISANT
- Cass. com. 7 mars 1956 : *JCP G* 1956, II, 9356, note D. B. ; *RTD com.* 1956, p. 458, note J. RAULT
- Cass. com., 26 nov. 1956 : *Bull. civ.* 1956, n° 304 ; *RTD com.* 1957, p. 402, note J. RAULT
- Cass. com., 9 déc. 1957 : *Bull.* civ. 1957, n° 338
- Cass. com., 10 mai 1960 : *Bull. civ.* 1960, n° 166 ; *RTD com.* 1961, p. 147, note HOUIN
- Cass. com., 30 janv. 1961 : *D.* 1961, jurispr. p. 292 ; *Rev. sociétés* 1961, p. 180 ; *RTD com.* 1961, p. 384, note R. HOUIN
- Cass. com., 18 avr. 1961 : *Bull. civ.* 1961, n° 168 ; *JCP G* 1961, II, 12164
- Cass. com., 18 avril 1961 : *Bull. civ.*, 1961, n° 175 ; *Gaz. Pal.* 1961, 2, jurispr. p. 15 ; *S.* 1961, p. 257, note DALSACE ; *D.* 1961, JP p. 661 ; *JCP G* 1961, II, 12164, note D.B. ; *RTD com.* 1961, p. 634, note R. HOUIN ; *Rev. sociétés* 1961, p. 403 ; *Journ. sociétés* 1962, p. 193
- Cass. com., 28 nov. 1961 : *Bull. civ.* 1961, n° 446 ; *JCP G* 1962, II, 12504, note J. R. ; *RTD com.* 1962, p. 425, note RODIERE
- Cass. com., 6 févr. 1962 : *Bull. civ.* 1962, n° 80
- Cass. com. 7 oct. 1963 : *Bull. civ.* 1963 n° 394
- Cass. com., 16 oct. 1963 : *Bull. civ.* 1963, n° 422
- Cass. com., 15 janv. 1964 : *Bull. civ.* 1964, n° 29
- Cass. com., 10 févr. 1965, n° 63-10292 : *Bull. civ*. 1965, n° 104
- Cass. com., 23 mars 1965, n° 61-10706 : *Bull. civ*. 1965, n° 228

- Cass. com., 24 mars 1965, n° 62-13319 : *Bull.* civ. 1965, n° 231
- Cass. soc., 13 mai 1965, n° 64-11880 : *Bull. civ.* 1965, n° 387 ; *RTD com.* 1965, p. 898, note HOUIN
- Cass. com., 25 mai 1965, n° 60-13516 : *Bull. civ.* 1965, n° 333 ; *Banque* 1966, p. 209, note MARIN
- Cass. com. 11 juin 1965, n° 63-10240 : *Bull. civ*. 1965, n° 361 ; *D.* 1965, p. 782
- Cas. com., 11 oct. 1965 : *Bull. civ.* 1965, n° 487 ; *Banque* 1966, p. 209, note MARIN
- Cass. com., 7 févr. 1966 : *Bull. civ.* 1966, n° 77 ; *RTD com.* 1966, p. 951, note HOUIN
- Cass. com., 29 mai 1967 : *Bull. civ.* 1967, n° 209
- Cass. com., 23 oct. 1967 : *Bull. civ.* 1967, n° 336
- Cass. com., 17 janv. 1968 : *Bull. civ.* 1968, n° 27
- Cass. com., 12 févr. 1968 : *Bull. civ.* 1968, n° 68
- Cass. com., 4 mars 1969 : *Bull. civ.* 1969, n° 81
- Cass. com., 23 avril 1969 : *Bull. civ.* 1969, n° 135 ; *D*. 1969, somm. p. 110 ; *RTD com.* 1969, p. 1022, note HOUIN ; *Rev. sociétés* 1970, p. 115, note M. A.
- Cass. com., 27 oct. 1969 : *Bull. civ*. 1969, n° 314 ; *RTD com*. 1970, p. 423, note R. HOUIN
- Cass. com., 21 janv. 1970 n° 68-11085 : *Bull. civ.* 1970, n° 28 ; *JCP G* 1970, II, 16541, note B. OPPETIT ; *RTD com*. 1970, p. 738, note R. HOUIN ; *Rev. sociétés* 1970, p. 292, note J.G.
- Cass. com., 26 janv. 1970 n° 67-14787 : *Bull. civ*. 1970, n° 30 ; *Rev. société* 1970, p. 477, note G.-J. ; *D*. 1970, p. 643 note J. GUYENOT ; *JCP E* 1970, II, 16385 note Y. GUYON
- Cass. com., 16 mars 1970, n° 68-13867 : *Bull. civ.* 1970, n° 101
- Cass. com., 13 mai 1970, n° 69-10934 : *Bull. civ*. 1970, n° 161 ; *JCP G* 1971, II, 16891, note I. SAYAG ; *D.* 1970, jurispr. p. 701, note J. GUYENOT
- Cass. com., 27 oct. 1970 : *JCP G* 1971, II, 16689, note P. L.
- Cass. com., 15 mars 1971, n° 68-13137 : *Bull. civ.* 1971, n° 81
- Cass. com., 23 mars 1971, n° 70-11674 : *Bull. civ.* 1971, n° 90
- Cass. com., 23 mars 1971, n° 70-10308 : *Bull. civ.* 1971, n° 91
- Cass. com., 27 avril 1971, n° 70-10752 et 70-10753 : *Bull. civ.* 1971, n° 107, p. 99 ; *D.* 1972, p. 353, note J. GHESTIN ; *JCP* 1972, II, 16975, note J. BORE
- Cass. com., 11 oct. 1971, n° 69-13694 : *Bull. civ.* 1971, n° 235
- Cass. com., 5 nov. 1971, n° 69-14706 : *Bull. civ.* 1971, n° 261 ; *D.* 1972, somm. p. 105 ; *Rev. sociétés* 1972, p. 479, note J. H ; *RTD com.* 1972, p. 404
- Cass. com., 10 janv. 1972 : *JCP G* 1972, II, 17134, note GUYON ; *Rev. sociétés* 1973, p. 118, note COUDERT
- Cass. com., 29 mai 1972, n° 71-11739 : *Bull. civ.* 1972, n° 164 ; *JCP G* 1973, II, 17337, note Y. GUYON ; *RTD com.* 1972, p. 930, note R. HOUIN
- Cass. com., 26 juin 1972, n° 71-10591 : *Bull. civ.* 1972, n° 205
- Cass. com., 16 oct. 1972, n° 70-13691 : *Bull. civ.* 1972, n° 251 ; *JCP G* 1973, II, 17532, note N. BERNARD
- Cass. com., 8 janv. 1973 : *RTD com.* 1973, p. 586, note R. HOUIN
- Cass. com., 28 mai 1973, n° 72-12087 : *Bull. civ.* 1973, n° 187
- Cass. com., 8 nov. 1973 : *D.* 1974, inf. rap. p. 32
- Cass. com., 12 mars 1974 : *Gaz. Pal.* 1974, 1, 662, note A.P.S.
- Cass. com. 25 mars 1974, n° 73-10650 : *Bull. civ.* 1974, n° 107 ; *Rev. soc*. 1975, p. 98, note HEMARD ; *JCP* 1974, II, 17853, note CHARTIER
- Cass. com., 7 oct. 1974, n° 73-13067 : *JCP G* 1975, II, 18129, note J. GRUA ; *RTD com*. 1976, p. 544, note R. HOUIN
- Cass. com., 21 oct. 1974, n° 73-12937 : *Bull. civ.* 1974, n° 257 ; *Rev. sociétés* 1975, p. 113, note B. BOULOC
- Cass. com., 17 déc. 1974 : *Rev. sociétés* 1975, p. 463, note J. H.
- Cass. com., 3 nov. 1975, n° 74-12441 : *Bull. civ*. IV, n° 252
- Cass. com. 7 janv. 1976, n° 72-14029 : *Bull. civ*. 1976, n° 6 ; *D.* 1976, p. 277, note F. DERRIDA et J.-P. SORTAIS ; *JCP G* 1976, II, 18327, note C. GAVALDA et J. STOUFFLET ; *Gaz. Pal.* 1976, 1, 412, note B. BOULOC ; *Rev. sociétés* 1976, p. 126, note A. HONORAT ; *RJ com*. 1976, p. 401, note A. BRUNET ; *RTD com*. 1976, p. 171, note M. CABRILLAC et J.-L. RIVES- LANGE

- Cass. com., 22 avril 1976 : *Rev. sociétés* 1976, p. 479, note D. SCHMIDT
- Cass. com., 17 mai 1976, n° 74-12587 : *Bull. civ.* 1976, n° 166
- Cass. com., 19 juill. 1976 : *JCP G* 1976, II, 18507, note R.D.M.
- Cass. com., 20 juill. 1976, n° 74-11283 : *Bull. civ.* 1976, n° 240 ; *Rev. sociétés* 1977, p. 75, note ATIAS
- Cass. com., 25 juin 1977, n° 76-13644 : *Bull. civ.* 1977, n° 23
- Cass. com., 6 déc. 1977, n° 76-11061 : *Bull. civ.* 1977, n° 291 ; *Rev. sociétés* 1979, p. 373, note D. SCHMIDT
- Cass. com., 24 oct. 1978, n° 76-13392 : *Bull. civ.* 1978, n° 239
- Cass. com., 15 nov. 1978, n° 77-11131 : *Bull. civ*. 1978, n° 265
- Cass. com., 28 nov. 1978, n° 77-12609 : *Bull. civ.* 1978, n° 284 ; *D*. 1980, p. 316, note BOUSQUET
- Cass. com., 6 févr. 1979, n° 77-13264 : *Bull. civ.* 1979, n° 53 ; *Dr. sociétés* 1979, comm. n° 97 ; *Bull. Joly Sociétés* 1979, p. 225 ; *Rev. sociétés* 1979, p. 539, note J.-G.
- Cass. com., 15 janv. 1980, n° 78-11691 : *Bull. civ.* 1980, n° 18 ; *D.* 1980, inf. rap. p. 433, note VASSEUR ; *RTD com.* 1980, p. 123, note CABRILLAC et RIVES-LANGE ; *JCP G* 1981, I, 3048, n° 25, par C. GAVALDA et J. STOUFFLET
- Cass. com., 4 févr. 1980, n° 78-13760 : *Bull. civ*. 1980, n° 55
- Cass. com., 11 févr. 1980, n° 78-12626 : *Bull. civ.* 1980, n° 66
- Cass. com., 6 mai 1980, n° 78-15775 : *Bull. civ.* 1980, n° 175
- Cass. com., 6 oct. 1980, n° 77-15264 : *D.* 1983, p. 133, note B. SOINNE ; *JCP G* 1982, II, 19891, note G. NOTTE
- Cass. com., 26 janv. 1981 : *Rev. sociétés* 1981, p. 606, note SIBON
- Cass. com., 3 févr. 1981, n° 78-12035 : *Bull. civ.* 1981, n° 60 ; *D.* 1981, jurispr. p. 377, note F. DERRIDA ; *JCP CI* 1981, I, 9180, n° 19, note M. CABRILLAC et ARGENSON
- Cass. com. 1er avril 1981, n° 79-15815 : *Bull. civ.* 1981, n° 175
- Cass. com., 18 mai 1981, n° 79-16952 : *Bull. civ*. 1981, n° 240, p. 189
- Cass. com., 16 juill. 1981, n° 80-12722 : *Bull. civ.* 1981, n° 318
- Cass. com., 6 oct. 1981, n° 77-15264 : *Dr. sociétés* 1983, 133, note B. SOINNE ; *JCP* 1982, II, 19891, note NOTTE
- Cass. com., 2 févr. 1982, n° 80-14773 : *Bull. civ.* 1982, n° 40
- Cass. com., 3 févr. 1982, n° 80-10832 : *Bull. civ*. 1982, n° 46 ; *Rev. soc.* 1982, p. 568, note J. HONORAT ; *RTD com.* 1982, p. 460, note MERLE ; *JCP CI* 1982, I, 11025, note CABRILLAC et VIVANT
- Cass. com., 15 févr. 1982, n° 78-16102 : *Bull. civ*. 1982, n° 57
- Cass. com., 8 mars 1982, n° 79-10412 : *Bull. civ*. 1982, n° 92 ; *Rev. sociétés* 1983, p. 573, note Y. GUYON
- Cass. com., 22 mars 1982, n° 81-11072 : *Bull. civ.* 1982, n° 114
- Cass. com., 4 mai 1982, n° 80-11460 : *Bull. civ*. 1982, n° 150 ; *Rev. sociétés* 1983, p. 573, 2ème esp., note Y. GUYON
- Cass. com., 11 mai 1982, n° 81-10923 : *Bull. civ.* 1982, n° 178 ; *JCP G* 1982, IV, 256
- Cass. com., 18 mai 1982, n° 80-12209 : *Rev. sociétés* 1982, p. 804, note P. LE CANNU
- Cass. com., 28 juin 1982, n° 81-10128 : *Bull. civ.* 1982*, n°* 254
- Cass. com., 30 nov. 1982, n° 81-11978 : *Bull. civ.* 1982, n° 383 ; *CDE* 1983, n° 2, p. 25, note D. FERRIER
- Cass. com., 30 nov. 1982, n° 81-14507 : *Bull. civ.* 1982, n° 384 ; *JCP G* 1983, IV, 54
- Cass. com., 7 déc. 1982, n° 81-11504 : *Bull. civ.* 1982, n° 403 ; *JCP G* 1982, IV, 69 ; *Rev. sociétés* 1984, p. 54, note D. RANDOUX ; *RTD civ.* 1983, p. 536, note DURRY
- Cass. com., 11 janv. 1983, n° 81-14155 : *Bull. civ.* 1983, n° 11 ; *D.* 1984, inf. rap. p. 79 ; obs. VASSEUR ; *RTD com*. 1983, p. 592, note CABRILLAC et TEYSSIE - Cass. 2e civ., 5 mai 1975, n° 73-12166 : *Bull. civ.* 1975, n° 130
- Cass. com., 15 févr. 1983, n° 80-11968 : *Bull. civ.* 1983, n° 66
- Cass. com. 26 mai 1983, n° 81-15289 : *Bull. civ.* 1983, n° 153 ; *Bull. CNCC* 1984, p. 215
- Cass. com., 31 mai 1983, n° 81-15304 : *Bull. civ.* 1983, n° 164 ; *Rev. sociétés* 1983, p. 800, note CHARTIER
- Cass. com., 21 juill. 1983, n° 82-10962 : *Bull. civ.* 1983, n°235 ; *Rev. société* 1984, p. 321, note B. BOULOC
- Cass. com., 20 mars 1984 : *BRDA* 1984, n°11, p. 10

- Cass. com., 3 juill. 1984, n° 82-15721 : *Bull. civ*. 1984, n° 210 ; *Bull. Joly Sociétés* 1984, p. 881 ; *Rev. sociétés* 1985, p. 628, note P. DIDIER
- Cass. com., 17 juill. 1984, n° 83-12925 : *Bull. civ.* 1984, n° 240 ; *Rev. soc.* 1984, p. 791, note J. G
- Cass. com., 4 oct. 1984, n° 82-11114 : *Bull. civ*. 1984, n° 46 ; *Bull. Joly Sociétés* 1984, p. 641 ; *RTD com*. 1984, p. 685, note E. ALFANDARI et M. JEANTIN
- Cass. com., 17 oct. 1984, n° 83-12414 : *Bull. civ.* 1984, n° 269 ; *JCP* 1985, II, 20458, note A. VIANDIER ; *Rev. sociétés* 1985, p. 845, note D. VIDAL ; *Bull. CNCC* n° 57, p. 109, note E. DU PONTAVICE
- Cass. com., 5 févr. 1985, n° 82-15119 : *Bull. civ.* 1985, n° 44 ; *JCP E* 1985, 14534, note A. VIANDIER ; *JCP G* 1985, II, 20492, note A. VIANDIER
- Cass. com., 18 juin 1985, n° 84-13052 : *Bull. civ*. 1985, n° 191, *Gaz. Pal.* 1986, 2, 438, note BOULOC ; *RTD com*. 1986, p. 270, note CABRILLAC et TEYSSIE
- Cass. com., 2 juill. 1985, n° 83-16887 : *Bull. civ.* 1985, n° 203 ; *Bull. Joly Sociétés* 1985, p. 865 et p. 962 ; *JCP E* 1985, II, 20518 et 14578, note A. VIANDIER ; *D*. 1986, 351, note Y. LOUSSOUARN ; *Rev. sociétés* 1986, p. 231, note P. LE CANNU ; *Defrénois* 1986, art. 33713, note J. HONORAT
- Cass. com., 8 oct. 1985, n° 84-16410 : *Bull. civ.* 1985, n° 229, p. 191 ; *JCP E* 1985, I, 14996
- Cass. com., 4 mars 1986, n° 84-15282 : *Bull. civ.* 1986, n° 42 ; *RJ com.* 1987, p. 174, note CHERCHOULY-SICARD
- Cass. com. 6 mai 1986, n° 84-14430 : *Bull. civ*. 1986, n° 77 ; *Rev. sociétés* 1987, p. 286, note Y. GUYON *; Defrénois* 1987, art. 33950, note J. HONORAT
- Cass. com., 3 juin 1986, n° 85-12118 : *Bull. civ.* 1986, n° 116 ; *Rev. sociétés* 1986, p. 585, note Y. GUYON
- Cass. com., 4 nov. 1986, n° 86-15712 : *Bull. civ.* 1986, n° 198 ; *JCP G* 1987, II, 20736, note J.-CL. BOUSQUET ; *JCP E*, 1987, 16003, n° 5, note M. CABRILLAC et M. VIVANT ; *D*. 1986, jurispr. p. 579, note F. DERRIDA ; *Gaz. Pal.* 1986, 2, p. 742 ; *Bull. Joly Sociétés* 1986, p. 1038, note P. LE CANNU ; *RJ com*. 1987, p. 13, note C.-H. GALLET ; *Rev. proc. coll.* 1987, n° 1, p. 31, note P. DIDIER, et p. 43, note Y. GUYON, et 1987, n° 2, p. 18, note L. CADIET ; *RTD com*. 1988, p. 690, note PH. MERLE, et p. 703, note J.-PH. HAEHL
- Cass. com., 2 juin 1987, n° 85-15266 : *D.* 1987, p. 500, note A. VIANDIER
- Cass. com., 15 juill. 1987, n° 86-13644 : *Bull. civ.* 1987, n° 193 ; *Rev. sociétés* 1998, p. 75, note Y. REIHNARD
- Cass. com., 21 juill. 1987, n° 84-17105 : *Bull. civ.* 1987, n° 205 ; *Bull. Joly Sociétés* 1987, p. 642
- Cass. com., 1er déc. 1987, n° 86-13682 : *Bull. civ.* 1987, n° 260 ; *LPA* 28 déc. 1987, p. 7, note p. MORETTI ; *Rev. sociétés* 1988, p. 237, note P. LE CANNU
- Cass. com., 8 déc. 1987, n° 87-10716 : *Bull. civ.* 1987, n° 267 ; *D.* 1988, jurisp. p. 52, note DERRIDA ; *Rev. proc. coll.* 1988, p. 177, note CADIET
- Cass. com., 12 janv. 1988, n° 85-12666 : *Bull. civ.* 1988, n° 24 ; *Rev. Sociétés* 1988, p. 263
- Cass. com., 9 févr. 1988, n° 86-13121 : *Bull. civ*. 1988, n° 68, p. 47 ; *Bull. CNCC* 1988, p. 197, note E. DU PONTAVICE ; *LPA* 7 mars 1988, p. 13, note p. MORETTI ; *Rev. sociétés* 1988, p. 555, note J. MONEGER ; *Bull. Joly Sociétés* 1988, p. 275, note P. LE CANNU - Cass. com., 28 janv. 1992, n° 90-15837 : *Bull. Joly Sociétés* 1992, p. 412, note J.-F. BARBIERI
- Cass. com., 22 mars 1988, n° 86-17040 : *Bull. civ*. 1988, n° 124 ; *Rev. sociétés* 1988, p. 227
- Cass. com., 31 mai 1988, n° 86-10146 : *Bull. civ.* 1988, n° 174 ; *JCP G* 1988, IV, 274 ; *Gaz. Pal.* 1988, 2, pan. 212 ; *Rev. sociétés* 1989, p. 39, note J. STOUFFLET
- Cass. com., 7 juin 1988, n° 86-18955 : *Bull. Joly Sociétés* 1988, p. 581
- Cass. com., 5 juill. 1988, n° 86-18930 : *Bull. civ. 1988, n°* 230
- Cass. com., 4 oct. 1988, n° 86-18974 : *Bull. civ.* 1988, n° 265 ; *Rev. sociétés* 1989, p. 213, note A. VIANDIER ; *RTD civ*. 1989, p. 86, note P. JOURDAIN
- Cass. com., 11 oct. 1988, n° 87-14116 : *Bull. Joly Sociétés 1*988, p. 953
- Cass. com., 10 janv. 1989, n° 87-11498 : *Bull. civ.* 1989, n° 12 ; *D.* 1990, somm. p. 75, note Y. SERRA
- Cass. com., 24 janv. 1989, n° 86-15246 : inédit
- Cass. com., 31 janv. 1989, n° 87-11491 : inédit
- Cass. com., 14 févr. 1989, n° 87-13719 : *Bull. civ.* 1989, n° 66 ; *Quot. jur.* 1989, n° 126 p. 9, note D. GIBIRILA ; *Rev. sociétés* 1989, p. 633, note D. RANDOUX ; *Bull. Joly Sociétés* 1989, p. 323, note Y. STREIFF

- Cass. com., 18 avril 1989, n° 87-16188 : *Bull. civ.* 1989, n° 123 ; *Bull. Joly Sociétés* 1989, p. 568
- Cass. com., 17 mai 1989, n° 87-17930 : *Bull. civ.* 1989, n° 152 ; *JCP E* 1989, II, 15658, n° 4, note PH. PETEL ; *JCP G* 1990, II, 21464, note M. BEAUBRUN ; *Rev. proc. coll*. 1990, p. 55, note Y. GUYON ; *RTD com.* 1989, p. 731, note J.-PH. HAEHL ; *RJ com*. 1990, p. 86, note CH.-H. GALLET
- Cass. com., 30 mai 1989, n° 87-19668 : *Bull. civ.* 1989, n° 168, p. 111 ; *JCP E* 1990, II, 15658, n° 8, note p. PETEL ; *D.* 1991, somm. p. 9, note F. DERRIDA ; *Gaz. Pal.* 1989, 2, 910 ; *RTD com*. 1989, p. 751, note B. GRELON ; *RJ com*. 1990, p. 186, note C.-H. Gallet ; *Rev. proc. coll*. 1990, p. 151, note B. SOINNE
- Cass. com., 30 mai 1989, n° 87-18083 : *Bull. civ.* IV, n° 174 ; *JCP G* 1989, IV, p. 285 ; *JCP E* 1989, I, p. 223 ; Rev. sociétés 1989, p. 641
- Cass. com., 24 oct. 1989, n° 88-12713 : *Bull. civ.* 1989, n° 257 ; *Rev. sociétés* 1990, p. 264, note D. VIDAL ; *JCP E* 1990, II, 157908, note Y. GUYON ; *JCP E* 1990, II, 15784, n° 7, note A. VIANDIER et J.-J. CAUSSAIN ; *Defrénois* 1990, p. 631, note J. HONORAT
- Cass. com. 21 nov. 1989, n° 87-20209 : *Bull. CNCC* 1990, p. 240, note E. DU PONTAVICE - Cass. com., 3 mars 2004, n° 99-21712 : *Bull. CNCC* 2004, p. 331, note PH. MERLE
- Cass. com., 9 janv. 1990, n° 88-15337 : inédit
- Cass. com., 6 févr. 1990, n° 88-15536 : *Bull. CNCC* 1990, n° 79, p. 359
- Cass. com., 9 avril 1990, n° 89-15579
- Cass. com., 24 avril 1990, n° 88-14911 : *Bull. civ.* 1990, n° 123
- Cass. com., 24 avril 1990, n° 88-20183 : *BRDA* 1990, n° 13, p. 9
- Cass. com., 15 mai 1990, n° 88-19232 : *Bull. civ.* IV, n° 148
- Cass. com., 29 mai 1990, n° 88-12840 : *Bull. Joly Sociétés 1*990, p. 795
- Cass. com., 6 juin 1990, n° 89-13635 : *Bull. Joly Sociétés* 1990, p. 866 ; *Dr. sociétés* janv. 1991, p. 2
- Cass. com., 6 juin 1990, n° 88-19783 : *Bull. civ.* 1990, n° 171 ; *Bull. Joly Sociétés* 1990, p. 782, note P. LE CANNU ; *Rev. sociétés* 1990, p. 607, note CHARTIER ; *D.* 1992, p. 56, note J.-Y. CHOLEY-COMBE
- Cass. com., 8 janv. 1991 : *Bull. Joly Sociétés* 1991, p. 285 - Cass. com., 18 oct. 1994, n° 92-19159 : *Bull. civ*. 1994, n° 306 ; *RJDA* 1995, n° 168
- Cass. com., 29 janv. 1991, n° 89-16511 : *Bull. civ.* 1991, n° 46
- Cass. com., 6 mai 1991, n° 89-16900 : *Dr. sociétés* 1991, comm. 337
- Cass. com., 14 mai 1991, n° 89-19081 : *Bull. civ.* 1991, n° 164 ; *JCP G* 1991, IV, p. 267 ; *BRDA* 30 juin 1991, p. 12 ; *RJDA* 1991, n° 852
- Cass. com., 28 mai 1991, n° 89-21116 : *Bull. civ.* 1991, n° 187 ; *D.* 1992, somm. p. 184, note A. HONORAT
- Cass. com., 11 juin 1991, n° 89-20653 : *RJDA* 1991, p. 733
- Cass. com., 11 juin 1991, n° 89-20653 : *RJDA* 1991, n° 852
- Cass. com. 3 déc. 1991, n° 90-14592 : *Bull. civ.* 1992, n° 376 ; *Bull. Joly Sociétés* 1992, p. 172, n° 48, note J.-F. BARBIERI ; *Dr. sociétés* 1992, comm. 22, note TH. BONNEAU ; *Rev. sociétés* 1992, p. 488, note D. VIDAL ; *Bull. CNCC* 1992, p. 142, note E. DU PONTAVICE
- Cass. com., 9 juillet 1991, n° 89-18825 : *RJDA* 1991 n° 962
- Cass. com., 4 févr. 1992, n° 90-15977 : *Bull. civ.* 1992, n° 54 ; *JCP E* 1992, I, 192, n° 3 note M. CABRILLAC et PH. PETEL
- Cass. com., 25 févr. 1992, n° 90-14329 : *Bull. civ.* IV, n° 88
- Cass. com., 14 avril 1992, n° 90-15741 : *Bull. civ*. 1992, n° 159 ; *JCP E* 1992, pan. p. 828 ; *D.* 1992, somm. p. 374, note A. HONORAT
- Cass. com., 21 avril 1992, n° 90-19860 : *Bull. civ.* 1992, n° 175 ; *JCP E* 1992, II, 348, note PETIT ; *Rev. sociétés* 1992, p. 485, note Y. GUYON
- Cass. com., 2 juin 1992, n° 90-18313 : *Bull. civ.* 1992, n° 213 ; *Bull. Joly Sociétés 1*992, p. 946, note P. LE CANNU
- Cass. com., 7 juill. 1992, n° 90-19323 : *Bull. Joly Sociétés* 1992, p. 1192
- Cass. com., 15 juill. 1992, n° 90-17216 : *Bull. civ.* 1992, n° 279 ; D. 1993, p. 279, note H. LE DIASCORN ; *JCP E* 1992, II, 375, note Y. GUYON ; *JCP G* 1992, II, 21944, note J.-F. BARBIERI ; *Bull Joly Sociétés* 1992, p. 1083, note P. LE CANNU ; *Rev. sociétés* 1993, p. 400, note PH. MERLE ; *RTD com*. 1993, p. 112, note Y. REINHARD ; *RJDA* 1992, n° 826
- Cass. com., 6 oct. 1992, n° 90-19823 : *Bull. civ.* 1992, n° 287

- Cass. com. 6 oct. 1992, n° 90-21011 : *Bull. civ.* 1992, n° 295 ; *Bull. CNCC* 1993, p. 243, note E. DU PONTAVICE ; *Bull. Joly Sociétés* 1992, p. 1291, note J.-F. BARBIERI ; *RJ com.* 1993, p. 166, note D. VIDAL ; *Dr. sociétés* 1992, comm. 242, note TH BONNEAU
- Cass. com. 27 oct. 1992, n° 90-21127 : *Bull. civ.* 1992, n° 331 ; *Bull. CNCC* 1993, p. 375, note E. DU PONTAVICE ; *JCP E* 1993, II, 403, note M. JEANTIN ; *Rev. sociétés* 1993, p. 86, note D. VIDAL ; *Dr. sociétés* 1993, comm. 2, note TH. BONNEAU
- Cass. com., 3 nov. 1992, n° 90-18547 : *Bull. civ.* 1992, n° 338 ; *RTD civ*. 1993, p. 124, note J. MESTRE ; *JCP G* 1993, II, 22164, note G. VIRASSAMY
- Cass. com., 12 nov. 1992, n° 91-10303 : inédit
- Cass. com. 12 nov. 1992, n° 91-12433 : *Rev. sociétés* 1993, p. 595, note P. LE CANNU ; *Rev. sociétés* 1993, p. 571, note P. LE CANNU ; *Bull. Joly Sociétés* 1993, p. 561, note M. JEANTIN ; *JCP E* 1993, II, 22039, note Y. GUYON
- Cass. com. 12 nov. 1992, n° 90-18502 : *Bull. CNCC* 1993, n°89, p. 110, note E. DU PONTAVICE ; *Rev. sociétés* 1993, p. 408, note D. VIDAL
- Cass. com., 8 déc. 1992, 91-10758 : *JCP E* 1993, pan p. 168, n° 531 ; *Dr. sociétés* févr. 1993, p. 7, note TH. BONNEAU
- Cass. com., 12 janv. 1993, n° 91-13366 : *Dr. sociétés* févr. 1993, p. 11 ; *Bull. Joly Sociétés* 1993, p. 338, note Y. CHAPUT
- Cass. com., 12 janv. 1993, n° 91-12548 : *Bull. civ.* 1993, n° 10 ; *JCP G* 1993, II, 22029, note Y. GUYON ; *Rev. sociétés* 1993, p. 426, note B. SAINTOURENS
- Cass. com., 12 janv. 1993, n° 91-11558 : *Bull. Joly Sociétés* 1993, p. 336, note A. COURET
- Cass. com., 19 janv. 1993, n° 91-10534 : *Bull. civ.* 1993, n° 14 ; *Dr. sociétés* 1993, comm. 66, note Th. Bonneau
- Cass. com., 9 févr. 1993, n° 91-12258 : *Bull. civ.* 1993, n° 53 ; *JCP E* 1994, II, 545, note C. DANGLEHANT ; *Contrats, conc., consom.* 1993, comm. 49
- Cass. com., 23 févr. 1993, n° 91-12778
- Cass. com., 9 mars 1993, n° 91-14685 : *Bull. civ*. 1993, n° 101 ; *RJDA* 1993, n° 323, concl. M. RAYNAUD ; *Bull. Joly Sociétés* 1993, p. 547 ; *LPA* 24 mars 1993, p. 12, note PH. MERLE ; *JCP E* 1993, II, 448, note A. VIANDIER ; *Rev. sociétés* 1993, p. 403, note PH. MERLE ; *Gaz. Pal.* 1993, jurispr. p. 334, note J. BONNARD ; *D*. 1993, jurispr. p. 363, note Y. GUYON, *RD bancaire et bourse* 1993, p. 132, note M. GERMAIN et M.-A. FRISON-ROCHE
- Cass. com., 4 mai 1993, n° 91-14693 : *Bull. civ.* 1993, n° 175 ; *RJDA* 1993, n° 1048 ; *Rev. sociétés* 1993, p. 800, note P. DIDIER ; *JCP G* 1993, IV, 1688 ; *JCP E* 1993, I, 288, n° 12, note A. VIANDIER et J.-J. CAUSSAIN ; *D.* 1993, inf. rap. p. 148 ; *Bull. Joly Sociétés* 1993, p. 769, note BAILLOD
- Cass. com., 11 mai 1993, n° 91-12232 : *Bull. civ.* 1993, n° 180 p. 126
- Cass. com., 18 mai 1993, n° 91-16700 : *Bull. civ.* 1993, n° 190 ; *D*. 1993, p. 609, note A. BENABENT ; *RTD com*. 1994, p. 84, note M. CABRILLAC et B. TEYSSIE
- Cass. com. 15 juin 1993, n° 91-11417 : *Bull. CNCC* 1994, p. 94, note PH. MERLE ; *Bull. Joly Sociétés* 1993, p. 1130, note M. JEANTIN
- Cass. com., 5 oct. 1993, n° 91-14361 : *Bull. civ*. 1993, n° 318
- Cass. com., 9 nov. 1993, n° 91-18351 : *Bull. civ*. 1993, n° 390 ; *JCP G* 1994, II, 20304, note G. VIRASSAMY ; *JCP E* 1994, pan. 48 et II, 612 ; *D.* 1995, somm. p. 79 ; *Rev. sociétés* 1994, p. 321, note PH. LE TOURNEAU
- Cass. com., 9 nov. 1993, n° 89-20660 : *Bull. civ*. 1993, n° 401
- Cass. com. 16 nov. 1993, n° 91-19570 : *Bull. civ*. 1993, n° 408 ; *D*. 1994, jurispr. p. 57, concl. R. DE GOUTTES, rapport M. PASTUREL, note F. DERRIDA et J.-P. SORTAIS ; *JCP E* 1994, I, 351, n° 16, note M. CABRILLAC et p. PETEL ; *Banque* 1994, p. 93, note J.-L. GUILLOT
- Cass. com., 30 nov. 1993, n° 91-20554 : *Bull. civ.* 1993, n° 440 ; *Bull. Joly Sociétés* 1994, p. 410, note PH. PETEL
- Cass. com., 30 nov. 1993, n° 91-16735 : *Bull. civ.* 1993, n° 441 ; *Rev. proc. coll.* 1996, p. 247, note B. SOINNE
- Cass. com., 7 déc. 1993, n° 91-18145 : *Bull.* 1993, n° 465 ; *Bull. Joly Sociétés* 1994, p. 166, note P. LE CANNU ; *Dr. sociétés* 1994, comm. 22, note TH. BONNEAU
- Cass. com., 14 déc. 1993, n° 91-20839 : *Bull. civ.* 1993, n° 473

- Cass. com., 14 déc. 1993, n° 91-21362 : *Rev. sociétés* 1994, p. 778, note M. PARIENTE
- Cass. com., 4 janv. 1994, n° 91-20256, *de Gaste* : *Bull. civ.* 1994, n° 10 ; *Dr. et patrimoine* juill. août 1994, p. 69, note BERTREL ; *JCP E* 1994, I, p. 363 note A. VIANDIER et J.-J. CAUSSAIN ; *JCP E* 1994, I, 374 note M. COZIAN ; *Dr. sociétés* mars 1994, comm. 45, note TH. BONNEAU ; *Defrénois* 1994, art. 35786, note P. LE CANNU
- Cass. com., 25 janv. 1994, n° 91-20007 : *RJDA* 1994 n° 402
- Cass. com., 1er févr. 1994, n° 92-11171 : *Bull. civ.* 1994, n° 53 ; *Bull. Joly Sociétés* 1994, p. 413, note BAILLOD ; *JCP G* 1995, II, 22432, note D. GIBIRILA ; *Rev. sociétés* 1995, p. 281, note CHARTIER
- Cass. com., 15 févr. 1994, n° 92-12201
- Cass. com., 22 mars 1994, n° 92-14894
- Cass. com., 3 mai 1994, n° 92-15103 : inédit
- Cass. com., 17 mai 1994 n° 91-21364 : *Bull. civ.* 1994, n° 183 ; *Dr. sociétés* 1994, comm. 142, note H. LE NABASQUE ; *Bull. Joly Sociétés* 1994, p. 816, note J.-J. DAIGRE ; *Rev. sociétés* 1994, p. 85, note DANA-DEMARET
- Cass. com., 24 mai 1994, n° 92-21699 : *Dr. sociétés* 1995, comm. 3, note T. BONNEAU ; *Bull. Joly Sociétés* 1994, p. 789
- Cass. com., 12 juill. 1994, n° 92-14349 : *Bull. civ.* 1994, n° 265 ; *Rev. proc. coll.* 1995, p. 124, note B. SOINNE
- Cass. com., 18 oct. 1994, n° 92-19159 *: Bull. civ.* 1994*, n°* 306 ; *RJDA* 1995, n° 168
- Cass. com., 3 janv. 1995, n° 91-18044 : *Bull. Joly Sociétés* 1996, p. 266, note A. COURET
- Cass. com., 3 janv. 1995, n° 91-18111, 91-18660, 91-18044 et 91-18109 : *Rev. proc. coll.* 1995, p. 124, note B. SOINNE
- Cass. com., 17 janv. 1995 : *Bull. CNCC* 1995, p. 188, note PH. MERLE
- Cass. com., 31 janv. 1995, n° 92-21548 : *Bull. civ.* 1995, n° 29 ; *Rev. sociétés* 1995, p. 763 ; *JCP E* 1995, pan. p. 361
- Cass. com., 14 févr. 1995, n° 93-12299 et 93-12408 : *Bull. civ.* 1995, n° 43 ; *JCP G* 1995, IV, 937
- Cass. com., 14 févr. 1995, n° 93-12398 : Bull. civ 1995, n° 43 ; *JCP E* 1995, pan. p. 134
- Cass. com., 21 févr. 1995, n° 93-12238 : *LPA* 15 janv. 1995, p. 30, note PASQUALINI et PASQUALINI-SALERNO
- Cass. com., 28 févr. 1995, n° 92-17329 : *Bull. civ.* 1995, n° 60 ; *D.* 1995, jurispr. p. 390, note F. DERRIDA
- Cass. com., 28 févr. 1995, n° 92-18572 : inédit
- Cass. com., 21 mars 1995, n° 93-13721 : *Bull. civ.* 1995, n° 98 ; *JCP G* 1996, II, 22603, note Y. REINHARD et I. BON-GARCIN ; *Rev. sociétés* 1995, p. 501, note B. SAINTOURENS
- Cass. com., 28 mars 1995, n° 92-13752 : *Rev. proc. coll.* 1995, p. 133, note B. SOINNE
- Cass. com., 11 avril 1995, n° 92-20032 : *Bull. civ.* 1995, n° 126 ; *Bull. Joly Sociétés 1*995, p. 696, note A. MARTIN-SERF
- Cass. com., 9 mai 1995, n° 93-16211 : *D.* 1997, somm. p. 54 note D. FERRIER
- Cass. com., 9 mai 1995, n° 93-12012 : *Rev. proc. coll.* 1996, p. 410, note B. SOINNE
- Cass. com., 20 juin 1995, n° 93-12810 : *Bull. civ.* 1995, n° 187
- Cass. com., 10 oct. 1995, n° 92-11412 : inédit
- Cass. com. 14 nov. 1995, n° 93-10937 et 94-13361 : *Bull. civ.* 1995, n° 262 et 263 ; *Rev. sociétés* 1996, p. 286, note TH. GRANIER ; *RTD civ.* 1996, p. 166, note J. MESTRE ; *Bull. Joly Sociétés* 1996, p. 38 ; *Dr. sociétés* janv. 1996, p. 10 ; *Bull. CNCC* 1995, p. 510, note PH. MERLE ; *Le Quot. jur.* 13 déc. 1995, p. 3, note P. M.
- Cass. com., 28 nov. 1995, n° 93-19949 : *Bull. Joly Sociétés* 1996, p. 204, note P. LE CANNU
- Cass. com., 5 déc. 1995, n° 92-21828 : *Bull. civ.* 1995, n° 287 ; *Rev. proc. coll.* 1998, p. 195, note B. SOINNE
- Cass. com., 5 déc. 1995, n° 93-18830 : inédit
- Cass. com., 19 déc. 1995, n° 94-11831 : *Bull. civ.* 1995, n° 304 ; *Jurisdata* n° 003711 ; *JCP E* 1996, pan. 273
- Cass. com., 19 déc. 1995, n° 93-21340 : inédit
- Cass. com., 19 déc. 1995, n° 92-20116 : *Bull. civ.* 1995, n° 307 ; *Rev. sociétés* 1996, p. 347, note PH. LE TOURNEAU

- Cass. com., 9 janv. 1996, n° 93-16463 : *Bull. civ.* 1996, n° 9 ; *Bull. Joly Sociétés* 1996, p. 530, note J. VALLANSAN
- Cass. com., 21 janv. 1997, n° 94-18883 : *Bull. civ.* 1997, n° 26 ; *JCP E* 1997, II, 965 note J.-J. DAIGRE ; *Rev. sociétés* 1997, p. 527, note B. SAINTOURENS ; *Bull. Joly Sociétés* 1997, p. 312, note P. LE CANNU
- Cass. com., 30 janv. 1996, n° 94-13799 : inédit
- Cass. com., 13 févr. 1996, n° 93-19654 : *Bull. civ*. 1996, n° 50, p.38
- Cass. com., 13 févr. 1996, n° 94-11094 : *Bull. civ.* 1996, n° 51 ; *RJDA* 1996, n° 801
- Cass. com., 27 févr. 1996, n° 94-12454 : *Bull. civ.* 1996, n° 69 ; *D. affaires* 1996, p. 587 ; *Bull. Joly Sociétés* 1996, p. 492, note P. LE CANNU ; *RTD com.* 1996, p. 482, note B. PETIT et Y. REINHARD ; *Rev. sociétés* 1996, p. 567, note Y. GUYON
- Cass. com., 27 févr. 1996, n° 94-16885 : *D.* 1997, somm. p. 104, obs. Y. SERRA ; *RJDA* 1996, n° 732
- Cass. com., 27 févr. 1996, n° 94-17020 : inédit
- Cass. com., 27 févr. 1996, n° 94-11241 : *Bull. civ.* 1996, n° 65 ; *Bull. Joly Sociétés* 1996, p. 485 note A. COURET ; *JCP E* 1996, II, 838, note D. SCHMIDT et N. DION ; *JCP G*, 1996 II, 22665, note J. GHESTIN ; *D.* 1996, p. 518, note PH. MALAURIE
- Cass. com., 12 mars 1996, n° 93-17813 : *Bull. civ.* 1996, n° 86 ; *JCP E* 1996, I, 426, note TH. BONNEAU et II, 831, note Y. PACLOT ; *Bull. Joly Sociétés* 1996, p. 584 ; *Rev. sociétés* 1996, p. 555, note D. BUREAU ; *Dr. sociétés* 1996, comm. 96, note TH. BONNEAU ; *D.* 1997, jurisp. p. 133, note TH. LANGLES
- Cass. com., 19 mars 1996, n° 94-12004 : *Defrénois* 1996, art. 36371, note P. LE CANNU
- Cass. com., 26 mars 1996, n° 94-14051 : *Bull. civ.* 1996, n° 93
- Cass. com., 28 mai 1996, n° 94-13246 : *Jurisdata* n° 002265
- Cass. com., 9 juill. 1996, n° 94-15575 : *Bull. civ.* 1996, n° 203 ; *JCP G* 1996, IV, 2056 ; *JCP E* 1996, I, 589, note A. VIANDIER et J.-J. CAUSSAIN ; *D.* 1996, inf. rap. p. 181
- Cass. 1re civ., 1er oct. 1996, n° 94-18876 : *Bull. civ.* 1996, n° 335, p. 235 ; *D. affaires* 1996, p. 1255 ; *Contrat, conc. consom*. janv. 1997, n° 3, p. 10, note L. LEVENEUR ; *D.* 1997, somm. p. 171, note R. LIBCHABER ; *RTD com*. 1997, p. 298, note CABRILLAC
- Cass. com., 8 oct. 1996, n° 94-19397 : *Dr. sociétés* 1996, comm. 211, obs. Y. CHAPUT
- Cass. com., 3 déc. 1996, n° 94-16745 : *Bull. civ.* 1996, n° 296 ; *LPA* 16 janv. 1997, note P. M.
- Cass. com., 3 déc. 1996, n° 94-14775 : *JurisData* n° 1996-005118
- Cass. com., 17 déc. 1996, n° 93-18765 : inédit
- Cass. com., 21 janv. 1997, n° 94-22034 : *D. affaires* 1997, p. 311 ; *D.* 1997, p. 414, note C. JAMIN
- Cass. com., 25 mars 1997, n° 95-10995 : *Bull. civ.* 1997, n° 85 ; *JCP E* 1997, I, 676, n° 1, note VIANDIER et CAUSSAIN ; *Bull. Joly Sociétés* 1997, p. 799
- Cass. com., 1er avril 1997, n° 94-18912 : *Bull. Joly Sociétés* 1997, p. 650, note J.-F. BARBIERI ; *RTD com*. 1997, p. 647, note PETIT et REINHARD ; *RJDA* 1997, n° 659
- Cass. com., 3 juin 1997, n° 95-15681, 95-16661 et 95-18844 : *Bull. civ.* 1997, n° 163 ; *D.* 1997, juripr. p. 517, note F. DERRIDA
- Cass. com., 3 juin 1997, n° 94-21982 : *Bull. civ.* 1997, n° 164
- Cass. com., 17 juin 1997, n° 95-12415 : *Bull. civ.* 1997, n° 191 ; *Bull. Joly Sociétés* 1997, p. 896, note J.-F. BARBIERI ; *D. affaires* 1997, chron. p. 904
- Cass. com., 17 juin 1997, n° 95-14535 : *Bull. civ.* 1997, n° 187 ; *JCP G* 1998, I, 144, note G. VINEY ; *RTD civ.* 1998, p. 113, note P. JOURDAIN
- Cass. com., 7 oct. 1997, n° 95-14158 : *Bull. civ.* 1997, n° 252 ; *JCP G* 1998, II, 10085, note J.-P. CHAZAL ; *Contrats, conc. consom*. 1998, comm. 20, note L. LEVENEUR ; *RTD civ.* 1998, p. 130, note P.-Y. GAUTIER
- Cass. com., 7 oct. 1997, n° 94-18553 : *Bull. Joly Sociétés* 1997, p. 1074, note J.-J. DAIGRE ; *Dr. Sociétés* 1998, comm. 32, note D. VIDAL
- Cass. com., 14 oct. 1997, n° 94-14146 : inédit
- Cass. com., 21 oct. 1997, n° 95-17904 : *Bull. civ.* 1997, n° 282 ; *Rev. société* 1998, p. 82, note P. DIDIER ; *Bull. Joly Sociétés* 1998, p. 31, note P. LE CANNU ; *RTD com.* 1998, p. 171, note B. PETIT et Y. REINHARD ; *JCP E* 1997, 1316
- Cass. com., 21 oct. 1997, n° 95-21156 : *Bull. civ.* 1997, n° 280 ; *Rev. sociétés* 1998, p. 310, note H. MATSOPOULOU ; *D.* 1997, inf. rap. p. 251 ; *D.* 1998, jurispr. p. 207 ; *Bull. Joly* 1998 p. 121, 2e esp., note B. PETIT ; *Dr. sociétés* 1998, comm. 3, note TH. BONNEAU

- Cass. com., 12 nov. 1997, n° 95-11206 : *Rev. proc. coll.* 1998, p. 199
- Cass. com., 6 janvier 1998, n° 95-18478 : *Bull. civ.* 1998, n° 6 ; *JCP G* 1998, II, 10068, note J.-J. DAIGRE ; *BRDA* 1998, n° 18, p. 4
- Cass. com., 27 janv. 1998, n° 93-11437 : *Bull. civ.* 1998, n° 48 ; *JCP E* 1998, pan. p. 302 ; *JCP G* 1998, n° 1629, p. 516 ; *Bull. Joly Sociétés* 1998, p. 535, note P. LE CANNU ; *D.* 1998, jurispr. p. 605, note D. GIBIRILA
- Cass. com., 10 févr. 1998, n° 96-11988 : *Bull. civ*. 1998, n° 69 ; *Dr. sociétés* avr. 1998, p. 13, note D. VIDAL ; *JCP E* 1999, p. 771, note D. GIBIRILA ; *RD bancaire et bourse* 1998, P. 181, note M. GERMAIN et M.-A. FRISON-ROCHE ; *Bull. Joly Sociétés* 1998, p. 468, note M. MENJUCQ ; *RTD com.* 1998, p. 370, note B. PETIT et Y. REINHARD
- Cass. com., 17 févr. 1998, n° 95-18510 : *Bull. civ.* 1998, n° 78 ; *D. affaires* 1998, p. 475, note A. L. ; *Bull. Joly Sociétés* 1998, p. 644, note J.-J. DAIGRE
- Cass. com., 10 mars 1998, n° 96-13407 : inédit
- Cass. com., 17 mars 1998, n° 95-22160 : *Rev. proc. coll.* 1999, p. 46
- Cass. com., 28 avril 1998, n° 95-21969 : *Bull. Joly Sociétés* 1998, p. 1285, note PH. DELEBECQUE
- Cass. com., 28 avril 1998, n° 96-10253 : *Bull. civ*. 1998, n° 139 ; *Bull. Joly Sociétés* 1998, p. 808, note P. LE CANNU ; *JCP E* 1998, p. 1258, note Y. GUYON ; *Dr. sociétés* 1998, comm. 114, note D. VIDAL ; *JCP G* 1998, II, 10177, note D. OHL ; *Rev. sociétés* 1998, p. 767, note B. SAINTOURENS
- Cass. com., 5 mai 1998, n° 96-15383 : *Bull. civ.* 1998, n° 149 ; *D. affaires* 1998, p. 1097 ; *LPA* 22 févr. 1999, p. 10, note S. ALMASEANU ; *Rev. soc*. 1999, p. 344, note M. BOIZARD
- Cass. com., 19 mai 1998, n° 95-19098 : *Bull. civ*. 1998, n° 156 ; *Dr. sociétés* 1998, comm. n° 114, note TH. BONNEAU ; *JCP E* 1998, p. 1696, note TH. BONNEAU ; *Bull. Joly Sociétés* 1998, p. 952, note p. SERLOOTEN ; *Banque et droit* 1998, n° 62, p. 30, note STORCK ; *Rev. sociétés* 1998, 763, note J. STOUFFLET
- Cass. com., 26 mai 1998, n° 96-15820 : inédit
- Cass. com., 9 juin 1998, n° 95-12338 et 95-12841 : *Bull. civ.* 1998, n° 185 ; *RTD com*. 1999, p. 190 note A. LAUDE ; *D*. 1998, p. 329, note A. HONORAT
- Cass. com., 16 juin 1998, n° 96-13863
- Cass. com., 16 juin 1998, n° 96-13997 : *Bull. Joly Sociétés* 1998, p. 1083, note P. LE CANNU ; *Rev. sociétés* 1999, p. 103, note K. MEDJAOUI
- Cass. com., 20 oct. 1998, n° 96-20473 : *RJDA* 1999, n° 180
- Cass. com., 20 oct. 1998, n° 96-15418 : *Bull. civ.* 1998, n° 254 ; *Dr. sociétés* 1999, comm. 3, note TH. BONNEAU ; *D*. 1999, jurispr. p. 639, note M.-H. DE LAENDER ; *JCP E* 1998, p. 2025, note A. COURET ; *Bull. Joly Sociétés* 1999, p. 88, note J. F. BARBIERI ; *RTD com.* 1999, p. 142, note PETIT ; *Rev. sociétés* 1999, p. 111, note B. SAINTOURENS
- Cass. com., 20 oct. 1998, n° 96-19477 : *Bull. Joly Sociétés* 1999, p. 66, note P. LE CANNU
- Cass. com., 24 nov. 1998, n° 96-11733 : inédit
- Cass. com., 8 déc. 1998, n° 96-17731 : *Bull. civ.* 1998, n° 293
- Cass. com., 26 janv. 1999, n° 97-10477 : inédit
- Cass. com., 9 févr. 1999, n° 96-17581 : *Dr. sociétés* 1999, comm. 80, note D. VIDAL
- Cass. com., 9 févr. 1999, n° 96-17661, *SCA du Château d'Yquem : Bull. civ.* 1999, n° 44 ; *JCP E* 1999, p. 724, note Y. GUYON *; Rev. sociétés* 1999, p. 81, note LE CANNU ; *Dr. sociétés* mai 1999, comm. 67, TH. BONNEAU ; *Bull. Joly Sociétés* 1999, p. 566, note J.-J. DAIGRE ; *RTD com*. 1999, p. 902, note Y. REINHARD ; *RJ com*. 1999, p. 273, note J.-PH. DOM
- Cass. com., 4 mai 1999, n° 96-19503 : *Bull. civ.* 1999, n° 94 ; *Bull. Joly Sociétés* 1999, p. 914, note P. LE CANNU ; *JCP E* 1999, p. 1083 ; *Dr. sociétés* août-sept. 1999, p. 12
- Cass. com., 11 mai 1999, n° 96-16088 : *Bull. civ*. 1999, n° 95 ; *JCP E* 1999, p. 1218, note BOUTEILLER, et p. 1730, note D. LEGEAIS ; *RD bancaire et bourse* 1999, p. 184, note CREDOT et GERARD ; *RTD com.* 1999, p. 733, note M. CABRILLAC ; *RJDA* 1999, n°710, note PINIOT ; *LPA* 15 juin 1999, p. 12 ; *D. affaires* 1999, p. 990, note J. F.
- Cass. com., 18 mai 1999, n° 95-16469 : *JCP N* 2000, p. 1041, note C. GAVALDA et J. STOUFFLET ; *Banque et Droit* janv.-févr. 2000, p. 69, note GUILLOT
- Cass. com., 19 oct. 1999, n° 96-14711 : inédit

- Cass. com. 19 oct. 1999, n° 97-13446 : *Bull. civ.* 1999, n° 176 ; *Bull. CNCC* 2000, p. 58, note PH. MERLE ; *Bull. Joly Sociétés* 2000, p. 36, note C. RUELLAN et n° 43 note PASQUALINI-SALERNO ; *LPA* 6 avr. 2000, p. 14, note COFFY DE BOISDEFFRE ; *Defrénois* 2000, art. 37258, note LECOURT
- Cass. com., 23 nov. 1999, n° 96-21869 : *Bull. civ.* 1999, n° 210 ; *JCP G* 2000, II, 10326, note CHAZAL ; *Defrénois* 2000, 245, note D. MAZEAUD
- Cass. com., 4 janv. 2000, n° 96-18638 : *Bull. civ.* 2000, n° 5 ; *RTD com.* 2000, p. 708, note B. BOULOC ; *Rev. proc. coll.* 2000, p. 81, note B. SOINNE ; *Resp. civ. et assur.* avr. 2000, p. 14
- Cass. com., 29 févr. 2000, n° 96-15827 : *Bull. civ.* 2000, n° 42 ; *Bull. Joly Sociétés* 2000, p. 597 note B. SAINTOURENS ; *Dr. sociétés* 2002, comm. 88, note J.-P. LEGROS
- Cass. com. 28 mars 2000, n° 96-19260 : *Bull. civ.* 2000, n° 69 ; *Bull. Joly Sociétés* 2000, p. 501 ; *Rev. sociétés* 2000, p. 535, note Y. GUYON ; *JCP E* 2001, p. 135, note S. FERRIES
- Cass. com., 28 mars 2000, n° 97-12243 : *Bull. civ.* 2000, n° 72 ; *JCP G* 2000, I, 269, n° 3, note p. PETEL ; *RJDA* 2000, n° 696
- Cass. com., 27 avril 2000, n° 99-80352 : inédit
- Cass. 1re civ., 3 mai 2000, n° 98-11381 : *Bull. civ.* 2000, n° 131 ; *Contrats, conc. consom.* 2000, comm. 140, note L. LEVENEUR ; *D.* 2002, somm., p. 928, note O. TOURNAFOND ; *JCP G* 2000, I, 272, note G. LOISEAU et II, 10510, note C. JAMIN ; *Defrénois* 2000, p. 1110, note P. DELEBECQUE et D. MAZEAUD ; *LPA* 5 déc. 2000, p. 14, note B. FROMION-HEBRARD ; *RTD civ.* 2000, p. 566, note J. MESTRE et B. FAGES
- Cass. com., 23 mai 2000, n° 97-21493 : *Bull. civ*. 2000, n° 109 ; *Act. proc. coll.* 2000, n° 11, comm. 131, note J. VALLANSAN ; *RD bancaire et fin.* 2000, p. 176, note F.-X. LUCAS ; *JCP E* 2000, 1140, note P.-M. LE CORRE
- Cass. com., 6 juin 2000, n° 96-21134 : inédit
- Cass. com. 11 juillet 2000, n° 96-13668 : *Bull. civ*. 2000, n° 144 ; *LPA* 8 déc. 2000, p. 9, note J.-C. BARBIERI ; *Bull. CNCC* 2001, p. 106, note PH. MERLE ; *JCP E* 2000, p. 2049, note TH. GRANIER
- Cass. com., 3 oct. 2000, n° 97-20425 : inédit
- Cass. com., 16 janv. 2001, n° 98-11744 : *Bull. civ.* 2001, n° 12 ; *Dr. sociétés* 2001, comm. 55, note TH. BONNEAU
- Cass. com., 16 janv. 2001, n° 97-17100 : inédit
- Cass. com., 6 févr. 2001, n° 98-15129 : *Bull. civ.* 2001, n° 33 ; *Bull. Joly Sociétés* 2001, p. 593, note J.-F. BARBIERI
- Cass. com., 6 févr. 2001, n° 98-11112 : *Bull. civ.* 2001, n° 31, *RTD com.* 2002, p. 536, note A. LAUDE, A. MARTIN-SERF, C. SAINT HALARY-HOUIN, et J.-L. VALLENS ; *RD bancaire et fin.* mars 2001, p. 91, NOTE F.-X. LUCAS
- Cass. com., 6 févr. 2001, n° 97-22666 : inédit
- Cass. com., 20 févr. 2001, n° 97-22019 : Bull. civ. 2001, n° 42 ; *JCP E* 2001, p. 1532, note J.-P. LEGROS ; *Bull. Joly Sociétés* 2001, p. 602, note A. CONSTANTIN
- Cass. com., 13 mars 2001, n° 98-16197 : *Bull. civ*. 2001, n° 60 ; *Bull. Joly Sociétés* 2001, p. 891, note C. PRIETO ; *JCP E* 2001, p. 953, note A. VIANDIER ; *D.* 2001, act. jurispr. p. 1175, note A. LIENHARD ; *Dr. sociétés* 2001, comm. 78, note TH. BONNEAU ; *Dr. sociétés* 2001, comm. 101, note F.-X. LUCAS et D. VIDAL ; *RTD com.* 2001, p. 443, note CHAMPAUD et DANET ; *RJ com.* 2001, p. 235, note D. GIBIRILA
- Cass. com., 27 mars 2001, n° 98-13346 : *Banque et droit* mars-avr. 2002, p. 61, note J.-L. GUILLOT
- Cass. com., 9 mai 2001, n° 98-10260 : *Dr. sociétés* 2001, comm. 118, note F.-X. LUCAS ; *Bull. Joly Sociétés* 2001, p. 1020, note J.-F. BARBIERI ; *Banque et droit* 2001, n° 79, p. 36, note M. STORCK
- Cass. com., 15 mai 2001, n° 98-15106 : *Act. proc. coll.* 2001, n° 13 comm. 168, note J. VALLANSAN ; *Dr. sociétés* 2001, comm. 138, note TH. BONNEAU
- Cass. com., 22 mai 2001, n° 98-16379 : *Dr. sociétés* 2001, comm. 146, note D. VIDAL ; *Bull. Joly Sociétés* 2001, p. 995, note J.-F. BARBIERI
- Cass. com., 29 mai 2001, n° 98-19160 : inédit
- Cass. com. 13 juin 2001, n° 00-85963 : inédit
- Cass. com., 26 juin 2001, n° 98-16520 : *Rev. proc. coll.* 2003, p. 164, note A. MARTIN-SERF
- Cass. com., 10 juillet 2001, n° 98-12822 : inédit
- Cass. com., 17 juill. 2001, n° 97-20018 : *Bull. civ.* 2001, n° 152 ; *Act. proc. coll.* 2001, n° 14 comm. 180, note J. VALLANSAN ; *Rev. sociétés* 2002, p. 52, note B. SAINTOURENS

- Cass. com., 17 juill. 2001, n° 98-18723 : inédit
- Cass. com., 17 juill. 2001, n° 98-18871 : *RD bancaire et fin.* 2001, p. 346, note D. LEGEAIS
- Cass. com., 16 oct. 2001, n° 98-13607 : *Act. proc. coll.* 2001, n° 20, comm. 265
- Cass. com., 20 nov. 2001, n° 98-18498 : *Dr. sociétés* 2002, comm. 35, note TH. BONNEAU
- Cass. com., 20 nov. 2001, n° 98-18515 : *JCP E* 2002, 916 ; *Bull. Joly Sociétés* 2002, p. 207, note P. SERLOOTEN
- Cass. com., 11 déc. 2001, n° 99-14824 : inédit
- Cass. com., 11 déc. 2001, n° 99-13476 : inédit
- Cass. com., 11 déc. 2001, n° 98-21933 : *Act. proc. coll.* 2002, n° 5 comm. 67, note J. VALLANSAN ; *Rev. proc. coll.* 2003, p. 134, note B. Soinne
- Cass. com., 8 janv. 2002, n° 98-17439 : *Bull. civ.* 20002, n° 7 ; *D*. 2002, p. 570, note A. LIENHARD
- Cass. com., 8 janv. 2002, n° 98-21265 : *CDE* 2002, n° 3, p. 33, note D. MAINGUY ; *Contrats, conc. consom*. 2002, comm. 78, note M. MALAURIE-VIGNAL ; *D.* 2002, p. 567, note E. CHEVRIER ; *D.* 2002, p. 3009, note D. FERRIER
- Cass. com., 15 janv. 2002, n° 98-21831 : *Bull. CNCC* 2002, n° 125 p. 61, note Ph. Merle ; *Dr. sociétés* 2002, comm. 94, note D. VIDAL
- Cass. com., 12 févr. 2002, n° 00-11602 : *Bull. civ*. 2002, n° 32 ; *Bull. Joly Sociétés* 2002, p. 617, note B. SAINTOURENS ; *JCP E* 2002, 851, note A. VIANDIER et J.-J. CAUSSAIN, et 1603, note J. MONNET ; *Dr. sociétés* 2002, p. 7, comm. 146, note TH. BONNEAU ; *Rev. sociétés* 2002, p. 702, note L. GODON
- Cass. com., 5 mars 2002, n° 99-13386 : *JCP E* 2003, 1028
- Cass. com., 9 avril 2002, n° 97-13093 : inédit
- Cass. com., 29 avril 2002, n° 99-19903 : *Bull. civ.* 2002, n° 74 ; *RJDA* 2002, n° 1056 (1er esp.) ; *D.* 2002, p. 1755, note A. LIENHARD
- Cass. com., 28 mai 2002, n° 00-13127 : inédit
- Cass. com., 28 mai 2002, n° 98-20333 : *Dr. sociétés* 2003, comm. 105, note J.-P. LEGROS
- Cass. com., 18 juin 2002, n° 99-11999 : *Bull. civ*. 2002, n° 108 ; *JCP E* 2002, 1556, note A. VIANDIER ; *JCP G* 2002, II, 10180, note H. HOVASSE ; *RD bancaire et fin.* 2002, comm. 207, note A. COURET ; *Dr. sociétés* 2003, comm. 72, note J.-P. LEGROS
- Cass. com., 18 juin 2002, n° 98-21967 : *Bull. Joly Sociétés* 2002, p. 1197, note L. GODON
- Cass. com., 2 juill. 2002, n° 98-23324 : *Bull. civ.* 2002, n° 112 ; *D*. 2002, p. 2263, note A. LIENHARD ; *Rev. sociétés* 2002, p. 727, note H. LE NABASQUE ; *Bull. Joly Sociétés* 2002, p. 967, note A. COURET ; *RTD com*. 2002, p. 688, note J.-P. CHAZAL et A. REINHARD
- Cass. com., 17 sept. 2002, n° 99-15857 : *Dr. sociétés* 2003, comm. 90, note J.-P. LEGROS
- Cass. com., 15 oct. 2002, n° 99-19857 : inédit
- Cass. com., 15 oct. 2002, n° 99-20568 : inédit
- Cass. com., 13 nov. 2002, n° 98-11366 : *Bull. civ*. 2002, n° 162 ; *D.* 2003, act. jurispr. p. 204 ; *Rev. proc. coll.* 2004, p. 44, note LEBEL ; *Act. proc. coll.* 20/12/2002, n° 259
- Cass. com., 13 nov. 2002, n° 99-10631 **:** *Bull. civ.* 2002, n° 165 ; *Bull. Joly Sociétés* 2003, p. 396, note F.-X. LUCAS ; *D.* 2003, P. 269, note F. DERRIDA ; *LPA* 29 avr. 2003, p. 18, note F. DERRIDA
- Cass. com., 19 nov. 2002, n° 99-20828 : *Bull. civ*. 2002, n° 167 ; *Banque et droit*, 2003, n° 88 p. 61, note TH. BONNEAU ; *RTD com*. 2003, p. 150, note D. LEGEAIS
- Cass. com., 26 nov. 2002, n° 01-11437 : inédit
- Cass. com., 3 déc. 2002, n° 99-16246 : inédit
- Cass. com., 3 déc. 2002, n° 99-18987 : *Dr. sociétés* 2003, comm. 131, note J. MONNET ; *RJDA* 2003, n° 397
- Cass. com., 3 déc. 2002, n° 01-00641 : inédit
- Cass. com., 17 décembre 2002, n° 00-13484 : *Bull. Joly Sociétés 2*003, p. 423, note L. GODON
- Cass. com., 17 déc. 2002, n° 99-21553 : *Bull. civ*. 2002, n° 201 ; *Rev. sociétés* 2003, p. 297, note B. LE BARS ; *JCP G* 2003, IV, 1311, p. 317 ; *RTD Com*. 2003, p. 330, note CHAZAL et REINHARD ; *D. affaires* 2003, n° 4, p. 279, note A. LIENHARD ; *Bull. CNCC* 2003, p. 135, note PH. MERLE ; *Bull. Joly Sociétés* 2003, p. 267, note J.-F. BARBIERI
- Cass. com., 4 févr. 2003, n° 00-10238 : inédit
- Cass. com., 4 févr. 2003, n° 00-19910 : inédit

- Cass. com., 11 févr. 2003, n° 99-20139 : *Bull. Joly Sociétés* 2003, p. 549, note J.-F. BARBIERI ; *Bull. CNCC* 2003, p. 325, note PH. MERLE
- Cass. com. 18 mars 2003, n° 00-20041 : *Bull. civ*. 2003, n° 46 ; *Banque et droit* 2003, n° 89, p. 49, note M. STORCK ; *Bull. Joly Sociétés* 2003, p. 643, note J.-F. BARBIERI ; *Dr. sociétés* 2003, comm. 110, note J. MONNET ; *RTD com.* 2003, p. 738, note C. CHAMPAUD et D. DANET ; *RDC* 2003, p. 161, note F.-X. LUCAS ; *JCP G* 2003, IV, 1896 ; *Rev. sociétés* 2004, p. 104, note D. RANDOUX
- Cass.com., 25 mars 2003, n° 00-11066 : inédit
- Cass. com., 20 mai 2003, n° 99-17092 : *JCP E*, 2003, 1399, p. 1580, note HADJI-ARTINIAN ; *Bull. Joly Sociétés* 2003, p. 786, note H. LE NABASQUE ; *JCP G* 2003, II, 10178, note S. REIFERGERSTE ; *D.* 2003, p. 2623, note B. DONDERRO
- Cass. com., 3 juin 2003, n° 99-18707 : *Bull. civ.* 2003, n° 92 ; *Rev. sociétés* 2003, p. 489 ; *Bull. Joly Sociétés* 2003, p. 933, note B. SAINTOURENS
- Cass. com., 1er juill. 2003, n° 99-19328 : *RJDA* 2003, n° 1074, note RDM ; *JCP E* 2003, 1417 ; *Bull. Joly Sociétés* 2003, p. 1137, note A. CONSTANTIN ; *Rev. sociétés* 2004, p. 337, note B. LECOURT
- Cass. com., 24 sept. 2003, n° 00-19067 : *Bull. civ*. 2003, n° 136 ; *Bull. CNCC* 2003, p. 625, note PH. MERLE ; *Dr. sociétés* 2004, comm. 52, note F.-G. TREBULLE ; *Rev. sociétés* 2004, p. 319, note TH. GRANIER ; *Bull. Joly Sociétés 2*003, p. 1260, note J.-F. BARBIERI ; *RDC* 2004, p. 413, note D. HOUTCIEFF
- Cass. com., 3 déc. 2003, n° 02-11163 : *Bull. Joly Sociétés* 2004, p. 358, note J.-F. BARBIERI
- Cass. com., 3 décembre 2003, n° 02-15543
- Cass. com., 7 janv. 2004, n° 01-10034 : *RJDA* 2004, n° 559
- Cass. com., 28 janv. 2004, 2 arrêts, n° 02-14531 et n° 03-15534 : *Act. proc. coll.* 2004, n° 5 comm. 61 note J. VALLANSAN
- Cass. com., 28 janv. 2004, n° 01-16355 : inédit
- Cass. com., 3 mars 2004, n° 02-10484 : *Dr. et patrimoine* juill. 2004, p. 106, note D. PORACCHIA
- Cass. com. 3 mars 2004, n° 99-21712 : *Bull. CNCC* 2004, p. 331, note PH. MERLE
- Cass. com., 10 mars 2004, n° 01-10015 : inédit
- Cass. com., 10 mars 2004, n° 01-12915 : *Bull. civ.* 2004, n° 48 ; *D.* 2004, p. 949, note A. LIENHARD ; *JCP G* 2004, I, 174, n° 4, note M. CABRILLAC ; *RD bancaire et fin.* 2004, comm. 74, note F.-X. LUCAS ; *Act. proc. coll.* 2004-8, comm. 98, note C. REGNAUT-MOUTIER
- Cass. com., 17 mars 2004, n° 01-15969 : *JCP E* 2005, p. 868, note J. STOUFFLET
- Cass. com., 31 mars 2004, n° 01-03454 : inédit
- Cass. com., 31 mars 2004, n° 03-16694 : *Bull. civ.* 2004, n° 70 ; *JCP N* 2004, 1303, note H. HOVASSE ; *D.* 2004, p. 1167, note LIENHARD, et p. 2925, note HALLOUIN ; *D.* 2005, p. 1430, note THULLIER ; *Gaz. Pal.* 18 mai 2004, p. 17, avis LAFORTUNE ; *JCP E* 2004, 929, note RABREAU, et 1510, note CAUSSAIN, DEBOISSY et WICKER ; *Dr. société* 2004, comm. 107, note HOVASSE ; *Bull. Joly Sociétés 2*004, p. 836, avis LAFORTUNE et note MADON et JACOMET ; *Dr. et patrimoine* juill.-aout 2004, p. 110, note PORACCHIA ; *Rev. sociétés* 2004, p. 317, note LE CANNU ; *RTD civ.* 2004, p. 318, note REVET ; *LPA* 25 oct. 2004, p. 11, note JAMBORT, et 10 déc. 2004, p. 5, note KADDOUCH ; *Defrénois* 2005, art. 38132, note FIORINA, et art. 38166, note J. HONORAT
- Cass. com. 28 avr. 2004, n° 02-15054 : *Bull. civ*. 2004, n° 72, p. 74 ; *Banque et droit* 2004, n° 96, p. 56, note TH. BONNEAU ; *D*. 2004, act. jurispr. p. 1380, note V. AVENA-ROBARDET ; *D*. 2006, pan. 156, note SYNVET ; *JCP E* 2004, 830, note J. STOUFFLET ; *JCP G*, II, 10105, note C. CUTAJAR ; *LPA* 28 mai 2004, p. 5, rapport M. COHEN-BRANCHE ; *RD bancaire et fin.* 2004, p. 243, note F.-J. CREDOT et Y. GERARD ; *RTD com*. 2004, p. 577 note M. CABRILLAC
- Cass. com., 12 mai 2004, n° 00-15618 : *Bull. civ.* 2004, n° 94 ; *Rev. sociétés* 2005, p. 140, note L. GODON ; *JCP G* 2004, I, 10513, note A. CONSTANTIN ; *Dr. et patrimoine* 2004, n° 131, p. 90, note D. PORACCHIA ; *Bull. Joly Sociétés* 2004, p. 1116, note D. SCHMIDT ; *JCP E* 2004, 1510, note J.-J. CAUSSAIN, F. DEBOISSY et G. WICKER ; *JCP E* 2004, 1393, note F.-G. TREBULLE ; *LPA* 16 juill. 2004, p. 25 note S. REIFEGERSTE ; *D.* 2004, p. 1599, note. A. LIEHNARD ; *JCP G*, 2004, II, p. 1754, note D. GREGORY ; *Gaz. Pal.* 2005, p. 645, note D. GUEVEL ; *Dr. sociétés* 2004, comm. 147, note H. HOVASSE ; *JCP E* 2004, II, 1393, note F.-G. TREBULLE; *RDC* 2004, p. 923, note D. MAZEAUD ; *RTD civ.* 2004, p. 500, note J. MESTRE et B. FAGES
- Cass. com., 19 mai 2004, n° 01-16900 : *Rev. proc. coll*. 2004, p. 224, n° 3, note PH. ROUSSEL GALLE
- Cass. com., 2 juin 2004, n° 03-11090 : *Bull. civ.* 2004, IV, 113 ; *Bull. Joly Sociétés* 2004, p. 1366, note PH. PETEL ; *D.* 2004, p. 1815, note A. LIENHARD ; *Dr. et patrimoine* oct. 2004, p. 118, note M.-H. MONSERIE-BON ; *Act. proc. coll.* 2004, n° 13, comm. 165, note J. VALLANSAN ; *JCP E* 2004, 1550, note F. VINCKEL

- Cass. com., 16 juin 2004, n° 02-13526
- Cass. com., 23 juin 2004, n° 01-10106 et n° 01-14275 : *Bull. civ.* 2004, n° 134 et 135 ; *Bull. Joly Sociétés* 2005, p. 295, n° 49, note J. VALLANSAN ; *JCP E* 2004, 1510, n° 9, note J.-J. CAUSSAIN, FL. DEBOISSY, G. WICKER ; *Dr. sociétés* 2004, comm. 163, note F.-G. TREBULLE ; *Rev. sociétés* 2005, p. 131, note F.-X. LUCAS ; *D*. 2004, p. 1976, note A. LIENHARD ; *RTD com*. 2004, p. 740, note CL. CHAMPAUD et D. DANET
- Cass. com., 30 juin 2004, n° 03-12627 : *Bull. civ.* 2004, n° 136 ; *Act. proc. coll.* 2004, n° 16, comm. 203, note M.-H. MONSERIE-BON ; *D.* 2004, p. 2043, note A. Lienhard et p. 2429, note F. DERRIDA, P. JULIEN et J.-F. RENUCCI ; *JCP E* 2004, 1550, note F. VINCKEL *; JCP E* 2005, 31, note PH. PETEL
- Cass. com., 30 juin 2004, n° 02-20729 : *RD bancaire et fin.* 2004, p. 413, note F.-X. LUCAS
- Cass. com. 7 juill. 2004, n° 01-15677 : *Dr. et patrimoine* mars 2005, p. 99, note D. PORACCHIA
- Cass. com., 7 juill. 2004, n° 01-11470 : inédit
- Cass. com., 7 juillet 2004, n° 02-17729 : *Bull. Joly Sociétés* 2004, p. 1531, note H. LE NABASQUE ; *Option fin.* 28 févr. 2005, p. 30, note A. CHARVERIAT ; *Propr. intell.* 2005, n° 16, p. 363, note J. PASSA
- Cass. com., 28 septembre 2004, n° 03-12023: *Bull. civ.* 2004, n° 173 ; *D*. 2004, p. 2653, note A. LIENHARD ; *Bull. Joly Sociétés* 2005, p. 37, note P. LE CANNU ; *Act. proc. coll*., 2004-17, comm. 207, obs. J. VALLANSAN
- Cass. com., 28 sept. 2004, n° 02-10680 : inédit
- Cass. com., 12 oct. 2004, n° 02-16762 : *Bull. civ*. 2004, n° 184 ; *D*. 2004, p. 2790 ; *JCP G* 2005, I, 107, n° 4, note M. CABRILLAC et PH. PETEL ; *Bull. Joly Sociétés* 2005, p. 27, note A. CERATI-GAUTHIER ; *Rev. sociétés* 2005, p. 219, note D. PORACCHIA ; *Defrénois* 2005, art. 38177, note D. GIBIRILA ; *Rev. proc. coll*. 2005, p. 230, note M.-P. DUMONT ; *Rev. proc. coll*. 2006, p. 46, note C. LEBEL ; *RTD com*. 2005, p. 96, note C. CHAMPAUD et D. DANET, p. 125, note M.-H. MONSERIE-BON, et p. 592, note C. SAINT-ALARY-HOUIN
- Cass. com., 30 nov. 2004, n° 01-16274 : *Bull. civ.* 2004, n° 212 ; *D*. 2005, p. 218, note A. LIENHARD ; *Bull. Joly Sociétés* 2005, p. 410, note B. SAINTOURENS ; *Rev. sociétés* 2005, p. 235, note I. URBAIN-PARLEANI ; *RTD com.* 2005, p. 117, note P. LE CANNU ; *RJDA* 2005, n° 995
- Cass. com., 30 nov. 2004, n° 01-16581 : *Bull. Joly Sociétés 2*005, p. 241, note P. LE CANNU ; *JCP E* 2005, 17 et 131, chron. n° 2 et 3, note J.-J. CAUSSAIN, FL. DEBOISSY et G. WICKER
- Cass. com., 14 déc. 2004, n° 04-13059 : *Bull. civ.* 2004, n° 229, *Rev. sociétés* 2005, p. 448, note B. BOULOC ; *Bull . Joly Sociétés* 2005, p. 512, note D. SCHMIDT ; *Dr. sociétés* avr. 2005, comm. p. 26, note H. HOVASSE
- Cass. com., 14 déc. 2004, n° 01-02511 : *Bull. CNCC* 2004, p. 685, note PH. MERLE
- Cass. com., 25 janv. 2005, n° 00-22457 : *RJDA* 2005, n° 704 ; *Rev. sociétés* 2005, p. 828, note B. LECOURT
- Cass. com., 25 janv. 2005, n° 01-10740 : *Bull. Joly Sociétés* 2005, p.599, note B. LE BARS
- Cass. com. 25 janv. 2005, n° 01-11377 : inédit
- Cass. com., 1er févr. 2005, n° 03-13140 : inédit
- Cass. com., 15 févr. 2005, n° 03-16369 : *Bull. civ.* 2005, n° 27 ; *RTD com*. 2005, p. 422, note J.-L. VALLENS
- Cass. com., 22 févr. 2005, n° 03-17421 : *D*. 2005, p. 1430, note B. THULLIER, et p. 2952, note J.-C. HALLOUIN et E. LAMAZEROLLES ; *Rev. sociétés* 2005, p. 353, note P. LE CANNU ; *JCP E* 2005, 1046, note J.-J. CAUSSAIN, F. DEBOISSY et G. WICKER ; *Dr. et patrimoine*, mai 2005, p. 63, étude A. PIETRANCOSTA (en annexe), et p. 102, note D. PORACCHIA ; *Defrénois* 2005, art. 38275, note D. FIORINA; *JCP E* 2005, 968, note R. KADDOUCH; *JCP N* 2005, 1428, note J.-P. GARÇON
- Cass. com., 22 févr. 2005, n° 01-13642 : *Bull. Joly Sociétés* 2005, p. 1105, note TH. MASSART
- Cass. com. 8 mars 2005, n° 02-10619 : inédit
- Cass. com., 15 mars 2005, n° 03-20675 : inédit
- Cass. com., 15 mars 2005, n° 03-19577 : inédit
- Cass. com., 12 avril 2005, n° 04-11994 : *Bull. civ*. 2005, n° 87 ; *Act. proc. coll.* 2005, n°8, comm. 104, note C. REGNAUT-MOUTIER ; *RD bancaire et fin.* 2005, comm. 99, note F.-X. LUCAS
- Cass. com., 19 avril 2005, n° 02-17133 : *RJDA* 2005, n° 1109
- Cass. com., 10 mai 2005, n° 04-11222 : *RJDA* 2005, n° 1006 ; *Gaz. Pal.* 4 nov. 2005, p. 18, note CH. BIDAN
- Cass. com., 14 juin 2005, n° 03-12339 : *Bull. civ.* 2005, n° 130 ; *RTD civ.* 2005, p. 774, note J. MESTRE et B. FAGES

- Cass. com., 12 juill. 2005, n° 03-14045 : *Bull. civ.* 2005, IV n° 174 ; *JCP E* 2005, p. 2163, note J.-J. CAUSSAIN, F. DEBOISSY et G. WICKER ; *Bull. Joly Sociétés* 2006, p. 22, note B. SAINTOURENS ; *Dr. sociétés* 2005, comm. 175, note J.-P. LEGROS ; *D.* 2005, p. 2071, note A. LIENHARD ; *Rev. sociétés* 2006, p. 162, note F.-X. LUCAS ; *JCP E* 2006, 1066, note Ph. PETEL et M. CABRILLAC
- Cass. com., 27 sept. 2005, n° 03-18952 : *Bull. Joly Sociétés* 2006, p. 512, note p. SCHOLER
- Cass. com. 27 sept. 2005, n° 04-11183 : *Dr. sociétés* 2006, comm. 7, note J. MONNET
- Cass. com., 11 oct. 2005, n° 03-15448 : *Rev. société* 2006, p. 570, note A. CERATI-GAUTHIER ; *Bull. Joly Sociétés* 2006, p. 624, note L. GODON
- Cass. com., 11 oct. 2005, n° 03-19161 : *Bull. civ*., 2005, n°209 ; *Rev. sociétés* 2006, p. 618, note L. AMIEL-COSME
- Cass. com., 11 oct. 2005, n° 04-14188 : *Bull. Joly Sociétés* 2006, p. 632 note T. MASSART
- Cass. com., 11 oct. 2005, n° 03-17382 : *Dr. sociétés*, 2006, comm. 59, note H. HOVASSE ; *Bull. CNCC* 2005, p.653, note PH. MERLE
- Cass. com., 2 nov. 2005, n° 02-15895 : *Bull. Joly Sociétés* 2006, p. 469, note F.-X. LUCAS ; *Banque et droit* 2006, n°107 p. 38, note M. STORCK, Q. URBAN, et I. RIASSETTO ; *Rev. sociétés* 2006, p. 398, note D. PORACCHIA
- Cass. com., 8 nov. 2005, n° 03-19679 : *RJDA* 2006, n° 271
- Cass. com., 8 nov. 2005, n° 04-11307 : *Resp. civ. et assur.* mars 2006, p. 14
- Cass. com., 15 nov. 2005, n° 04-19293 : *Bull. civ.* 2005, n° 244 ; *RJDA* 2006, p. 247
- Cass. com., 22 nov. 2005, n° 03-16548 : *Dr. sociétés* 2006, comm. 58, note H. HOVASSE
- Cass. com., 22 nov. 2005, n° 03-19860 et n° 03-18651 : *Rev. sociétés* 2006, p. 526, note L. GODON
- Cass. com., 29 nov. 2005, n° 04-17602 : *Act. proc. coll.* 2005, n° 20, comm. 258, note C. REGNAUT-MOUTIER ; *Dr. sociétés* 2006, comm. 39, note J.-P. LEGROS
- Cass. com., 6 déc. 2005, n° 04-10287 : *Bull. civ.* 2005, n° 245 ; *Bull. Joly Sociétés* 2006, p. 792, note L. GODON ; *D.* 2006, p. 67, note Y. LIENHARD ; *JCP G* 2006, I, 168 et *JCP E* 2006, 2035, note J.-J. CAUSSAIN, FL. DEBOISSY, G. WICKER ; *RTD com.* 2006, p. 141, note P. LE CANNU ; *Rev. sociétés* 2006, p. 570, note A. CERATI- GAUTHIER
- Cass. com., 17 janv. 2006, n° 05-10167 : *Bull. civ.* 2006, n° 12 ; *RTD com.* 2006, p. 605, note C. CHAMPAUD et D. DANET ; *Bull. Joly Sociétés* 2006, p. 624, note L. GODON ; *Rev. sociétés* 2006, p. 570, note A. CERATI-GAUTHIER ; *RJDA* 2006, n° 547 ; *JCP E* 2006, 1981, note D. GIBIRILA
- Cass. com. 31 janv. 2006, n° 04-14182 : *Bull. Joly Sociétés* 2006, p. 784, note p. SCHOLER
- Cass. com., 14 févr. 2006, n° 04-11969 : *Bull. Joly Sociétés* 2006, p. 897, note J.-F. BARBIERI
- Cass. com., 28 févr. 2006, n° 04-17566 : *Dr. sociétés* 2006, comm. 75, note H. HOVASSE ; *RDC* 2006, p. 798, note F.-X. LUCAS
- Cass. com. 7 mars 2006, n° 04-16536 : *Bull. civ*. 2006, n° 61 ; *D.* 2006, p. 857, note A. LIENHARD ; *RTD com.* 2006, p. 731, note P. LE CANNU ; *JCP E* 2006, p. 1170, note J.-J. CAUSSAIN, F. DEBOISSY et G. WICKER ; *Bull. Joly Sociétés* 2006, p. 938, note F.-X. LUCAS ; *Rev. sociétés* 2006, p. 644, note J.-F. BARBIERI
- Cass. com., 30 mai 2006, n° 05-14248 : *Bull. civ.* 2006, n° 131 ; *D*. 2006, p. 1683, note A. LIENHARD ; *RTD com*. 2006, p. 910, note A. MARTIN-SERF
- Cass. com., 13 juin 2006, n° 05-12093 : *D.* 2007, pan. 43, note P.-M. LE CORRE
- Cass. com., 20 juin 2006, n° 05-11815 : inédit
- Cass. com., 20 juin 2006, n° 05-11059 : *Resp. civ. et ass.* 10/2006, p. 17 ; *RTD com.* 2006, p. 649, note D. LEGEAIS ; *RD bancaire et fin.* nov. 2006, p. 13, note TH. SAMIN et F.-J. CREDOT
- Cass. com. 27 juin 2006, n° 04-19239 : inédit
- Cass. com., 27 juin 2006, n° 04-15831 : *Bull. civ.* 2006, n° 151 ; *Bull. Joly Sociétés* 2006, p. 1372, note F.-X. LUCAS ; *Banque et droit* 2006, n° 110, p. 59, note M. STORCK ; Dr. sociétés 2006, comm. 160, note J.-P. Legros ;D. 2006, p. 2534, note R. DAMMANN et J. PASZKUDZKI
- Cass. com., 27 juin 2006, n° 05-14271 : *Bull. civ.* IV, n° 152 ; *Dr. sociétés* 2007, comm. 6, note J.-P. LEGROS
- Cass. com., 4 juillet 2006, n° 05-13930 : *Bull. civ*. 2006, n° 166 : *Bull. Joly Sociétés* 2007, p. 93, note B. DONDERO ; *RTD com.* 2006, p. 848, note C. CHAMPAUD, et D. DANET ; *Dr. sociétés* 2006, comm. 143, note J. MONNET et H. HOVASSE

- Cass. com., 11 juill. 2006, n° 05-12024 : *Dr. sociétés* 2007, comm. 1, note H. LECUYER
- Cass. com., 3 oct. 2006, n° 05-12410 : *RTD com*. 2007, p. 164, note P. LE CANNU ; *Rev. sociétés* 2007, p. 117, note PH. MERLE ; *RJDA* 2007 n° 170 ; *D*. 2006, p. 2670, note A. LIENHARD ; *Bull. Joly Sociétés* 2007, p. 33, note J.-F. BARBIERI
- Cass. com., 7 nov. 2006, n° 05-16978 : *Gaz. Pal.* 19 janv. 2007, p. 26, note CH. BIDAN
- Cass. com., 19 déc. 2006, n° 05-15803 : *Bull. civ.* 2006, n° 269 ; *Rev. sociétés* 2007, p. 331, note B. SAINTOURENS ; *Bull. Joly Sociétés* 2007, p. 502, note P. LE CANNU ; *RTD com.* 2007, p. 168, note P. LE CANNU
- Cass. com., 6 févr. 2007, n° 05-19008 : *Bull. civ.* 2007, n° 28 ; *Dr. sociétés* 2007, comm. 73, p. 34, note H. HOVASSE ; *Bull. Joly Sociétés* 2007, p. 690, note SCHOLLER ; *RJDA* 2007, n° 732 ; *JCP G* 2007, IV, 1540 ; *JCP E* 2007, 1392
- Cass. com., 6 févr. 2007, n° 06-10109 : *D.* 2007, p. 725, note X. DELPECH ; *Bull. Joly Sociétés* 2007, p. 816, note TH. GRANIER
- Cass. com., 13 févr. 2007, n° 05-20126 : *Bull. civ.* 2007, n° 41 ; *Dr. société* 2005, comm. 95, note J.-P. LEGROS ; *D*. 2007, p. 1303, note M.-L. BELAVAL et R. SALOMON ; *Bull. Joly Sociétés* 2007, p. 697, note A. LECOURT ; *Rev. soc*. 2007, p. 630, note B. SAINTOURENS ; *Gaz. Pal.* 20 juill. 2007, p. 57, note TH. MONTERAN
- Cass. com., 13 févr. 2007 : n° 05-12261 : inédit
- Cass. com., 10 mars 2007, n° 05-18878 : inédit
- Cass. com., 20 mars 2007, n° 05-19225 : *Bull. civ.* 2007, n° 97 ; *Dr. sociétés* 2007, comm. 87, note H. LECUYER ; *JCP E* 2007, 1755, note A. VIANDIER, et 1877, n° 3, note J.-J. CAUSSAIN, FL. DEBOISSY, G. WICKER, p. 4 ; *JCP E* 2008, 1721, note M.-C. MONSALLIER-SAINT MLEUX
- Cass. com., 2 mai 2007, n° 05-21295 : *Dr. sociétés* 2007, comm. 148, note H. LECUYER
- Cass. com., 12 juin 2007, n° 06-13900 : *RTD com.* 2008, p. 131, note P. LE CANNU et B. DONDERO ; *Bull. Joly Sociétés* 2008, p. 43, note B. SAINTOURENS
- Cass. com., 19 juin 2007, n° 06-12101 : *Bull. civ.* 2007, n° 169 ; *D*. 2007, act. jurispr. p. 1965, note A. LIENHARD
- Cass. com., 26 juin 2007, n° 06-13566 : *RTD com.* 2008, p. 128, note B. DONDERO et P. LE CANNU
- Cass. com., 3 juill. 2007, n° 05-21884 : *Bull. civ.* 2007, n° 183 ; *D.* 2007, act. jurispr. p. 2108, note DELPECH
- Cass. com., 10 juill. 2007, n° 06-16548 : *Bull. civ.* 2007, n° 193 ; *Bull. Joly Sociétés* 2007, p. 1242, note D. PORACCHIA ; *RTD com*. 2007, p. 783, note P. LE CANNU et B. DONDERO ; *Rev. sociétés* 2007, p. 793, note B. SAINTOURENS ; *Dr. sociétés* 2007, comm. 179, note H. HOVASSE ; *JCP G* 2007, II, 10198 ; *RJ com.* 2007, p. 348, note J.-P. LEGROS
- Cass. com., 10 juillet 2007, n° 06-16165
- Cass. com., 23 oct. 2007, n° 06-16537 : *Bull. civ.* 2007, n° 225 ; *D.* 2007, p. 2726, note A. LIENHARD, et 2008, p. 47, note Y. PACLOT ; *Bull. Joly Sociétés* 2008, p. 101, note D. SCHMIDT ; *Rev. sociétés* 2007, p. 814, note P. LE CANNU ; *RTD com*. 2007, p. 791, note P. LE CANNU et B. DONDERO
- Cass. com., 6 nov. 2007, n° 05-13402 : *Dr. sociétés* 2008, comm. 27, note R. MORTIER ; *Rev. Lamy dr. aff.* janv. 2008, p. 15, note A. FAUSSURIER
- Cass. com., 13 nov. 2007, n° 06-15826 ; *RD bancaire et fin.* 2008, p. 40, note A. CERLES ; *RTD com.* 2008, p. 167, note D. LEGEAIS ; *Dr. sociétés* 2008, comm. 32, note H. HOVASSE ; *JCP E* 2008, 1280, n° 3, note J.-J. CAUSSAIN, FL. DEBOISSY et G. WICKER
- Cass. com., 13 nov. 2007, n° 06-18516 : inédit
- Cass. com., 20 nov. 2007, n° 06-13993 et 06-13994 : inédit
- Cass. com., 8 janv. 2008, n° 06-17247 : *Gaz. Pal.* 29 avril 2008, n° 120 p. 27, note E. L.- B.
- Cass. com., 8 janv. 2008, n° 06-17986 : inédit
- Cass. com., 22 janv. 2008, n° 06-20379 : *Bull. civ.* 2008, n° 9 ; *Defrénois* 2008, art. 38783, note D. GIBIRILA ; L. NURIT-PONTIER, « SA à directoire : qui peut déléguer un préposé pour déclarer les créances de la société ? », *Bull. Joly Sociétés* 2008, p. 419
- Cass. com., 5 févr. 2008, n° 06-21879 : *Bull. civ.* 2008, n° 27 ; *Rev. Lamy dr. aff.* 2008, n° 26, p. 17, note M. FILIOL DE RAIMOND
- Cass. com., 26 février 2008, n° 05-18569 : *Bull. Joly Sociétés* 2008, p. 657, note P. LE CANNU

- Cass. com., 18 mars 2008, n° 02-21616 : *JCP E* 2008, p. 2022, note CH. DELATTRE ; *Dr. société* 2008, comm. 151, note J.-P. LEGROS
- Cass. com., 27 mai 2008, n° 07-15132 : *Bull. civ.* 2008, n° 105 ; *Banque et droit* 2008, n° 120, p. 14 note TH. BONNEAU et p. 44, note M. STORCK ; *Bull. Joly Sociétés* 2008, p. 667, note J. F. BARBIERI
- Cass. com., 6 mai 2008, n° 07-13198
- Cass. com. 3 juin 2008, n° 07-12307 : *Bull. Joly Sociétés* 2009, p. 124, note L. GODON
- Cass. com. 3 juin 2008, n° 07-12017 : *Bull. civ*. 2008, n° 114 ; *RD bancaire et fin.* 07/2008, p. 55, note D. LEGEAIS ; *RTD civ.* 2008, p. 701, note P. CROCQ ; *Bull. Joly Sociétés* 2008, p. 888, note J.-P. GARÇON ; *Rev. sociétés* 2009, p. 113, note B. DONDERO ; *RDC* 2009, p. 209, note A. AYNES
- Cass. com., 17 juin 2008, n° 06-15045 : *Bull. civ.* 2008, n° 125 ; *Rev. sociétés* 2008, p. 826, note J.-F. BARBIERI ; *Rev. Lamy dr. aff.* nov. 2008, p. 10, note D. GIBIRILA ; *Dr. sociétés* 2008, comm. 176, note R. MORTIER ; *D.* 2008, p. 1818, note A. LIENHARD ; *RTD com.* 2008, p. 588, note M.-H. MONSERIE-BON et L. GROSCLAUDE
- Cass. com., 1er juill. 2008, n° 07-16215 : inédit
- Cass. com., 16 sept. 2008, n° 07-15693 : inédit
- Cass. com., 30 sept. 2008, n° 07-17450 : inédit
- Cass. com., 14 oct. 2008, n° 07-16522 : inédit
- Cass. com., 21 oct. 2008, n° 07-17464 : *Bull. Joly Sociétés* 2009, p. 261, note J.-F. BARBIERI
- Cass. com., 4 nov. 2008, n° 07-10152 : inédit
- Cass. com., 4 nov. 2008, n° 07-19303 : *RTD com.* 2009, p. 152, note C. CHAMPAUD et D. DANET
- Cass. com., 3 févr. 2009, n° 08-14740 : inédit
- Cass. com., 10 février 2009, n° 07-20445 : *Rev. sociétés* 2009, p. 328, note J.-F. BARBIERI ; *Bull. Joly Sociétés* 2009, p. 499, note S. MESAÏ-BAHRI ; *JCP E* 11 juin 2009, p. 34, note B. DONDERO ; *Dr. sociétés* 2009, comm. 143, note J.-P. LEGROS ; *RTD civ.* 2009, p. 537, note P. JOURDAIN
- Cass. com., 17 mars 2009, n° 08-11268 : *Rev. Lamy dr. aff.* mai 2009, p. 14, note J. MESTRE
- Cass. com., 17 mars 2009, n° 07-20667 : *Bull. civ.* 2009, n° 40 ; *Bull. Joly Sociétés* 2009, p. 682, note TH. GRANIER
- Cass. com., 26 mai 2009, n° 08-13611 : *Bull. Joly Sociétés* 2009, p.965 note J.-F. BARBIERI
- Cass. com., 9 juin 2009, n° 08-10350 : *RDC* 2009, p. 1359, obs. D. MAZEAUD
- Cass. com., 23 juin 2009, n° 08-15312 : *Bull. Joly Société* 2009, p. 1094, note B. DONDERO
- Cass. com., 23 juin 2009, n° 08-15909 : inédit
- Cass. com, 7 juill. 2009, n° 08-13536 : *Bull. civ.* 2009, n° 92 ; *D.* 2009, p. 2318, note J. LASSERRE-CAPDEVILLE ; *JCP E* 2009, 1948, note D. LEGEAIS
- Cass. com., 7 juill. 2009, n° 0815.835 : *Bull. civ.* 2009, n° 106 ; *Dr. sociétés* 2009, comm. 205, note D. GALLOIS-COCHET ; *JCP E* 2010, 1088, note K. RODRIQUEZ
- Cass. com., 6 oct. 2009, n° 08-15378 : inédit
- Cass. com., 13 oct. 2009, n° 08-15722 : *Bull. Joly Sociétés* 2010, p. 29, note A. LECOURT
- Cass. com., 20 oct. 2009, n° 08-20274 : *Bull. civ.* 2009, n° 127 ; *D.* 2009, p. 2607, note X. DELPECH et p. 2971, note D. HOUTCIEFF ; *JCP E* 2009, 2053, note D. LEGEAIS ; JCP G 2009, 482, note S. PIEDELIEVRE ; *RD bancaire et fin.* janv. 2010, p.39, note D. LEGEAIS ; *RDC* 2010 p. 30, note D. MAZEAUD ; *LPA* 19 févr. 2010, p. 11, note Y. DAGORNE-LABBE
- Cass. com., 9 mars 2010, n° 08-21547 et 08-21793 : *Bull. civ.* 2010, n° 48, *Dr. et patrimoine* mai 2011, p. 79, note D. PORACCHIA ; *Rev. sociétés* 2010, p. 230, note H. LE NABASQUE ; *D.* 2010, p. 761, note A. LIENHARD ; *RTD civ.* 2010, p. 575, note P. JOURDAIN ; *Dr. sociétés* 2010, comm. 109, note M.-L. COQUELET ; *Bull. Joly Sociétés 2*010, p. 316, note N. RONTCHEVSKY et p. 537, note D. SCHMIDT
- Cass. com., 16 mars 2010, n° 08-21091 : inédit
- Cass. com., 30 mars 2010, n° 08-17841 : *Bull. civ.* 2010, n° 69 ; *Bull. Joly Sociétés* 2010, p. 533, note R. RAFFRAY ; D. 2010, p. 1678, note B. DONDERO ; *Rev. sociétés* 2010, p. 304, note P. LE CANNU ; *Dr. sociétés* 2010, comm. 117, note M. ROUSSILLE ; *JCP E* 2010, 1416, note A. COURET
- Cass. com., 12 mai 2010, n° 09-13496 : *RGDA* 2004, p. 776, note J. BIGOT
- Cass. com., 18 mai 2010, n° 09-66172 : *Bull. Joly Sociétés* 2010, p. 812, note B. DONDERO ; *JCP E* 16 sept. 2010, p. 33, note M. ROUSSILLE ; *Dr. société* 2010, comm. 161, note M. ROUSSILLE

- Cass. com., 18 mai 2010, n° 09-14281 : *Rev. sociétés* 2010, p. 590, note TH. GRANIER ; *Bull. Joly Sociétés* 20010, p. 665, note J.-F. BARBIERI
- Cass. com., 26 mai 2010, n° 08-18545 : *Bull. civ.* 2010, n° 99
- Cass. com., 28 sept. 2010, n° 09-66255 : *Bull. civ.* 2010, n° 146 ; *D.* 2010, p. 2290, note A. LIENHART ; *Rev. sociétés* 2011, p. 97 note B. DONDERO ; *JCP E* 2010, 2084 note M. ROUSSILLE ; *Bull. Joly Sociétés* 2010 p. 976, note A. COURET
- Cass. com., 9 nov. 2010, n° 09-71284 : *Rev. sociétés* 2011, p. 421, note J.-F. BARBIERI ; *Bull. Joly Sociétés 2*011, p. 110, note B. DONDERO
- Cass. com., 23 nov. 2010, n° 09-15339 : *Bull. Joly Sociétés* 2011, p. 186, note J. COUARD ; *Rev. sociétés* 2011, p. 33, note A. LIENHARD
- Cass. com., 30 nov. 2010, n° 09-71954 : *Bull. Joly Entr. en diff.* 2011, p. 138, note C. VINCENT
- Cass. com., 8 févr. 2011, n° 10-11788 : *JCP E* 27 oct. 2011, p. 40, note F.-G. TREBULLE ; *Bull. Joly Sociétés* 2011, p. 288, note F.-X. LUCAS ; *JCP E* 12 mai 2011, p. 27, note B. DONDERO
- Cass. com., 8 févr. 2011, n° 09-17177 : *Rev. sociétés* 2011, p. 509, note TH. GRANIER ; *Bull. CNCC* 2011, p. 245, note PH. MERLE ; *Bull. Joly Sociétés* 2011, p. 412, note J.-F. BARBIERI
- Cass. com., 8 févr. 2011, n° 09-17034 : *Bull. civ.* 2011, n° 19 ; *RTD civ.* 2011, p. 350, note B. FAGES ; *Bull. Joly Sociétés* 2011, p. 378, note F.-X. LUCAS ; *D*. 2011, p. 1535, note BOUCOBZA et SERINET
- Cass. com., 15 févr. 2011, n° 10-14912 : inédit
- Cass. com. 27 avril 2011, n° 10-17138 : *Bull. Joly Sociétés* 2011, p. 677, note J. COUARD ; *Rev. sociétés* 2012, p. 110, note J.-F. BARBIERI
- Cass. com., 10 mai 2011, n° 10-16323 : *Bull. Joly Sociétés* 2011, p. 874, note F.-X. LUCAS ; *Rev. sociétés* 2011, p. 566, note B. SAINTOURENS ; *Dr. sociétés* 2011, comm. 148, note R. MORTIER
- Cass. com., 31 mai 2011, n° 09-13975 : *Bull. civ.* 2011, IV ; *D.* 2011, p. 1551, note A. LIENHARD ; *Bull. Joly Sociétés* 2011, p. 817, note B. SAINTOURENS ; *JCP E* 2011, 1655, note B. DONDERO et A. COURET
- Cass. com. 31 mai 2011, n° 10-20043 : *RD bancaire et fin.* juill. 2011, p. 40, note J. DJOUDI
- Cass. com., 15 juin 2011, n° 09-14578 : inédit
- Cass. com., 6 sept. 2011, n° 10-15525 : *Bull. Joly Sociétés* 2011, p. 960, note T. MASSART
- Cass. com., 13 sept. 2011, n° 10-20644 : *Banque et droit* 2011, n° 140, p. 20, note TH. BONNEAU ; *RD bancaire et fin.* 2011, comm. 204, note J. DJOUDI
- Cass. com., 22 nov. 2011, n° 10-30101 : *Bull. civ.* 2011, IV ; *Rev. Lamy dr. aff.* janv. 2012, p. 34, note D. CHEMIN-BOMBEN et févr. 2012, p. 32, note S. PIEDELIEVRE ; *JCP G* 2012, 105, note J. LASSERRE CAPDEVILLE ; *Rev. Banque*, janv. 2012, p. 73, note J.-L. GUILLOT et P.-Y. BERARD ; *D.* 2011, p. 2924, note X. DELPECH ; *Banque et droit* 2012, n° 142, p. 19, note TH. BONNEAU
- Cass. com., 13 déc. 2011, n° 10-26968 : *JCP E* 2011, 1047
- Cass. com., 10 mai 2012, n° 11-15206 : *RD bancaire et fin.* juill. 2012, p. 46, note J. DJOUDI

CHAMBRE SOCIALE

- Cass. soc., 15 mars 1956 : *Bull. civ.* 1956 n° 256
- Cass. soc., 22 juill. 1957 : *D*. 1957, p. 674
- Cass. soc., 27 nov. 1958 : *D.* 1959, p. 20, note LINDON ; *RTD civ.* 1959, p. 731, note H. et L. MAZEAUD et p. 753, note J. CARBONNIER ; *JCP G* 1959, II, 11143, note J. BRETHE DE LA GRESSAYE
- Cass. soc., 4 juin 1969 : *Bull. civ*. 1969, n° 367 ; *Dr social* 1969, p. 516, note J. SAVATIER
- Cass. soc., 6 oct. 1977, n° 76-40738 : *Bull. civ.* 1977, n° 518
- Cass. soc., 8 juin 1979, n°78-40288 : *Bull. civ.* 1979, n° 511
- Cass. soc., 8 mars 1984 : *Bull. civ.* 1984, n° 92
- Cass. soc., 21 janv. 1987, n° 83-44546 : *Bull. civ*. 1987, n° 31
- Cass. soc., 22 oct. 1987, n° 86-11385 : *Bull. civ.* 1987, n° 59
- Cass. soc., 29 oct. 1987, n° 85-15244 : *Bull. civ.* 1987, n° 605 ; *GAD trav.* 2008, n° 144 ; *JCP G* 1988, 20990, note M. GIRAULT ; *Dr. ouvr.* 1989, p. 15
- Cass. soc., 3 avril 1990, n° 87-44904 : *Rev. sociétés* 1990, p. 625, note Y. G.
- Cass. soc., 26 sept. 1990, n° 89-10258 : *Bull. civ*. 1990, n° 400

- Cass. soc., 24 mars 1993, n° 88-42887 : *Bull. civ.* 1993, V n° 98 ; J. SAVATIER, « Les attributions des délégués du personnel », *Dr. social* 1993, p. 746
- Cass. soc., 30 juin 1993, n° 90-20158 : *Bull. civ.* 1993, n° 190 ; *JCP E* 1993, pan. 1118
- Cass. soc., 8 mars 1995, n° 91-16002 : *Bull. civ.* 1995, n° 81 ; *Dr. social* 1995, p. 393, notre M. COHEN
- Cass. soc., 13 nov. 1996, n° 94-13187 : *Bull. civ.* 1996, n° 386 ; *Dr. social* 1996, p. 1067, note J.-J. DUPEYROUX ; *JCP E* 1997, II, 911, note J. BARTHELEMY
- Cass. soc., 30 avril 1997, n° 94-41320 : *Bull. civ.* 1997, n° 148 *Dr. social* 1998, p. 25, chron. A. COEURET
- Cass. soc., 14 mai 1997, n° 94-42415 : inédit
- Cass. soc., 10 déc. 1997, n° 95-42661 : *Bull. civ.* 1997, n° 434
- Cass. soc., 26 mai 1998, n° 95-15883 : *RJS* 1998, n° 1243
- Cass. soc., 21 nov. 2000, n° 98-45420 : *Bull. civ.* 2000, n° 384 ; *Dr. social* 2001, p. 209, note J. SAVATIER ; *LPA* 12 avr. 2001, p. 6, note G. PICCA et A. SAURET
- Cass. soc., 28 nov. 2000, n° 98-19594 : *Bull. civ.* 2000, V., n° 398 ; *Dr. social* 2001, p. 212, note CH. RADE
- Cass. soc., 25 janv. 2001, n° 99-12376 : *Bull. civ*. 2001, n° 26 ; *BRDA* 2001, n° 5, p. 5
- Cass. soc., 19 févr. 2002, n° 00-14766 : *Bull. civ.* 2002, n° 70
- Cass. soc., 2 juill. 2002, n° 00-13111 : *Bull. civ.* 2002, n° 229 ; *Dr. social* 2002, p. 998, note C. RADE
- Cass. soc., 10 juill. 2002, n° 00-42340 : *Bull. civ.* 2002, n° 242 ; *JCP E* 2003, p. 219, note PH. PETEL ; *D.* 2002, act. jurispr. p. 2678, note A. LIENHARD
- Cass. soc., 4 mars 2003, n° 01-41864
- Cass. soc., 19 janv. 2005, n° 02-45675 : *Bull. civ.* 2005, n° 10 ; *Bull. Joly Sociétés* 2005, p. 719, note H. LE NABASQUE ; *Dr. social* 2005, p. 475, note J. SAVATIER
- Cass. soc., 20 avril 2005, n° 03-43696 et 03-43734
- Cass. soc., 13 sept. 2005, n° 04-42876 : *Bull. civ.* 2005, n° 255 ; *Act. proc. coll.* 2005, n° 18, comm. 232, note C. REGNAUT-MOUTIER ; *D.* 2006, p. 80, note P.-M. LE CORRE et F.-X. LUCAS
- Cass. soc., 29 nov. 2006, n° 04-48219 : *Bull. civ.* 2006, n° 362 ; *Rev. sociétés* 2007, p. 547, note J.-F. BARBIERI ; *RTD com*. 2007, p. 144, note C. CHAMPAUD et D. DANET ; *Bull. Joly Sociétés* 2007, p. 496, note B. SAINTOURENS
- Cass. soc., 16 mai 2007, n° 06-40062 : inédit
- Cass. soc., 13 févr. 2008, n° 06-44000 : inédit
- Cass. soc., 5 mars 2008, n° 06-60125 : *Bull. civ.* 2008, n° 56 ; *Bull. Joly Sociétés* 2008, p. 474, note B. SAINTOURENS
- Cass. soc., 5 mars 2008, n° 07-40273 : *Bull. civ.* 2008, V. n° 49 ; *Dr. ouvrier* 2008, p. 409, note D. BOULMIER ; *JCP S* 2008, 1310, note D. CORRIGNAN-CARSIN
- Cass. soc., 2 juill. 2008, n° 07-41913 : inédit
- Cass. soc., 17 juin 2009, n° 07-44242 : inédit
- Cass. soc., 29 sept. 2009, n° 08-15035 : *Bull. civ.* 2009, n° 209 ; *Bull. Joly Sociétés* 2010, p. 16, note P.-Y. VERKINDT
- Cass. soc., 30 juin 2010, n° 08-44872 : inédit
- Cass. soc., 29 sept. 2010, n° 09-41465 : inédit
- Cass. soc., 22 sept. 2011, n° 09-72557 : *Cah. Soc. barreau Paris* nov. 2011, p. 289, note S. NOUREDINE
- Cass. soc., 28 sept. 2011, n° 09-67510 : *Bull. soc*. 2011 ; *RJS* 2001, p. 838
- Cass. soc., 3 mai 2012, n° 10-20998 : *Bull. Joly Sociétés* 2012, p. 562, note H. BARBIER

CHAMBRE CRIMINELLE

- Cass. crim., 28 juin 1902 : *Bull. crim*. 1902, n° 237 ; *D*. 1903, I, 585
- Cass. crim., 26 janv. 1938 : *S.* 1939, JP, p. 49, note ROUSSEAU ; *Gaz. pal.* 1938, 2, 193
- Cass. crim., 6 mai 1964, n° 63-92994 : *Bull. crim.* 1964, n° 151 ; *D.* 1964, p. 562
- Cass. crim., 10 nov. 1964, n° 64-90071 : Bull. crim., 1964, n° 291 ; *JCP G* 1965, II, 14146, note R.D.M.
- Cass. crim., 3 mai 1967, n° 66-92965 : *Bull. crim.* 1967, n° 148

- Cass. crim., 24 mars 1969, n° 67-93577 : *Bull. crim.* 1969, n° 130
- Cass. crim., 16 mars 1970, n° 68-90226 : *Bull. crim*. 1970, n° 107
- Cass. crim., 8 juin 1971, n° 70-91873 : *Bull. crim*. 1971, n° 183
- Cass. crim., 24 juin 1971, n° 69-93360 : *Bull. crim.* 1971, n° 207 ; *D.* 1971, jurispr. p. 655
- Cass. crim., 19 oct. 1971, n° 70-90661 : *Bull. crim.* 1971, n° 272
- Cass. crim., 8 déc. 1971, n° 70-93020 : *Bull. crim*. 1971, n° 346
- Cass. crim., 18 mars 1975, n° 74-92118 : *Bull. crim.* 1975, n° 79
- Cass. crim., 16 déc. 1975, n° 75-91045 : *Bull. crim*. 1975, n° 279 ; *JCP G* 1976, II 18476, note M. DELMAS-MARTY
- Cass. crim., 8 févr. 1977, n° 76-91772 : *Bull. crim.* 1977,n° 52 ; *Rev. sc. crim.* 1977, p. 580
- Cass. crim., 19 déc. 1977, n° 76-92980 : *Bull. crim.* 1977, n° 402 ; *JCP* 1979, II, 19227, note J.-H. ROBERT
- Cass. crim., 2 mars 1978, n° 76-92008 : *Bull. crim*., 1978, n° 83 ; *Dr. social* 1978, p. 369, note J. SAVATIER ; *JCP G* 1979, II, 19052, note PH. SALVAGE
- Cass. crim., 27 nov. 1978, n° 77-92287 : Bull. crim., 1978, n° 329 ; *D*. 1979, juripr. p. 123 note J. C.
- Cass. crim., 9 déc. 1981, n° 81-94848 : *Bull. crim.*, 1981, n° 327 ; *D.* 1983, p. 352, note W. JEANDIDIER
- Cass. crim., 15 avr. 1982, n° 81-92936 : *Bull. crim*. 1982, n° 90
- Cass. crim., 8 fév. 1983 : inédit
- Cass. crim, 28 févr. 1983 : *LPA* 8 juin 1983, p. 37
- Cass. crim., 21 mars 1983 : inédit
- Cass. crim., 11 avril 1983 : *Rev. sociétés* 1983, p. 817, note W. JEANDIDIER
- Cass. crim., 31 mai 1983 : inédit
- Cass. crim. 13 juin 1983, inédit
- Cass. crim., 14 juin 1983, n° 87-93334 : inédit
- Cass. crim., 25 juill. 1983 : inédit
- Cass. crim., 14 oct. 1985 : *BRDA* 1985, n° 23, p. 9
- Cass. crim., 29 févr. 1988, n° 81-81373 : *Bull. Joly Sociétés 1*988, p. 370
- Cass. crim., 3 oct. 1988, n° 86-95677 : inédit
- Cass. crim., 6 juin 1989, n° 88-82266 : *Bull. crim.* 1989, n° 243 ; *Rev. sc. crim.* 1990, p. 109, note C. LAZERGES
- Cass. crim. 12 déc. 1989, n° 89-81074 : *Bull. crim.* 1989, n° 477 ; *RJS* 1990, n° 36
- Cass. crim., 3 juin 1991, n° 89-86929 : inédit
- Cass. crim., 9 nov. 1992, n° 92-81432 : *Bull. crim*. 1992, n° 361 ; *Rev. sociétés* 1993, p. 433, note B. BOULOC ; *Bull. Joly Sociétés* 1993, p. 317
- Cass. crim., 1er déc. 1992, n° 89-82689 : *Bull. crim.* 1992, n° 398 ; *RJS* 1993, n° 369
- Cass. crim., 5 janv. 1993, n° 92-81918 : *Bull. crim.* 1993, n° 6
- Cass. crim., 2 févr. 1993, n° 92-80672 : *Dr. pén.* 1993, comm. 139 ; *JCP E* 1993, pan. 847, note J.-H. ROBERT
- Cass. crim., 11 mars 1993, n° 90-84931 : *Bull. crim*. 1993, n° 112 ; *Bull. Joly Sociétés* 1993, p. 666, note M.-E. CARTIER
- Cass. crim., 6 juin 1990, n° 89-83703 : *Bull. crim.* 1990, n° 224 ; *RTD civ.* 1991, p. 121, note P. JOURDAIN
- Cass. crim., 14 juin 1993, n° 92-80763 : *Bull. crim*. 1993, n° 208 ; *JCP E* 1993, pan. 1231 ; *Rev. sociétés* 1994, p. 90, note BOULOC ; *Bull. Joly Sociétés* 1993, p. 1139, note SAINTOURENS
- Cass. crim., 28 juin 1993, n° 92-85607 : inédit
- Cass. crim., 17 janv. 1994, n° 93-80362 : *Bull. crim.* 1994, n° 22 ; *D*. 1995, p. 577
- Cass. crim., 19 sept. 1994, n° 93-85629 : *Bull. Joly Sociétés* 1994, p. 1309, note J. BARBIERI
- Cass. crim., 26 mai 1994, n° 93-83180, 93-83179 et 93-83213 : *Bull. crim.* 1994, n° 208 ; *RJS* 1994, n°1275
- Cass. crim., 30 mai 1994, n° 93-83933 : *Bull. Joly Sociétés* 1994, p. 1205, note J.-J. DAIGRE
- Cass. crim., 6 déc. 1994, n° 93-42473 : inédit
- Cass. crim., 12 déc. 1994, n° 94-80155 : *Bull. Joly Sociétés* 1995, p. 427

- Cass. crim., 23 janv. 1995, n° 94-81642 : inédit
- Cass. crim., 7 févr. 1995, n° 94-81832 : *RJS* 1995 n° 657
- Cass. crim., 30 janv. 1996, n° 94-83505 : *Bull. crim*. n° 53
- Cass. crim., 6 mai 1996, n° 95-83350 : inédit
- Cass. crim., 11 déc. 1996, n° 95-85341 : inédit
- Cass. crim., 13 févr. 1997, n° 96-81641 : *Bull. crim*. 1997, n° 61 ; *Rev. sociétés* 1997, p. 595, note B. BOULOC
- Cass. crim., 25 mars 1997, n° 96-82253 : *Dr. ouvr*. 1997, p. 382, note M. COHEN
- Cass. crim., 19 aout 1997, n° 96-83944 : *Bull. crim.* 1997, n° 285
- Cass. crim., 27 oct. 1997, n° 96-83698 : *Bull. crim.*, 1997, n° 352 ; *Rev. sociétés* 1997, p. 869, note p. BOULOC ; *Bull. Joly Sociétés* 1998, p. 11, note J.-F. BARBIERI
- Cass. crim., 19 févr. 1998, n° 97-80466 : inédit
- Cass. crim., 2 juill. 1998, n° 97-83483 : *Bull. crim.* 1998, n° 213 ; *Bull. Joly Sociétés 1*998, p. 1200
- Cass. crim., 9 nov. 1998, n° 97-86647 : inédit
- Cass. crim., 8 juin 1999, n° 98-85228 : inédit
- Cass. crim., 15 sept. 1999, n° 98-81855 : *Bull. crim.* 1999, n°187 ; *Bull. Joly Sociétés* 2000, p. 25, note critique J.F. BARBIERI ; *Bull. CNCC* 2000, p. 62, note PH. MERLE
- Cass. crim. 28 sept. 1999, n° 97-82353 : *Bull. crim.* 1999, n° 198 ; *Rev. sc. crim.* 2000, p. 389
- Cass. crim., 27 oct. 1999, n° 98-85651 : inédit
- Cass. crim., 10 nov. 1999, n° 98-81762 : *Bull. crim.* 1999, n° 253 ; *Gaz. Pal.* 21 juin 2000, p. 24, note J.-P. DOUCET
- Cass. crim., 30 mai 2000, n° 99-86695 : *LPA* 19 janv. 2001, p. 7, note M. RICHEVAUX
- Cass. crim., 21 juin 2000, n° 99-85778 : *Bull. crim*, 2000, n° 241 ; *JCP E* 2000, p. 1815, note A. COURET ; *JCP E* 2001, p. 174, note M. C. ; *D.* 2000, act. jurispr. p. 352, note A. LIENHARD ; *Rev. sociétés* 2000, p. 753, note B. BOULOC ; *JCP G* 2001, II, 10481, note A. COURET
- Cass. crim. 31 oct. 2000, n° 00-80765 : inédit
- Cass. crim., 12 déc. 2000, n° 00-80551 : inédit
- Cass. crim., 12 déc. 2000, n° 97-83470 : *Bull. crim*. 2000, n° 372 ; *D.* 2001, p. 1031, note M. BOIZARD ; *Bull. Joly Sociétés* 2001, p. 508, note J.-F. BARBIERI ; *Rev. sociétés* 2001, p. 323, note A. CONSTANTIN ; *Rev. sociétés* 2001, p. 865, note B. BOULOC
- Cass. crim., 13 déc. 2000, n° 99-80387 : *Bull. crim*. 2000, n° 373 ; *RTD com.* 2000, p. 446, note C. CHAMPAUD et D. DANET ; *Dr. et patrimoine* oct. 2001, p. 103, note D. PORACCHIA
- Cass. crim., 13 déc. 2000, n° 99-84855 : *Bull. crim.* 2000, n° 378 ; *D.* 2001, act. jurispr., p. 926, note M. BOIZARD ; *Bull. Joly Sociétés* 2001, p. 499, note J.-F. BARBIERI ; *JCP E* 2001, p. 1138, note J.-H. ROBERT
- Cass. crim., 13 déc. 2000, n° 99-82875 : *Bull. Joly Sociétés* 2001, p. 386, note J.-F. BARBIERI
- Cass. crim., 4 avril 2001, n° 00-85146 : *Dr. sociétés* 2002, comm. 7, note J.-P. LEGROS
- Cass. crim., 12 sept. 2001, n° 01-80895 : *Dr. pén*. janv. 2002, p. 16, note J.-H. ROBERT
- Cass. crim., 5 déc. 2001, n° 01-80065 : *Bull. Joly Sociétés* 2002, p. 492, note H. LE NABASQUE
- Cass. crim., 30 janv. 2002, n° 01-84256 : *Bull. crim*. 2000, n° 14 ; *D.* 2002, act. jurispr. p. 1144 ; *Dr. et patrimoine* mai 2002, p. 99, note J.-F. RENUCCI ; *JCP E* 2002, p. 1201 ; note J. CELLIER ; *Bull. Joly Sociétés* 2002, p. 797, note J.-F. BARBIERI
- Cass. crim., 16 oct. 2002, n° 01-87298 : inédit
- Cass. crim., 22 oct. 2002, n° 01-88538 : *Dr. ouvrier* 2003, p. 129, note M. RICHEVAUX
- Cass. crim., 11 mars 2003, n° 02-82578 : inédit
- Cass. crim., 17 févr. 2004, n° 03-81687 : inédit
- Cass. crim., 2 mars 2004, n° 03-83888 : inédit
- Cass. crim., 7 avril 2004, n° 03-86203 : *Bull. crim.* 2004 n° 94 ; *Resp. civ. et assur.* juill.-août 2004, p. 15
- Cass. crim., 5 mai 2004, n° 03-82801 : *Dr. sociétés* 2004, comm. 159, note SALOMON
- Cass. crim., 23 nov. 2004, n° 04-81601 : *Bull. crim*. 2004, n° 295 ; *RJS* 2005, n° 330
- Cass. crim., 23 nov. 2004, n° 04-80830 : inédit

- Cass. crim., 15 déc. 2004, n° 03-83474 : inédit
- Cass. crim., 23 mars 2005, n° 04-80703 : *Bull. crim*., 2005, n° 102 ; *Rev. sociétés* 2005, p. 888, note B. BOULOC ; *D*. 2005, p. 1228, note A. LIENHARD
- Cass. crim., 12 avril 2005, n° 04-85982 : *Bull. crim*. 2005, n° 121
- Cass. crim., 28 juin 2005, n° 04-87062 : inédit
- Cass. crim., 28 mars 2006, n° 05-82975 : *Bull. crim.* 2006, n° 91 ; *JCP G* 2006. II. 10188, note J. MOULY ; *JCP S* 2006. 1448, note J.-F. CESARO ; *Resp. civ. et assur.* oct. 2006, p. 14, note H. GROUTEL ; *RTD civ.* 2007, p. 135, note P. JOURDAIN
- Cass. crim., 7 juin 2006, n° 05-86804 : *Cah. soc. barreau Paris*, 01 nov. 2006 n° 184, p. 449, note F.-J. PANSIER
- Cass. crim., 11 oct. 2006, n° 05-87439 : *Cah. soc. barreau Paris* 1er févr. 2007, n° 187, p. 167
- Cass. crim., 31 janv. 2007, n° 06-81923 : inédit
- Cass. crim., 13 mars 2007, n° 06-85422 : *Resp. civ. et assur.* juill.-août 2007, p. 9, A. VIALARD
- Cass. crim., 20 mars 2007, n° 05-85253 : *Bull. crim.* 2007, n° 86 ; *Bull. Joly Sociétés* 2007, p. 953, note J.-F. BARBIERI ; *Rev. sociétés* 2007, p. 590, note B. BOULOC
- Cass. crim., 28 mars 2007, n° 06-82666 : inédit
- Cass. crim., 23 mai 2007, n° 06-87590 : *Bull. crim* 2007, n° 138 ; *Bull. Joly Sociétés* 2007, p. 1256, note D. CHILSTEIN
- Cass. crim., 19 sept. 2007, n° 06-88544 : inédit
- Cass. crim., 31 oct. 2007, n° 06-85676 : inédit
- Cass. crim., 19 mars 2008, n° 07-84312 : inédit
- Cass. crim., 27 mai 2008, n° 07-87122 : inédit
- Cass. crim., 3 juin 2008, n° 07-85871 : *Cah. soc. barreau Paris*, 2008 n° 203, p. 329, note F.-J. PANSIER
- Cass. crim., 17 juin 2008, n° 07-87063 : *Cah. Soc. barreau Paris* 2008, p. 325, note F.-J. PANSIER
- Cass. crim., 10 sept. 2008, n° 08-80889 : inédit
- Cass. crim., 12 nov. 2008, n° 08-80681 : *Resp. civ. et assur.* janv. 2009, p. 16, note H. GROUTEL
- Cass. crim., 19 nov. 2008, n° 08-85317 : inédit
- Cass. crim. 19 nov. 2008, n° 08-82098 : inédit
- Cass. crim., 25 nov. 2008, n° 08-80226 : inédit
- Cass. crim., 25 févr. 2009, n° 08-84209 : inédit
- Cass. crim., 17 mars 2009, n° 08-84518 : inédit
- Cass. crim., 6 mai 2009, n° 08-86378 : inédit
- Cass. com., 7 juill. 2009, n° 08-17812 : inédit
- Cass. crim., 4 nov. 2009, n° 08-88437 : *Bull. Joly Sociétés* 2010, p. 285, note J. LASSERRE-CAPDEVILLE
- Cass. crim., 18 nov. 2009, n° 09-80132 : inédit
- Cass. crim., 2 déc. 2009, n° 09-81856 : inédit
- Cass. crim., 10 mai 2011, n° 10-87653 : inédit
- Cass. crim. 16 mai 2012, n° 11-85150 : *Bull. crim.* 2012 ; *Dr. pénal* 2012, comm. 104, note J.-H. ROBERT ; *Dr. sociétés* 2012, comm. 130, note R. SALOMON ; *JCP E* 2012, 1369, note C. DUCOULOUX-FAVARD ; *Bull. Joly Sociétés* 2012, p. 579, note B. DONDERO ; *D.* 2012, p. 1698, note C. MASCALA

CHAMBRE MIXTE

- Cass. ch. mixte, 16 déc. 2005, n° 04-10986 : *Bull. civ.* 2005, ch. mixte, n° 9 ; *Bull. Joly Sociétés* 2006, p. 536, note L. GROSCLAUDE

- Cass. ch. mixte, 29 juin 2007, n° 05-21104 et 06-11673 : *Bull. civ.* 2007, ch. mixte, n°7 ; *JCP G* 2007, II, 10146, note A GOURIO ; *JCP E* 2007, 2015, note D. LEGEAIS et 2377, note CAUSSE ; *D.* 2007, act. jurisp., p. 1950, note V. AVENA-ROBARDET ; *D.* 2007, act. jurispr. p. 2081, note S. PIEDELIEVRE ; *D.* 2008, pan. p. 878, note D. MARTIN ; *Rev. Lamy dr. civ.*, sept. 2007, p. 27, note G. MARRAUD DES GROTTES ; *RD bancaire et fin.* juill.-août 2007, p. 18, note D.L. ; *Banque et droit* 2007, n° 115, p. 31, note T. BONNEAU ; *Rev. Lamy dr. aff.* oct. 2007, p. 32, note J. DEVEZE ; *RTD civ.* 2007, p. 779, note P. JOURDAIN ; *Banque mag.* 2007, n° 695, p. 77, note GUILLOT et FAYNER ; *Dr. et patrimoine* nov. 2007, p. 77, note J.-P. MATTOUT et A. PRÜM ; *RD bancaire et fin.* sept.-oct. 2007, p. 42, note F.-J. CREDOT et TH. SAMIN ; *RTD com.* 2007, p. 579, obs. D. LEGEAIS

ASSEMBLEE PLENIERE

- Cass. ass. plén., 9 mai 1984, n° 80-93031 et 80-93481 : *Bull. ass. plén*. 1984, n° 2 et 3 ; GAJ civ., 2008, t. 2, n°193 p. 354 et n° 215 p. 444 ; *D.* 1984, p. 525, concl. CABANNES, note F. CHABAS ; *JCP G* 1984, II, 20256, note P. JOURDAIN ; *RTD civ.* 1984, p. 508, note J. HUET
- Cass. ass. plén., 31 mars 1995, n° 92-15077 : *Bull. Joly Sociétés 1*995, p. 780, note M. JEANTIN
- Cass. ass. plén., 1er déc. 1995, n° 91-15578, 91-15999, 91-19653 et 93-13688 : *Bull. ass. plén.* 1995, n° 7, 8 et 9 ; *D.* 96, 17, note L. AYNES ; *JCP G* 1996, II, 22565, note J. GHESTIN ; *LPA* 27 déc. 1995, p. 13, note D. BUREAU et N. MOLFESSIS ; *JCP E* 1996, II, 776, note L. LEVENEUR ; *RTD civ.* 1996, p. 153, note J. MESTRE
- Cass. ass. plén., 25 févr. 2000, n° 97-17378 et 97-20152 : *Bull. Ass. plén.*, 2000, n° 2 ; *RJDA* 2000, p. 395, note J.-P. DORLY ; *D.* 2000, jurispr. p. 673, note PH. BRUN et somm. p. 454, note PH. DELEBECQUE ; *JCP G* 2000, II, 10 295, note M. BILLIAU et I, 241, n° 5, note G. VINEY ; *Resp. civ. et assur.* mai 2000, p. 7 note H. GROUTEL et oct. 2000, p. 6, note CH. RADE ; *Bull. Joly Sociétés* 2000, p. 645, note J.-F. BARBIERI ; *Droit et patrimoine*, mai 2000, p. 107, note F. CHABAS ; *RTD civ.* 2000, p. 582, note P. JOURDAIN
- Cass. ass. plén., 23 févr. 2001, n° 99-16165 : *Bull. ass. plén.* n° 5 : *LPA* 26 févr. 2001, p. 4 ; *Resp. civ. et assur.* mai 2001, p. 4, note P. VAILLIER ; *Dr. et patrimoine*, juill. 2001, note F. CHABAS
- Cass. ass. plén., 14 déc. 2001, n° 00-82066 : *Bull. Ass. plén.*, 2001, n° 17 ; *Gaz. Pal.* 24-26 févr. 2002, p. 29, concl. M. DE GOUTTES et p. 37, note Y. MONNET ; *D.* 2002, p. 1230, note J. JULIEN et somm. p. 1317, note D. MAZEAUD ; *JCP G* 2002, I, 124, note G. VINEY et II, 10026, note M. BILLIAU ; *Droit et patrimoine*, mars 2002, p. 94, note F. CHABAS
- Cass. ass. plén., 6 oct. 2006, n° 05-13255 : *Bull. ass. plén.* 2006, n° 9 ; *D*. 2006, p. 2825, note G. VINEY ; *JCP G* 2006, II, 10181, note M. BILLIAU ; *Rev. Lamy Dr. Civ*. janv. 2007, p. 5, note P. BRUN
- Cass. ass. plén., 2 mars 2007, n° 06-15267 : *Bull. ass. plén*. 2007, n° 4 ; *JCP G* 2007, II, 10098, note GOURIO ; *Banque et droit* 2007, n° 114, p. 20, obs. TH. BONNEAU ; *JCP E* 2007, 1375, note D. LEGEAIS ; *RTD com*. 2007, p. 433, note D. LEGEAIS ; *D.* 2007, p. 985, note S. PIEDELIEVRE ; *RD bancaire et fin.* mai-juin 2007, p. 11, note CREDOT et FAYNER

ARRETS DE COUR D'APPEL

- CA Douai, 30 mars 1905 : *Journ. Sociétés* 1905, p. 500
- CA Montpellier, 17 déc. 1930 : *DP* 1933, 2, p. 45
- CA Paris, 2 mai 1935 : *Gaz Pal.* 1935, 2, p. 113
- CA Lyon, 16 sept. 1960 : *Gaz. Pal.* 1961, 1, p. 164
- CA Grenoble, 6 mai 1964 : *Gaz. Pal.* 1964, 2, jurispr. p. 208 ; *D.* 1964, p. 783, note A. DALSACE ; *JCP CI* 1964, 74830 ; *Rev. sociétés* 1965, p. 52
- CA Paris, 22 mai 1965 : *JCP* 1965, II, 14274, concl. NEPVEU ; *D.* 1968, jurispr. p. 147, note R. CONTIN ; *RTD com.* 1965, p. 631, note R. RODIERE ; *Rev. sociétés* 1965, p. 288
- CA Aix-en-Provence, 3 févr. 1966 : *JCP G* 1966, II, 14861, note PERCEROU ; *Rev. sociétés* 1966, p. 437, note M. PLAISANT
- CA Lyon, 11 févr. 1966 : *RTD com*. 1966, p. 85, note R. HOUIN
- CA Paris, 15 mars 1968 : *JCP G* 1969, II, 15814, note BERNARD
- CA Rouen, 17 mars 1970 : *D.* 1971, p. 177 ; *JCP G* 1971, II, 16606, note N. BERNARD
- CA Nîmes, 27 mars 1973 : *Rev. sociétés* 1974, p. 327, note E. DU PONTAVICE ; *JCP G* 1974, IV, 311

- CA Rennes, 27 mai 1975, *Rev. sociétés* 1976, 121, note Y. GUYON ; *RTD com*. 1976, p. 561, n° 29, note R. HOUIN
- CA Reims, 10 nov. 1975 : *Rev. sociétés* 1976, p. 314 note J. G.
- CA Reims, 10 nov. 1975 : *JCP G* 1976, IV, 338 ; *Rev. sociétés* 1976, p. 307, note J.G. ; *RTD com.* 1976, p. 142, note R. HOUIN
- CA Douai, 17 juin 1976 : *D.* 1977, p. 518, note BOUSQUET ; *Rev. sociétés* 1977, p. 266, note BURST ; *RTD com.* 1977, p. 548, note HOUIN ; *Gaz. Pal.* 1977, 1, 157, note A. P. S.
- CA Reims, 27 sept. 1976 : *D*. 1978, inf. rap. p. 253
- CA Paris, 12 janv. 1977, *JCP G* 1978, II, 18823, note Y. CHARTIER
- CA Versailles, 29 mars 1978 : *JCP G* 1979, II, 19209, note Y. GUYON ; *D.* 1979, inf. rap. p. 106, note BOUSQUET ; *D.* 1980, jurispr. p. 116, note J. GUYENOT ; *Rev. sociétés* 1978, p. 711, note D. SCHMIDT
- CA Paris, 16 mai 1978 : *Rev. sociétés* 1979, p. 72, note J.G.
- CA Paris, 30 oct. 1978 : *JCP G* 1979, II, 19209, note Y. GUYON
- CA Paris, 8 mars 1979 : *Dr. sociétés* 1979, comm. 125
- CA Agen, 26 janv. 1981 : *Bull. CNCC* 1981, p. 239 ; *RTD com.* 1982, p. 466, note PH. MERLE
- CA Paris, 30 avril 1981 : *Gaz. Pal.* 1981, 2, jurispr. p. 604
- CA Aix-en-Provence, 29 mai 1981 : *D*. 1982, inf. rap. p. 66, note F. DERRIDA
- CA Amiens, 15 juin 1981 : *Bull. CNCC* 1981, p. 359, note E. DU PONTAVICE
- CA Paris, 14 mai 1982 : *BRDA* 1982, n°17, p. 11
- CA Paris, 16e ch. B, 28 avril 1983 : *JurisData* n° 1983-023921
- CA paris, 29 sept. 1983 : *Bull. CNCC* 1983, n° 52, p. 481, note E. DU PONTAVICE
- CA Rouen, 20 oct. 1983 : *D.* 1985, p. 161, note J.-J. DAIGRE ; *Rev. sociétés* 1984, p. 764, note M.-N. LEGRAND
- CA Paris, 1er févr. 1984 : *Rev. sociétés* 1984, p. 789, note D. SCHMIDT
- CA Paris, 13 mars 1984 : *BRDA* 1984, n° 9, p. 11
- CA Paris, 16 avril 1985 : *BRDA* déc. 1985 p. 18
- CA Versailles, 12ème ch. A, 27 nov. 1985 : *Rev. soc.* 1986, p. 112, note Y. GUYON
- CA Reims, 4 déc. 1985 : *JurisData* n° 1985-044561
- CA Bordeaux, 24 mars 1986 : *Bull. CNCC* 1986, n° 63, p. 294, note E. DU PONTAVICE
- CA Paris 9ème ch., 29 mai 1986 : *Bull. CNCC* 1986, p. 395
- CA Versailles, 22 oct. 1986 : *JurisData* n° 1986-045500
- CA Rennes, 6 nov. 1986 : inédit
- CA Paris, 11 févr. 1987 : *D.* 1987, inf. rap. p. 64
- CA Paris, 11 juin 1987 : *Bull. Joly Sociétés* 1987, p. 719
- CA Versailles, 5 janv. 1988 : *D.* 1988, somm. p. 9, note F. DERRIDA
- CA Nîmes, 6 juill. 1988 : *JurisData* n° 1988-030227
- CA Paris, 16 nov. 1988 : *Bull. Joly Sociétés* 1989, p. 189, note LE CANNU
- CA Versailles, 29 nov. 1988 : *Gaz. Pal.* 1989, 2, 422
- CA Grenoble, 7 mars 1989 : *Bull. CNCC* 1989, n° 75 p. 356
- CA Reims, 24 avril 1989 : *JCP E* 1990, II, 15677, n° 2, chron. A. VIANDIER et J.-J. CAUSSAIN ; *Gaz. Pal.* 1989, 2, somm. p. 431, note DE FONTBRESSIN ; *RTD com.* 1989, p. 684, note Y. REINHARD ; *Rev. sociétés* 1990, p. 77, note Y. G
- CA Paris, 25 avril 1989 : *Bull. CNCC* 1989, n° 77, p. 94
- CA Paris, 21 juin 1989 : *Gaz. Pal.* 1989, II, p. 944
- CA Paris, 30 juin 1989 : *BRDA* 1989, n° 20, p. 20
- CA Paris, 12 sept. 1989 : *Dr. sociétés* 1990, comm. 11
- CA Paris, 15 févr. 1990 : *JurisData* n° 1990-020754 ; *D.* 1990, inf. rap. p. 80
- CA Bordeaux, 7 mars 1990 : *Dr. sociétés* 1991, comm. 225
- CA Paris, 7 mars 1990 : *Rev. société* 1990, p. 256, note DAIGRE

- CA paris, 11 mai 1990 : *Bull. CNCC* 1990 n° 81, p. 114, note E. DU PONTAVICE
- CA Paris 1ère ch. C, 7 juin 1990 : *Bull. Joly Sociétés* 1990, p. 760, note P. LE CANNU
- CA Paris, 24 sept. 1990 : *JurisData* n° 1990-023848
- CA Paris, 29 oct. 1990 : *Bull. Joly Sociétés* 1991, p. 46, note J. DERRUPPE
- CA Versailles, 31 janv. 1991 : inédit
- CA Paris, 12 févr. 1991 : *Bull. Joly Sociétés* 1991, p. 410, note P. LE CANNU
- CA Rennes, 5 mars 1991 : inédit
- CA Paris, 10 juill. 1991 : *RJDA* 1991, p. 870
- CA Paris, 17 oct. 1991 : *RTD com.* 1992, p. 396, note C. CHAMPAUD et D. DANET ; *Dr. sociétés* mars 1992, p. 11, note H. LE NABASQUE ; *Defrénois* 1992, art. 35256, note P. LE CANNU
- CA Rouen, 9 janv. 1992 : *Rev. proc. coll.* 1993, p. 50 ; *RJDA* 1992, n° 189
- CA Toulouse, 21 janv. 1992 : *JurisData* n° 1992-040884
- CA Besançon, 31 janv. 1992 : *Rev. proc. coll*. 1993, p. 272, note A. LIENARD
- CA Paris, 21 févr. 1992 : *Dr. sociétés* mai 1992, p. 9 note CHAPUS
- CA Montpellier, 11 mars 1992 : *JurisData* n° 1992-034148
- CA Paris, 1ère ch., 15 sept. 1992 : *JurisData* n° 1992-08-023572 ; *Dr. sociétés* 1993, comm. 98, note H. LE NABASQUE
- CA Toulouse, 25 janv. 1993 : *JCP E* 1993, pan. 1412
- CA Paris, 28 mai 1993 : *Bull. Joly Sociétés* 1993, p. 1119, note P. LE CANNU
- CA Paris, 28 sept. 1993 : *JurisData* n° 1993-023792
- CA Paris, 26 oct. 1993 : *JurisData* n° 1993-600041 ; *Bull. Joly Sociétés* 1994, p. 62, note P. LE CANNU
- CA Paris, 3 déc. 1993 : *Bull. Joly Sociétés* 1994, p. 299, note B. SAINTOURENS
- CA Paris, 1er avril 1994 : *JurisData* n° 1994-021357 ; *D.* 1994, inf. rap. p. 125
- CA Paris, 30 juin 1994 : *Bull. Joly Sociétés* 1994, p. 1114, note J.-F. BARBIERI
- CA Paris, 30 juin 1994 : *Dr. sociétés* janv. 1995, p. 14, note D. VIDAL
- CA Paris, 19 sept. 1994 : *RJDA* 1995, n° 268
- CA Paris 3e ch., 25 oct. 1994 : *Rev. sociétés* 1995, p. 111
- CA Paris, 30 nov. 1994 : *RTD com.* 1995, p. 144
- CA Paris, 9 déc. 1994 : *JCP E* 1995, pan. 108 ; *Rev. sociétés* 1995, p. 369
- CA Orléans, 19 avril 1995 : *Bull. CNCC* n° 99, p. 323, note PH. MERLE
- CA Aix-en-Provence, 30 nov. 1995 : *JurisData* n° 1995-050901
- CA Reims, 31 juill. 1996 : *Bull. CNCC* 1996, ° 103, p. 482, note PH. MERLE
- CA Paris, 22 nov. 1996 : *Dr. sociétés* mars 1997, p. 18, note D. VIDAL
- CA Paris 7 févr. 1997 : *Bull. CNCC* 1997, p. 257, note PH. MERLE ; *Bull. Joly Sociétés* 1997, p. 445, note F. PASQUALINI et V. PASQUALINI-SALERNO
- CA Paris, 5 sept. 1997 : *Bull. Joly Sociétés 1*998, p. 18, note J.-J. DAIGRE
- CA Paris, 16 sept. 1997 et 30 oct. 1998 : *Rev. proc. coll.* 2000, p. 24, note A. MARTIN-SERF
- CA Lyon, 6 nov. 1997 : *Bull. CNCC* 1997, n° 108, p. 525
- CA Paris, 3 févr. 1998 : *D*. 1998, inf. rap. p. 78
- CA Versailles, 17 mars 1998, RG n° 1996-346 : *Rev. sociétés* 1998, p. 828, note Y. GUYON ; *RJ com.* 1999, p. 331, note MAURY
- CA Paris, 27 mars 1998 : *Act. proc. coll.* 12 juin 1998, n° 28
- CA Versailles, 7 mai 1998 : *Bull. Joly Sociétés* 1998, p. 965, note J.-F. BARBIERI
- CA Versailles, 11 juin 1998 : *JurisData* n° 1998-055284 ; *Bull. Joly Sociétés* 1998, p. 1168, note R. BAILLOD
- CA Paris, 13 nov. 1998 : *Bull. CNCC* 1999, p. 455, note PH. MERLE
- CA Paris, 15 janv. 1999, n° 1998/04408 : *Bull. Joly Sociétés* 1999, p. 627
- CA Aix-en-Provence, 28 janv. 1999 : *JurisData* n° 1999-041938

- CA Paris 5e ch. sect. B, 25 févr. 1999, RG n° 1997/22883 : *Bull. Joly Sociétés* 1999, p. 571, note J.-F. BARBIERI
- CA Toulouse, 6 mai 1999 : *JurisData* n° 1999-043452 ; *JCP E* 2000, pan. p. 108
- CA Paris, 28 mai 1999 : *JurisData* n° 1999-023153 ; *Dr. sociétés* 1999, comm. 141, note TH. BONNEAU
- CA Besançon, 23 juin 1999, RG n° 98/00819 : *JurisData* n° 1999- 043016
- CA Metz, 21 juill. 1999, n° 856/99 : *Bull. Joly Sociétés* 2000, p. 145, note J. VALLANSAN
- CA Paris 15e ch., 12 oct. 1999 : *JurisData* n° 1999-108471
- CA Versailles, 14 janv. 2000 : *RTD com*. 2000, p. 677, note M.-H. MONSERIE-BON
- CA Angers, 13 mars 2000 : *JurisData* n° 2000-135922
- CA Paris, 20 mars 2000 : *Bull. Joly Sociétés 2*000, p. 685, n° 159, note J.-F. BARBIERI
- CA Besançon ch. correct., 11 avril 2000 : *Bull. CNCC* 2000, p. 374, note PH. MERLE
- CA Caen ch. correct., 14 avril 2000 : *BULL. CNCC* 2000, n° 72 p. 202, note PH. MERLE
- CA Paris, 26 avril 2000 : *Bull. CNCC* 2000, p. 380, note PH. MERLE
- CA Paris, 12 mai 2000, RG 98/20239 : *JurisData* n° 2000-116650
- CA Paris, 27 mai 2000 : *Dr. sociétés* déc. 2000, p. 20
- CA Caen, 30 mai 2000 : *Bull. CNCC* 2000, p. 377, note PH. MERLE
- CA Caen, 24 oct. 2000 : *Bull. CNCC* 2000, n° 110, p. 552, note PH. MERLE
- CA Paris, 25 oct. 2000 : *JurisData* n° 2000-128470 ; *Gaz. Pal.* 8 déc. 2000, jurispr. p. 17 note S. PETIT ; *D.* 2001, p. 580, note A. LIENHARD
- CA Paris, 3e ch. B, 1er déc. 2000 : *JurisData* n° 2000-132579 ; *Dr. sociétés* 2001, comm. 66, note F. X. LUCAS
- CA Paris, 23 janv. 2001 : *JurisData* n° 2001-141754
- CA Aix-en-Provence, 11 sept. 2001 : *Dr. sociétés* 2002, comm. 23, note J.-P. LEGROS
- CA Paris, 31 oct. 2001 : *Bull. CNCC* 2001, note PH. MERLE
- CA Paris 3e ch., 23 nov. 2001 : *Rev. sociétés* 2002, p. 92, note Y. GUYON
- CA Versailles, 13e ch., 17 janv. 2002 : *Bull. Joly Sociétés* 2002, p. 515, note J.-F. BARBIERI ; *Dr. et patrimoine* mai 2002, p. 96, note D. PORACCHIA ; *LPA* 26 juin 2003, p. 8, note V. MERCIER
- CA Douai, 21 février 2002, RG n° 2000/911 : inédit
- CA Paris, 18 mars 2002 : *Bull. CNCC* 2002, n° 126, note PH. MERLE
- CA Paris, 19 mars 2002 : *Banque et droit* 2002, n°82, p. 33, note H. DE VAUPLANE ; *D*. 2002, 1678, note M. BOIZARD ; *JCP E* 2002, 998, note A. VIANDIER ; *Dr. sociétés* 2002, comm. 162, note TH. BONNEAU
- CA Paris, 20 mars 2002 : *JurisData* n° 2002-186405 ; *Dr. sociétés* 2003, comm. 1, note F.-G. TREBULLE ; *RJDA* 2002, n° 756
- CA Paris, 12 juin 2002 : *JurisData* n° 2002-196912
- CA Paris, 25e ch., sect. A, 28 juin 2002 : *JurisData* n° 2002-191325
- CA Paris, 5 juill. 2002 : *Bull. Joly Sociétés* 2002, p. 1191, note J.-J. DAIGRE
- CA Versailles, 7 nov. 2002 : *Bull. CNCC* 2002, p. 580
- CA Nancy, 2e ch. civ., 21 nov. 2002 : *Dr. sociétés* 2003, comm. 74, note J. MONNET
- CA Paris, 1ère ch. A, 21 janv. 2003 : *Bull. Joly Sociétés* 2003, p. 543, note J.-F. BARBIERI
- CA Paris, 25e ch. A, 14 mars 2003, 2002/00576 : *JurisData* n° 2003-208360
- CA Paris, 14 mai 2003 : *JurisData* n° 2003-215747 ; *JCP E* 2004, 601, note J.-J. CAUSSAIN, F. DEBOISSY et G. WICKER ; *Bull. Joly Sociétés* 2003, p. 1250, note PH. MERLE
- CA Paris, 2 juin 2003 : *JurisData* n° 2003-215784
- CA Paris, 3e ch. A, 16 sept. 2003 : *JurisData* n° 2003-223587 ; *RTD com*. 2004, p. 529 ; *RJDA* 2004, n° 171 ; *Bull. Joly Sociétés* 2004, p. 247, note P. LE CANNU ; *Rev. sociétés* 2004, p. 168
- CA Paris, 19 sept. 2003 : *Rev. sociétés* 2004, p. 167, note I. URBAIN-PARLEANI
- CA Paris, 25e ch., sect. B., 26 sept. 2003 : *JCP E* 2004, 695, note G. DE VRIES ; *Bull. Joly Sociétés* 2004, p. 84 note J.-J. DAIGRE
- CA Paris, 14 nov. 2003 : *RTD com.* 2004, p. 330, note C. CHAMPAUD et D. DANET
- CA Riom, 18 déc. 2003 : *JurisData* n° 2003-239711

- CA Lyon, 3e ch., 19 févr. 2004 : *JurisData* n° 2004-238535
- CA Paris, 29 mars 2004 : *JurisData* n° 2004-249710
- CA Versailles, 29 avril 2004, n° 03/04439 : *Bull. Joly Sociétés* 2004, p. 1201, note A. CONSTANTIN et Y. LEVY
- CA Paris, 5 mai 2004 : *RTD com*. 2004, p. 755, note CL. CHAMPAUD et D. DANET
- CA Nîmes, 6 mai 2004 : *JurisData* n° 2004-247300
- CA Lyon, 27 mai 2004, n° 2002/06151 : inédit
- CA Toulouse, 13 janv. 2005, n° 03/1643 : *RJDA* 2005 n° 1244 ; *Bull. Joly Sociétés* 2005, p. 359, note J.-F. BARBIERI ; *Dr. sociétés* 2005, comm. 160 note H. HOVASSE
- CA Paris 3e ch. A, 30 août 2005 : *Bull. Joly Sociétés* 2006, p. 205, note R. BAILLOD
- CA Agen, civ. 1, 19 sept. 2005 : inédit
- CA Toulouse, 27 déc. 2005 : *JurisData* n° 2005-300609
- CA Versailles, 19 janv. 2006 : *Bull. Joly Sociétés* 2006, p. 705, note J.-F. BARBIERI
- CA Paris, 10 mars 2006, RG n° 04/13651 : *JCP E* 2006, p. 976 ; *Bull. Joly Sociétés* 2006, p. 1001, note J. BARBIERI
- CA Reims, ch. civ. 1, 29 mai 2006, n° 04/00951 : inédit
- CA Paris, 30 juin 2006, n° 04/23203 : *Bull. Joly Sociétés* 2006, p. 1364, note J.-F. BARBIERI
- CA Paris, 30 juin 2006 : *Bull. Joly Sociétés* 2006, p. 594, note D. SCHMIDT
- CA Paris, 8 déc. 2006, RG 05/02094 : *JurisData* n° 2006-329838
- CA Versailles, 13 déc. 2006 : *RJDA* 2007, n° 732
- CA Versailles, 29 mars 2007, n° 06/01432 : *Bull. Joly Sociétés* 2007, p. 973, note S. MESSAÏ-BARHI
- CA Pau, 27 sept. 2007, n° 05/04340 : JurisData n° 2007-344267
- CA Grenoble, 5 nov. 2007, n° 07/01315 : inédit
- CA Toulouse, 19 nov. 2007, n° 06/05447 : *Jurisdata* n° 2007-348681
- CA Lyon, 31 janv. 2008 : *JurisData* n° 2008-365753
- CA Orléans, 28 févr. 2008 : *JurisData* n° 2008-359160
- CA Paris, 17 oct. 2008 : *Bull. Joly Sociétés* 2009, p. 143, note J.-F. BARBIERI
- CA Orléans, 24 nov. 2008, RG 06/03060
- CA Pau, 2e ch. 1, 4 déc. 2008 : *Bull. Joly Sociétés* 2009, p. 470, note G. GIL
- CA Bordeaux, 2e ch. civ., 4 févr. 2009 : *Dr. sociétés* 2009, comm. 159, note D. GALLOIS-COCHET
- CA Reims, 23 mars 2009 : *JurisData* n° 2009-013792
- CA Aix-en-Provence, 14 mai 2009 : *JurisData* n° 2009-005930
- CA Orléans, 29 juin 2009, RG n° 08/01222 : *JurisData* n° 2009-379687
- CA Besançon, 18 nov. 2009 : *Act. proc. coll.* 2010, n° 16, comm. 236
- CA Toulouse, 5 janv. 2010 : *JurisData* n° 2010-000091
- CA Bourges, 18 févr. 2010 : *JurisData* n° 2010-004684
- CA Paris, 15 juin 2010 : *Bull. Joly Sociétés* 2010, p. 676
- CA Aix-en-Provence, 17 septembre 2010 : *JurisData* n° 2010-026254
- CA Paris, 19 oct. 2010 : *Bull. Joly Sociétés* 2011, p. 26 note J.-F. BARBIERI
- CA Versailles, 10 févr. 2011, n° 09/07495 : *JurisData* n° 2011-001856
- CA Paris, 15 mars 2011 : *JurisData* n° 2011-009193
- CA Paris, 5 mai 2011, n° 10/07872 : inédit
- CA Paris, 17 mai 2011 : *JurisData* n° 2011-010630
- CA Versailles, 9e ch., 19 mai 2011, RG n°10/01523 : *Bull. Joly Société* 2011, p. 597, note B. DONDERO ; *JCP E* 2011, 1765, note F.-G. TREBULLE
- CA Paris, ch. 9, 15 sept. 2011, RG n° 07/02102 : *Bull. Joly Sociétés* 2012, p. 27, note A. COURET
- CA Aix-en-Provence, 1er déc. 2011 : *Bull. Joly Sociétés* 2012 p. 232, note H. BARBIER

ARRETS DE PREMIERE INSTANCE

- TGI Seine, 18 févr. 1966 : *RTD com*. 1967, p. 190, note R. HOUIN
- T. com. Paris, 1er aout 1974 : *Rev. sociétés* 1974, p. 685, note OPPETIT
- TGI Auch, 23 mars 1977 : *Bull. CNCC* 1977, p. 227, note E. DU PONTAVICE
- TGI Paris, 26 avril 1978 : *Gaz. Pal.* 1978, 2, 449, note F. THORIN
- TGI Paris, 6 juill. 1981
- Trib. correct. Paris, 17 déc. 1981 : *Bull. CNCC* 1982, p. 284, note E. DU PONTAVICE
- TI Fougères, 24 janv. 1984 : inédit
- Trib. correct. Châlon sur Soâne, 16 nov. 1984 : *Bull. CNCC* 1985, p. 116
- TGI Marseille, 10 sept. 1986 : *Bull. CNCC* 1986, p. 419
- TI Fougères, 5 oct. 1989 : inédit
- T. com. Paris, réf., 14 févr. 1990 : *JCP G* 1990, II, 21561, note A. VIANDIER ; *RTD com*. 1990, p. 585, note CL. CHAMPAUD
- T. com. Paris, 18 juin 1991 : *JurisData* n° 1991-044061 ; *Dr. sociétés* déc. 1991, p. 9
- TGI Paris 11ème ch., 30 juin 1992 : *LPA* 4 nov. 1992, p. 17, note C. DUCOULOUX-FAVARD
- T. com. Paris, 21 mai 1996 : *JurisData* n° 1996-042179 ; *Dr. sociétés* 1996 comm. 215, note D. VIDAL
- T. com. Paris, 11 juill. 1996 : *JurisData* n° 1996-055715 ; *Rev. proc. coll*. 1999, p. 28, note M. CADIOU
- T. com. Paris, 28 oct. 1996 : *JurisData* n° 1996-055713 - T. com. Cannes, 4 sept. 1997 : *Rev. proc. coll*. 1998, p. 240, note M. CADIOU
- TGI Paris, 9 nov. 1997 : *D.* 1998, p. 9, note M.-A. FRISON-ROCHE
- TGI Créteil, 27 oct. 1999 : *Gaz. Pal.* 2000, somm. p. 393
- Trib. correct. Coutances, 29 juin 1999 : *Bull. CNCC* 1999, p. 471, note PH. MERLE ; *Gaz. Pal.* 1999, 2, 672, note PH. MERLE
- T. com. Paris, 9 mai 2000, RG 97/024072 : *JurisData* n° 115784
- TGI Toulouse, 29 juin 2000 : *Bull. CNCC* 2002, p. 76, note PH. MERLE
- TGI Rennes, 27 nov. 2000 : inédit
- TGI Toulouse, 27 mars 2003 : *Bull. CNCC* 2003, p. 332, note PH MERLE
- T. com. Paris, 2e ch., 25 nov. 2003 : *Bull. Joly Sociétés* 2004, p. 376, note B. SAINTOURENS
- T. com. Paris, 17e ch., 10 mars 2006 : *JurisData* n° 2006-321060
- T. corr. Paris, 12 sept. 2006 : *Bull. Joly Sociétés* 2007, p. 119, note J.-F. BARBIERI ; *Bull. Joly Bourse* 2007, p. 37, note E. DEZEUZE : *D.* 2006, p. 2308 et p. 2522, note D. SCHMIDT ; *D.* 2007, p. 2423, note B. LE BARS et S. THOMASSET-PIERRE ; *Rev. sociétés* 2007, p. 102, note J.-J. DAIGRE ; *RJDA* 2007, n°269
- T. com. Orléans, 1er juin 2012, n° 2010/11170 : *Bull. Joly Entr. Diff.*, 2012, p. 201, éditorial par R. DAMMANN et M. BOCHE-ROBINET

JURIDICTIONS ADMINISTRATIVES

ARRETS DU CONSEIL D'ETAT

- CE, 4 janv. 1918 : *DP* 1920, 3, p. 5, note APPLETON
- CE, 26 juill. 1918, *Epoux Lemonnier : Rec.* CE 1918, p. 761 ; *GAJA* 2011, n° 32 p. 196CE 7 févr. 1958, req. n° 35819 : *Rec. CE* 1958 p. 81
- CE sect. 24 juill. 1931, n° 99872, *Comm. de Vic-Fezensac : Rec. CE* 1931 p. 860 ; *D.* 1931, 3, 51, note P.-L. J.
- CE Ass. 14 janv. 1938, *Soc. des produits laitiers La Fleurette : Rec. CE* 1938 p. 25 ; D. 1938, 3, 41, concl. ROUJOU, note L. ROLAND ; *RDP* 1938, p. 87, note G. JESE ; *S.* 1938, 3, 25, note p. LAROQUE
- CE, 22 nov. 1972, *Min. just.* : *Rec. CE* 1972, p. 743

- CE, 12 oct. 1973, *Min. éduc. nat.* : *Rec. CE* 1973, p. 562
- CE, 23 juin 1976, *Robe Lacanau* : *Rec. CE* 1976 p. 312
- CE 22 juin 1984, *Société Pierre et Cristal : Rec. CE* 1984, p. 731
- CE 29 janv. 1992, req. n° 79672 : *Quot. jur*. 21 mai 1992, p.4, note D. DAVOUST
- CE 31 mars 1993, n° 122800 : *Bull. Joly Sociétés* 1993, p. 694
- CE, 14 janv. 1994, n° 125195, *Sté Spechinor*
- CE, sect., 9 juin 1995, n° 90504 ; *Rec. CE* 1995, p. 239
- CE, 5 juill. 1999, Mme Dagot, n° 181746
- CE, 30 nov. 2001, n° 219562, *Ministre de l'économie et des finances c/ M. Kechichian et autres* : *Rec. CE* 2001, p. 587 ; *AJDA* 2002, p. 118, note M. GUYOMAR et P. COLLIN ; *RFDA* 2002, p. 742, note A. SEBAN ; *JCP E* 2003, p. 462, note J. STOUFFLET
- CE, 18 févr. 2002, n° 214179, *Groupe Norbert Dentressangle* : *RFDA* 2002 p. 754, note F. MODERNE
- CE, 12 janv. 2004, n° 245750, *Banque de gestion privée Indosuez : JurisData* n° 2004-066374
- CE, 31 mars 2004, n° 256355, *Etna Finance Sécurités : RD bancaire et fin.* 2004, p. 319, note F.-J. CREDOT et Y. GERARD ; *Bull. Joly Bourse* 2004, p. 627, note C. CUTAJAR
- CE, 5 juill. 2004, n° 243801, *Lescure* : *AJDA* 2005, p. 610, note F.-G. TREBULLE ; *Rev. jur. env.* 2006, p. 230, note O. SCHNEIDER ; *Env.* déc. 2004, p. 17, note D. GILLIG
- CE 24 mars 2006, n° 288460, *société KPMG*, : *Bull. Joly Sociétés* 2006, p. 711, note J.-F. BARBIERI ; *Rev. sociétés* 2006, p. 583, note PH. MERLE
- CE, 22 févr. 2008, n° 252514, *Sté générale d'archives : Env.* 2008, comm. 84, note D. GILLIG
- CE, 6 juin 2008, n° 299203 : inédit
- CE, 6 juin 2008, n° 316001 : inédit
- CE, 11 juill. 2008, n° 306140 : *Rec. CE* 2008
- CE, 17 déc. 2008, n° 31600 : inédit
- CE, 29 mars 2010, n° 323354 : inédit
- CE, 9 avril 2010, n° 328227 : inédit

ARRETS DE COURS ADMINISTRATIVES D'APPEL

- CAA Nancy, 9 oct. 1990, n° 89NC00751 : inédit
- CAA Nancy, 9 juill. 1992, *Sté Rhône-Poulenc : Rec.* n° 567 ; *RJE* 1992, p. 483
- CAA Lyon, 29 janv. 1992, *Min. équip. c/ Assoc. synd. "Le Lac Bleu" : Dr. adm.* 1992, comm. n° 256 ; *JurisData* n° 1992-040927
- CAA Nancy, 4 avril 1996, n° 93NC00388, *Comité intercommunal contre les nuisances de la décharge de Blarighem* : *RJE* janv. 1997 p. 98, note R. SCHNEIDER
- CAA Paris, 21 janv. 1997, n° 94PA00119, *Commune de Saint-Chéron* : *Rec.,* tables, p. 951-1063 ; *Dr. env.* mai 1997, comm. 48, note E. CARLIER
- CAA Bordeaux, 21 mai 2002, n° 98BX00205, *Min. c/ Gandon* : *Environnement* 2002, comm. 16, note E. PODRAZA et chron. 21
- CAA Douai, 7 juill. 2005, n° 03DA00720, *Min. écologie c/ Sté Valt* : *Env.* 2005, comm. 20, note E. PODRAZA-SCRIPZAC
- CAA Bordeaux, 21 févr. 2006, n° 02BX01262, *SNC Foncière du Vivarais* : *Env.* 2006, comm. 82, note D. DEHARBE
- CAA Versailles, 8 mars 2006, n° 03VE04692, *Commune de Taverny : JurisData* n° 2006-299047 ; *Collectivités-Intercommunalité* 2006, comm. 81, note G. PELLISSIER ; *Env.* 2006, comm. 84, note D. GILLIG
- CAA Marseille, 10 mars 2011, Req. 09 MA 00119, « Commune de Nice » : inédit

ARRETS DU TRIBUNAL DES CONFLITS

- T. Confl., 8 févr. 1873, *Blanco* : *GAJA* 2011, n° 1 p. 1
- T. Confl., 30 juill. 1873, *Pelletier* : *Rec. CE* 1873, p. 117 ; *GAJA* 2011, n° 2 p. 8
- T. Confl. , 27 nov. 1952, *Préfet de Guyane : GAJA* 2011, n° 67 p. 439
- T. confl., 23 janv. 1989 : *JCP E* 1989, II, 15599, note PETEL ; *JCP G* 1990, II, 21397, note ALFANDARI ; *D.* 1989, p. 367, concl. FLIPO, note AMSELEK et DERRIDA ; *Gaz. Pal.* 1989, 2, 579, note PLANTAMP ; *Rev. sociétés* 1989, p. 706, note GUYON ; *Banque* 1989, p. 558, note RIVES-LANGE ; *RD bancaire et bourse* 1989, p. 185, note DEKEUWER-DEFOSSEZ
- T. confl., 26 nov. 2006, n° 06-03570, *Bull. civ.* 2006 T. confl., n° 31

DECISIONS DE L'AUTORITE DE CONTROLE PRUDENTIEL

- Comm. bancaire, déc. 16 mai 2006, *Caixa Geral de Depositos : Bull. Banque Fr.*, juill. 2006, p. 145 ; *Banque et droit* 2007, n° 111 p. 24 note TH. BONNEAU

DECISIONS DE L'AUTORITE DE LA CONCURRENCE

- Cons. const., déc. 16 janv. 1982, n° 81-132 DC : *Gaz. Pal.* 1982, 1, p. 67, note J. PIEDELIEVRE et J. DUPICHOT ; *D.* 1982, jurispr. p. 169, note L. HAMON
- Cons. conc., déc. n° 01-D-49, 31 août 2001
- Cons. conc., déc. n° 01-D-58, 24 sept. 2001, *Benetton* : *Contrats, conc. consom*. 2002, comm. 27, note M. MALAURIE-VIGNAL ; *LPA* 16 nov. 2001, p. 5, note P. ARHEL
- Cons. conc., déc. n° 02-D-77, 27 décembre 2002
- Cons. conc., déc. n° 03-D-39, 4 sept. 2003, *Sté Plus International* : *Contrats, conc. consom*. 2003, comm. 181, note M. MALAURIE-VIGNAL ; *LPA* 15 juin 2004, p. 11, note E. BACCICHETTI et J.-P. DOM
- Cons. conc., déc. n° 06-D-03, 9 mars 2006 : *D.* 2007, p. 1911, note D. FERRIER ; *Contrats conc. consom.* mai 2006, p. 34, note M. MALAURIE-VIGNAL ; *Conc.* avr. 2006, p. 81, note E. CLAUDEL
- Cons. conc., déc. 06-D-06 du 17 mars 2006 : *Conc.* avr. 2006, p. 146, note C. MOMEGE ; *Contrats conc. consom*. mai 2006, p. 36, note G. DECOCQ
- Cons. conc., déc. 07-D-04 du 24 janv. 2007 : *D.* 2008, p. 2193, note D. FERRIER ; *JCP E* 22 mai 2008, p. 28 , note D. MAINGUY ; *RDC* 2007, p. 770, note L. IDOT ; *Contrats conc. consom.* mars 2007, p. 17, note M. MALAURIE-VIGNAL
- Cons. conc., déc. 07-D-24 du 24 juill. 2007 : *Gaz. Pal.* 9 janv. 2008, p. 21, note J. PHILIPPE et T. JANSSENS ; *Rev. Lamy dr. aff.* sept. 2007, p. 58, note C. ANADON
- Cons. conc., déc. 08-D-25 du 29 oct. 2008 : *Contrats conc. consom.* déc. 2008, p. 29, note M. MALAURIE-VIGNAL ; *RDC* 2009, p. 120, note C. PRIETO ; *RJ com.* 2009, p. 131, note S. LEBRETON-DERRIEN

DECISIONS DU CONSEIL CONSTITUTIONNEL

- Cons. const., déc. 18 oct. 1977, n° 77-5 I : *Rev. sociétés* 1978, p. 107
- Cons. const., déc. 05 juillet 1977, n° 77-79 DC : *Rec. Cons. const.* 1977 p. 35

- Cons. const., déc. 16 janv. 1982, n° 81-132 DC : *D.* 1983, jur. p. 163, note L. HAMON ; *JCP G* 1982, II, 19788, note N. QUOC VINH et C. FRANCK ; *Gaz. Pal.* 1982, 1, 67, note A. PIEDELIEVRE et J. DUPICHOT ; *Rev. sociétés* 1982, p. 132, note J. G.
- Cons. const., déc. 22 oct. 1982, n° 82-144 DC : *D.* 1983, p. 189, note F. LUCHAIRE ; *Gaz. Pal.* 1983, 1, 60, note F. CHABAS ; *RDP* 1983, note L. FAVOREU
- Cons. const., déc. 18 sept. 1986, n° 86-217 DC : *Rec. Cons. const.* 1986, p. 141 ; *Rev. sociétés* 1986, p. 607, note Y. GUYON
- Cons. const., déc. 17 janv. 1989, n° 88-248 DC : *Rec. Cons. const.* 1989 p. 18 ; *RDP* 1989, p. 399, note FAVOREU
- Cons. const., 4 juill. 1989, n° 89-254 DC : *Rev. sociétés* 1990, p. 27, note Y. GUYON
- Cons. const., déc. 28 juill. 1989, n° 89-260 DC : *Rec. Cons. const.* 1989, p. 71 ; *RFDA* 1989, 671, note B. GENEVOIS
- Cons. const., déc. 9 nov. 1999, n° 99-419 DC : *JCP G*, III, 20173 ; *JCP G* 2000, I, 261, note B. MATHIEU et M. VERPAUX, et I, 280, note G. VINEY ; *D.* 2000, somm. p. 424, note S. GARNIERI

ARRETS DE LA COUR DE JUSTICE DE L'UNION EUROPEENNE

- CJCE, 18 juill. 2006, aff. C-519/04 P, *Meca-Medina et Majcen c/ commission* : *Dr. adm* 2006, comm. 147, note M. BAZEX et S. BLAZY ; *JCP G* 2006, II, 10194, note C. MIEGE ; *RJDA* 2006, n° 1171 ; *Europe* 2006, comm. 290, note L. IDOT ; *Contrats, conc. consom.* 2006, comm. 228, note M. MALAURIE-VIGNAL

ARRETS DE LA COUR EUROPEENNE DES DROITS DE L'HOMME

- CEDH, 8 juill. 1986, n° 9006/80, 9262/81, 9263/81, 9265/81, 9266/81, 9313/81 et 9405/81, *Lithgow et autres c/ Royaume-Uni* : *JCP E* 1987, II, 14894, note M. JEANTET
- CEDH, 27 janv. 2009, n° 67021/01 *Tatar c/ Roumanie : Rev. jur. env.* 2010, p. 61, note J.-P. MARGUENAUD et S. NADAUD ; *Env.* 2009, comm. 65, C. VIAL
- CEDH, 11 juin 2009, n° 5242/04, *Sté Dubus SA c/ France* : *RD bancaire et fin.* 2009, comm. 109, note F.-J. CREDOT et T. SAMIN ; *D.* 2009, p. 2247, note A. COURET ; *AJP* 2009, p. 354, note LASSERRE CAPDEVILLE

INDEX

- A-

Abus de biens sociaux : 112
Abus de pouvoir : 112
Abus du droit de vote : 109, 401
Action en justice :
- oblique : 236
- *ut singuli* :
    - *principe :* 37, 395
    - *contre l'associé :* 405
    - *extension :* 510 et s.
- *ut universi* : 394
Administrateur
    (V. conseil d'administration, responsabilité des dirigeants)
- droit à l'information : 70
Administrateur judiciaire
- missions :
    - *d'assistance :* 161 et s.
    - *contrat en cours :* 162
    - *dessaisissement du débiteur :* 165
- contrôle-direction : 163 et s.
- qualité de contrôlaire : 164, 165
- responsabilité
    - *fondement :* 427
    - *à l'égard du débiteur :* 428.
    - *à l'égard des tiers :* 429
    - *prescription :* 529
Administrateur provisoire :
- distinction avec le mandataire *had hoc* : 152
- désignation : 111, 153, 158, 238
- missions : 157 et s.
- contrôle-direction : 159
- qualité de contrôlaire : 159
- responsabilité
    - *fondement :* 425
    - *faute :* 426
    - *prescription :* 528
Agence de notation :
- origine : 227, 231
- financière :
    - *fondement :* 228
    - *modalités :* 229
    - *finalité :* 230
- sociale et environnementale :
    - *fondement :* 231
    - *modalités :* 233
    - *finalité :* 232
- responsabilité fondée sur le CMF :
    - *fondement :* 461
    - *faute :* 462
    - *régime :* 463
- responsabilité de droit commun :
    - fondement : 464 et s.
    - *envers le client :* 464
    - *envers les tiers :* 465
Alerte :
- comité d'entreprise : 274
- commissaire aux comptes : 95
- délégué du personnel : 255
Apport : 30, 213
Assemblée générale :
- organe social : 137
- participation : 34 et s.
- principe majoritaire : 44 et s.
- pouvoir :
    - *des minoritaires :* 40 et s
    - *approbation des comptes :* 75 et s.
    - *rémunération des dirigeants :* 80 et s.
    - *révocation des dirigeants :* 79
    - *vote des conventions réglementées :* 77
    - *finalité :* 75 et s., 140 et s.
- contrôle-surveillance : 47 et s.
- intérêt social : 139
Associé :
- qualité d'associé :
    - *définition classique :* 28
    - *définition moderne :* 29
    - *dualité :* 137
    - *fondement :* 30
- participation aux décisions : 34
- exclusion : 108
- égalité entre associés : 89
- majoritaire : 44 et s.
- minoritaire : 40 et s.
- droit de vote : 35 et s.
- abus du droit de vote : 109, 401
- droit à l'information : 31 et s.
- droit d'agir en justice : 37 et s.
- contrôle surveillance : 53
- dirigeant de fait : 196
- responsabilité
    - *fondement :* 399 et s.
    - *faute :* 401 et s.
    - *préjudice :* 403 et s.
    - *prescription :* 526
Audit :
- nature contractuelle : 209
- fonctions : 211
- comptable et financier : 212
- d'environnement : 223 et s.
- juridique : 218 et s.
- social : 221 et s.
- responsabilité :
    - *fondement :* 457, 460
    - *à l'égard du contractant :* 458 et s.
    - *à l'égard des tiers :* 460
    - *prescription :* 531
Autorité de contrôle prudentiel :
- origine : 296
- missions :
    - *pouvoir de contrôle :* 297 et s.
    - *pouvoir de sanction :* 303
- moyens 300 et s.
- qualité de contrôleur : 304
- responsabilité :
    (V. responsabilité administrative)

Autorité de la concurrence :
- origine : 312
- missions :
  - *pouvoir de contrôle :* 313
  - *pouvoir d'enquête :* 314
  - *pouvoir de sanction :* 315
- qualité de contrôleur : 316
- responsabilité :
  (V. responsabilité administrative)

Autorité des marchés financiers :
- origine : 285
- missions :
  - *pouvoir de contrôle :* 287 et s.
  - *pouvoir réglementaire :* 291 et s.
  - *pouvoir de sanction :* 294
- qualité de contrôleur : 295
- responsabilité :
  (V. responsabilité administrative)

Avantages particuliers : 214

- B -

Banque :
- contrôle :
  - *ouverture d'un compte :* 247
  - *blanchiment :* 248
- devoir de vigilance et de conseil : 250
- qualité de contrôleur : 251
- principe de non-ingérence : 249
- dirigeant de fait : 198
- responsabilité, fondement : 466
- responsabilité à l'égard du client :
  - *faute et devoir de vigilance :* 467
  - *faute et octroi d'un crédit :* 468
  - *prescription :* 531
- responsabilité à l'égard des tiers :
  - *faute et devoir de vigilance :* 469
  - *faute et octroi d'un crédit :* 470
  - *prescription :* 531

« Bon père de famille » : 488

- C -

CHSCT :
- statut : 280
- missions : 281

Commissaire à l'exécution du plan :
- statut : 343
- missions : 344 et s.
- qualité de contrôleur : 360
- responsabilité : 431

Commissaire à la fusion : 217

Commissaire à la transformation : 216

Commissaire aux apports : 213 et s.

Commissaire aux comptes :
- histoire : 83
- organe social : 134
- indépendance : 96
- missions :
  - bénéficiaires : 84
  - comptes prévisionnels : 94
  - devoir d'alerte : 95
  - finalité : 88
  - générales et permanentes : 85 et s.
  - particulières : 89 et s.
  - révélation des actes délictueux : 92
- intérêt social : 136
- dirigeant de fait : 197
- responsabilité :
  - *fondement :* 406 et s.
  - *appréciation de la faute :* 409 et s.
  - *typologie des fautes :* 412 et s.
  - *preuve de la faute :* 418
  - *préjudice :* 419 et s.
  - *lien de causalité* 424 et s.
  - *prescription :* 527
- bénéfice de l'écran de la personnalité morale : 506

Comités : 60

Comité d'entreprise :
- droit à l'information : 260 et s.
- consultations : 264 et s.
- intervention : 268 et s.
- alerte : 274
- assistance d'un expert : 270 et s.
- entreprise en difficulté : 273 et s.
- absence de pouvoir de contrôle : 279, 284

Comités de créanciers :
- statut : 352
- pouvoir : 353

Comptes sociaux :
- approbation : 75
- certification : 86
- prévisionnel : 94
- sanction : 76

Conciliateur :
- intervention : 321
- statut : 322
- missions : 323

Conseil d'administration :
- évolution historique : 19
- organe social : 133
- composition : 60
- comités : 60
- contrôle clanique : 60 et s.
- droit à l'information : 69
- pouvoir :
  - d'autorisation : 73
  - *de direction :* 20 et s.
  - *de représentation :* 24 et s.
  - *de surveillance :* 61 et s.
  - *finalité :* 72 et s.
  - *révocation du dirigeant :* 74
- Rapport : 72

Conseil de surveillance :
- organe social : 133
- attributions légales : 57
- droit à l'information : 69
- pouvoir :
  - *d'autorisation :* 73
  - *de surveillance :* 65 et s.
  - *finalité :* 72 et s.
  - *révocation du dirigeant :* 74
- Rapport : 72
- bénéficiaires du contrôle : 68
- responsabilité :
  - *fondement :* 397
  - *faute :* 398
- société en commandite par actions : 71

Contrat d'entreprise : 209
Contrats en cours : 162
Contrats intégrés :
- notion : 186
- typologie : 187
- contrat d'intérêt commun : 189
- absence de contrôle-direction : 190
- garantie de l'autonomie directoriale : 191 et s.
- direction de fait : 198

Contrôlaire :
- définition : 105
- définition du risque social : 124 et s., 480 et s.
- pouvoirs : 143 et s.
- limite du pouvoir : 126 et s.
- faute : 486 et s.

Contrôle :
- étude sémantique :
  - *en droit des sociétés :* 99 et s.
  - *sens commun :* 98
- définition unitaire : 97 et s., 105
- actif / passif : 485
- majoritaire : 45 et s.
- groupe de société : 45
- cession : 45

Contrôle environnemental :
- domaine : 305
- modalités :
  - *contrôle* a priori *:* 306 et s.
  - *contrôle* a posteriori *:* 309 et s.
- contrôle-surveillance : 311
- responsabilité :
  (V. responsabilité administrative)

Contrôle-direction :
- définition : 2, 12 et s.
- usage :
  - *législatif :* 99
  - *jurisprudentiel :* 100
- doctrine : 101
- et représentation : 27 et s.
- des contrôlaires : 143 et s.
- du délégataire : 180
- du délégant : 183
- dirigeant de fait : 195

Contrôle-surveillance :
- définition : 1
- usage
  - *jurisprudentiel :* 103
  - *législatif :* 102
- doctrine : 104
- typologie : 57 et s.
- organes sociaux : 54 et s.
- objet du contrat : 209 et s.
- effet du contrat : 235 et s.
- associé :
  - *pouvoir :* 31 et s., 53
  - *minoritaires :* 42 et s.
  - *qualité :* 30
- AMF : 285 et s.
- commissaire aux comptes : 83 et s.
- banquier : 246 et s.
- environnemental : 305 et s.

Contrôleur :
- définition : 105
- surveillance du risque social : 125
- faute : 489 et s.

Contrôleur de la procédure collective :
- statut : 346
- droit à l'information : 347
- missions : 348 et s.
- responsabilité : 432

***Corporate governance* :** 54 et s.
Conventions réglementées : 73, 77
Créanciers :
- droit d'opposition : 235
- action oblique : 236
- droit à l'information : 237
- procédure collective : 335 et s., 354
- absence de pouvoir de contrôle : 242

- D -

Délégataire :
- consentement : 178
- compétences et moyens : 179
- qualité de contrôlaire : 180
- direction de fait : 449
- responsabilité :
  - *envers la société :* 447
  - *envers les tiers :* 448

Délégation de pouvoir :
- principe : 167
- distinction du contrat de travail : 168 et s.
- distinction du mandat : 170 et s.
- conditions :
  - *absence de formalisme :* 171 et s.
  - *tenant à l'objet :* 173 et s.
  - *tenant au délégant :* 176 et s.
  - *tenant au délégataire :* 178 et s.
- effets : 180 et s.
- intérêt social : 181

Délégué du personnel :
- missions : 253 et s.
- moyens : 258 et s.
- alerte : 255
Directoire :
- pouvoir de direction : 22 et s.
- pouvoir de représentation : 26 et s.
Dirigeant :
(V. responsabilité des dirigeants)
- notion : 10
- pouvoirs :
- *définition doctrinale :* 14 et s.
- *définition jurisprudentielle :* 13
- *définition légale :* 12
- *limites :* 16 et s.
- autocontrôle : 63 et s.
- rémunération : 74, 80 et s.
- révocation : 74, 79, 107, 402
- devoir de loyauté : 391
Dirigeant de fait :
- définition :
- *doctrinale :* 193 et s.
- *jurisprudentielle :* 201
- immixtion :
- *conseil de surveillance :* 195
- *associé :* 196
- *commissaire aux comptes :* 197
- *partenaire économique :* 198
- *partenaire commercial :* 198
- *tiers :* 199 et s.
- *Etat :* 200
- typologie des actes d'immixtion : 202 et s.
- risque social : 208
- responsabilité
- *fondement :* 440 et s.
- *étendue de la faute :* 442
- *typologie des fautes :* 443
- *faute détachable :* 444
- *préjudice :* 445
- *régime :* 446
- bénéfice de l'écran de la personnalité morale : 507
Dissolution : 143
Dommage :
(V. préjudice)
Dommages et intérêts punitifs : 493
Droit à l'information :
- irresponsabilité : 361
- administrateurs : 70
- associé : 31 et s.
- représentants du personnel : 93, 259, 260 et s.
- conseil d'administration : 69
- conseil de surveillance : 69 et 71
- créanciers : 237
- obligataires : 243 et s.
- Salariés 252 et s.
- tribunal de commerce : 325
Droits sociaux :
- cession : 82
- démembrement : 36, 50
- nature : 49

- E -

Ecran de la personnalité morale :
- notion : 386, 504
- extension : 506 et s.
Entreprise en difficulté :
(V. conciliateur, tribunal de commerce, Administrateur judiciaire, ministère public, juge-commissaire, liquidation judiciaire, mandataire judiciaire, commissaire à l'exécution du plan, contrôleur de la procédure collective, comités de créanciers, représentant des salariés)
Etat :
- responsabilité du fait de la Justice : 434
- responsabilité administrative :
- *principe :* 436
- *faute lourde :* 437
- *préjudice :* 438
- prescription : 530
Expert-comptable :
- nature contractuelle : 209
- missions 210 et s.
- responsabilité à l'égard de la société :
- *fondement :* 452
- *faute :* 453 et s.
- *préjudice :* 455
- responsabilité à l'égard des tiers :
- *fondement :* 456
Expertise de gestion : 38, 110
Expert en diagnostic d'entreprise :
- statut : 357
- missions : 358
- qualité de contrôleur : 360
- responsabilité : 433

- F -

Faute contractuelle :
- notion unitaire de faute civile : 478
- assimilation à la faute délictuelle : 479
Faute délictuelle :
- notions : 473 et s.
- Définition :
- *doctrinale :* 475
- *jurisprudentielle :* 476
- *absence d'unité :* 477
Faute de contrôle :
- exigence : 472
- appréciation 519 et s.
- preuve : 522 et s.
- prescription : 524 et s.
- risque social : 480 et s.
- intérêt social : 486 et s.

Faute de gestion :
- distinction faute / erreur : 375
- notion : 376, 486 et s.
- typologie : 377
- définition jurisprudentielle : 487
- appréciation : 378
Faute détachable : 379, 388, 392, 444
Franchissement de seuil : 46

- G, H -

Groupe de sociétés :
- définition légale du contrôle : 45

- I -

Immixtion :
- actes révélateurs : 202 et s.
- dirigeant de fait : 195 et s.
- contrat d'intégration : 188 et s.
- banque : 249
Inspection du travail :
- missions : 317
- moyens : 318
- pouvoir de sanction : 319
- finalité : 320
- qualité de contrôleur : 320
- responsabilité :
  (V. responsabilité administrative)
Insuffisance d'actif :
- fondement : 369
- lien de causalité : 385
Installation classée :
  (V. contrôle environnemental)
Intérêt commun :
- associés minoritaires : 43
- intérêt social : 113 et s., 138 et s.
Intérêt des créanciers : 236 et s.
Intérêt général :
- ACP : 304
- AMF : 295
- Autorité de la concurrence : 316
- commissaire aux comptes : 83
- contrôle environnemental : 311
Intérêt social :
- usage jurisprudentiel : 107 et s.
- usage législatif :106
- théorie
  - *contractuelle :* 113 et s.
  - *institutionnelle :* 115 et s.
  - *mixte :* 117 et s.
- contrôle :
  - *définition du risque social :* 131 et s.
  - *fondement du contrôle-surveillance :* 136
- objectif : 119
- abus de biens sociaux : 112
- abus de pouvoir : 112
- abus du droit de vote : 109
- exclusion d'un associé : 108
- expertise de gestion : 110
- révocation des dirigeants : 107
- subjectif : 120
- délégation de pouvoir : 181
- Faute de contrôle : 486 et s.

- J, K -

Juge-commissaire :
- information : 334
- missions : 335
- pouvoir d'autorisation : 336
- qualité de contrôleur : 360
- responsabilité : 435

- L -

Libre concurrence : 191
Liquidateur :
- nomination :144 et s.
- missions hors procédure collective :
  - *principe :* 146
  - *réalisation de l'actif :* 147
  - *apurement du passif :* 148
  - *poursuite de l'activité :* 149
- dessaisissement du débiteur : 150
- absence de qualité de contrôlaire : 151
Liquidation amiable :
- nomination du liquidateur : 144
- missions du liquidateur judiciaire : 146 et s.
Liquidation judiciaire :
- nomination du liquidateur : 145
- missions du liquidateur judiciaire : 150 et s.

- M, N -

Mandat social : 129
Mandataire *ad hoc* :
- distinction avec le mandataire provisoire : 152
- désignation : 153
- missions : 154 et s.
- contrôle-surveillance : 155
Mandataire judiciaire :
- statut : 338
- missions : 339 et s.
- qualité de contrôleur : 360
- responsabilité : 430
Ministère public :
- intervention dans la procédure collective : 332
- qualité de contrôleur : 360
- responsabilité : 435

- O -

Objet social : 16, 17, 126 et s.
Obligataires :
- notion : 243
- absence de pouvoir de contrôle : 244 et s.

Organe social :
- notion : 128
- de contrôle : 133
- appréciation du risque social : 130
- assemblée générale : 137
- conseil d'administration : 133
- conseil de surveillance : 133
- commissaire aux comptes : 134

- P -

Personne morale :
- intérêt propre : 116
- intérêt social objectif : 119
- théorie des bénéfices et des pertes : 121
Perte de chance : 501
Prime de contrôle : 46
Principes comptables : 85
Préjudice :
- distinction dommage/préjudice : 492
- réparation : 494
- anormal : 495
- perte de chance : 501 et s.

- Q -

Quitus : 535

- R -

Rapport :
- du commissaire aux comptes : 88, 91
- du conseil d'administration : 72
- du conseil de surveillance : 72
Rapport de gestion :
- élaboration : 32
- contrôle : 87
Représentant des salariés :
- statuts : 355
- missions : 356
Représentation :
- dissociation représentation direction : 27 et s.
- mandataire *ad hoc* : 156
Responsabilité :
- Notion : 3
- Renouveau : 6
Responsabilité des dirigeants :
- fondement : 365 et s.
- nature : 368
- faute :
  - *exigence :* 371
  - *violation de la loi :* 372 et s.
  - *violation des statuts :* 374
  - *de gestion :* 375 et s.
    (V. ce mot)
  - *détachable :* 379, 388, 392
  - *appréciation :* 380
- préjudice :
  - *exigence :* 381
  - *nature et évaluation :* 382 et s.
- lien de causalité : 384 et s.
- à l'égard des tiers : 387 et s.
- à l'égard des associés : 390 et s.
- individuelle, collective, solidaire : 396
- délégant : 450
- prescription : 525
Responsabilité du fait du contrôle : 471 et s.
(V. faute de contrôle, préjudice)
- fonction réparatrice : 493
- prescription : 532
- cause d'exonération : 533 et s.
- aménagement contractuel : 537 et s.
Risque social :
- notion :
  - *en droit :* 123
  - *en sciences de gestion :* 122
- théorie des bénéfices et des pertes : 121
- appréciation : 131 et s., 480 et s.
- définition par les contrôlaires : 124 et s.
- objet du contrôle-surveillance : 135, 139
- direction de fait : 208
- normal : 496
- perte de chance de réalisation : 502 et s.

- S -

Salariés :
- contrôle : 252 et s.
- participation à la gestion : 282 et s.
- droit à l'information : 284
Solidarisme contractuel : 239 et s.
Statuts :
- contrôle : 90
- limite : 16, 18

- T -

Tribunal de commerce :
- ouverture de la procédure collective : 324 et s.
- intervention au cours de la procédure collective : 327 et s.
- qualité de contrôleur : 360
- responsabilité : 435

- U -

Ut singuli :
(V. action en justice)
Ut universi :
(V. action en justice)

TABLE DES MATIERES

Table des principales abréviations **7**

Introduction **11**

Partie 1 : La notion de contrôle **23**

Chapitre 1 : Définition du contrôle au regard des attributions des organes sociaux : le contrôle organique **27**

Section 1 : Les différentes acceptions juridiques de la notion de « contrôle » 31

Sous-section 1 : Le contrôle-direction par les dirigeants 31

Paragraphe 1 : Le contrôle-direction par les représentants de la société 35

A : Les attributions directoriales des représentants légaux de la société 35

1 : La définition légale et jurisprudentielle du contrôle-direction 35

2 : La définition doctrinale des pouvoirs de contrôle-direction des dirigeants 37

B : Les limites du pouvoir de contrôle-direction des représentants de la société 39

1 : Dans l'ordre interne 39

2 : Dans l'ordre externe 41

Paragraphe 2 : Le contrôle-direction par les organes non dotés du pouvoir de représentation : la distinction entre représentation et direction 42

A : Les pouvoirs de contrôle-direction du conseil d'administration et du directoire 43

1 : Les attributions de contrôle-direction du conseil d'administration 43

2 : Les attributions de contrôle-direction du directoire 46

B : La distinction entre contrôle-direction et représentation 47

1 : L'absence de pouvoir de représentation du conseil d'administration et du directoire 47

2 : La reconnaissance de la qualité de dirigeant du conseil d'administration et du directoire 52

Sous-section 2 : Le contrôle-surveillance par les associés 54

Paragraphe 1 : Le contrôle, condition de la qualité d'associé 55

A : La définition classique 55

B : La définition moderne 57

C : L'apport et le pouvoir de contrôle-surveillance, fondements de la qualité d'associé 58

Paragraphe 2 : Le contrôle-surveillance de l'associé 61

A : Les moyens du contrôle de l'associé 61

1 : Le droit à l'information des associés 61

2 : Le droit de participer aux décisions collectives 64

a : La présence à l'assemblée générale 65

b : Le droit de vote à l'assemblée générale 65

3 : Le droit d'agir en justice 69

B : L'exercice du contrôle par l'associé 73

1 : Les droits des associés minoritaires 73

a : L'action des minoritaires au sein de l'assemblée générale 74

b : Le contrôle-surveillance des minoritaires 74

2 : Les droits des associés majoritaires, les pouvoirs de l'assemblée générale 76

a : Le principe majoritaire 76

b : La prise en compte du contrôle majoritaire par le droit positif 77

c : Les pouvoirs légaux de contrôle par l'assemblée générale 80

3 : Le fondement juridique du contrôle des associés 81

a : Le droit de propriété, fondement inadéquat du pouvoir de l'associé 81

b : Le fondement contractuel du contrôle par l'associé 84

C : Le contrôle des associés : un contrôle-surveillance 86

Sous-section 3 : Le contrôle-surveillance par les organes de surveillance 89

Paragraphe 1 : Les organes spécifiques de contrôle-surveillance de la société 89

A : La mission de contrôle des organes de surveillance des sociétés par actions 90

1 : Le renouveau des organes de contrôle-surveillance : la *corporate governance* 90

a : La naissance de la corporate governance 90

b : L'incidence de la corporate governance sur le droit français des sociétés 92

2 : L'objet de la mission de contrôle-surveillance des organes de sociétés par actions 95

a : La typologie des modes de contrôles-surveillance 96

b : La variabilité du type de contrôle-surveillance en fonction de la forme sociale adoptée 97

α : Le contrôle « clanique » du conseil d'administration 97
β : L'autocontrôle des dirigeants 102
χ : Le contrôle-surveillance plus restreint du conseil de surveillance 103
3 : Les moyens du contrôle-surveillance des organes de contrôle des sociétés 107
4 : Les finalités du contrôle-surveillance exercé par les organes de contrôle de la société 110
a : La préparation de l'information à destination des actionnaires 110
b : L'autorisation de certains actes de gestion 111
c : La sanction des organes de direction 113
B: Les finalités du contrôle-surveillance de l'assemblée générale 115
1 : L'approbation de la gestion des dirigeants 115
a : L'approbation des comptes annuels 115
b : L'approbation des conventions réglementées. 117
c : Les autres opérations faisant l'objet d'un vote de l'assemblée générale 119
2 : La révocation des dirigeants 119
3 : La rémunération des dirigeants 120
4 : Le droit de quitter la société 122
Paragraphe 2 : Le contrôle-surveillance par le commissaire aux comptes 123
A : Fondement et destinataires de la mission de contrôle-surveillance du commissaire aux comptes 123
B : Les missions de contrôle-surveillance du commissaire aux comptes 128
1 : Missions générales et permanentes 128
a : Les missions de contrôle-surveillance 128
α : Le contrôle des comptes 128
β : Le contrôle-surveillance de l'information 132
b : La finalité du contrôle par le commissaire aux comptes : l'information 132
2 : Missions particulières du commissaire aux comptes 133
a : Missions particulières de contrôle 133
α : Le contrôle du fonctionnement social 134
β : Le contrôle de la structure sociale 135
b : Missions particulières d'information 135
α : Informations rétrospectives 136
β : Informations prospectives 138
C : Un acteur majeur et indépendant du contrôle-surveillance 139
Section 2 : La notion unitaire de « contrôle » 143
Sous-section 1 : La définition unitaire du contrôle 143
Paragraphe 1 : Etude sémantique de la notion de « contrôle » 143
A : Les différentes acceptions du mot « contrôle » 143
B : Le « contrôle » en droit des sociétés 145
1 : Le contrôle « direction » 145
a : L'usage législatif de la notion de contrôle « direction » 145
b : L'usage jurisprudentiel de la notion de contrôle « direction » 147
c : La tentative de définition doctrinale de la notion de contrôle « direction » 148
2 : Le contrôle « surveillance » 149
a : L'usage législatif de la notion de contrôle « surveillance » 149
b : L'usage jurisprudentiel de la notion de contrôle « surveillance » 150
c : Les définitions doctrinales du contrôle « surveillance » 151
Paragraphe 2 : Le retour au sens premier de la notion de contrôle 153
Sous-section 2 : La distinction entre risque social, objet du contrôle, et intérêt social, norme du contrôle 154
Paragraphe 1 : La notion d'intérêt social 154
A : La prise en compte de l'intérêt social en droit positif 154
1 : L'intérêt social dans la législation 154
2 : L'intérêt social saisi par le juge 156
a : La révocation des dirigeants 156
b : L'exclusion d'un associé 157
c : L'abus du droit de vote 158
d : L'expertise de gestion 159
e : La nomination d'un administrateur provisoire 160
f : L'abus de pouvoir, des biens ou du crédit de l'entreprise 163

B : Les différentes conceptions doctrinales de l'intérêt social 164
1 : La vision contractuelle de la société et l'intérêt commun des associés 165
2 : La vision institutionnelle de la société et l'intérêt propre de la personne morale 166
3 : La nature mixte de la société 168
C : L'intérêt social objectif, intérêt de la personne morale 169
1 : L'intérêt social objectif 170
2 : L'intérêt social subjectif 171
Paragraphe 2 : La notion de risque social 171
A : La théorie des bénéfices et des pertes 172
B : La politique économique de la société : le risque social 173
Sous-section 3 : Le pouvoir de définition du risque social, critère de distinction du contrôleur et du contrôlaire. 175
Paragraphe 1 : La définition du risque social, critère de qualification de la mission du contrôlaire 176
A : Le pouvoir de définition du risque social, attribut exclusif des contrôlaires 176
1 : La définition du risque social par les dirigeants 176
2 : L'absence d'incidence sur le risque social des actes des contrôleurs 177
B : Les actes des contrôlaires hors définition du risque social. 178
1 : Définition 178
2 : Une limite au pouvoir de définition du risque social 179
C : L'intérêt social objectif, norme de référence du contrôle des dirigeants 180
1 : La distinction organe social, mandataire social 180
a : La notion d'organe social 180
B : La notion de mandataire social 181
2 : L'organe social, garant de l'intérêt social objectif 182
a : L'absence de pouvoir de définition de l'intérêt social 182
b : L'intérêt social objectif, norme de définition du risque social 183
Paragraphe 2 : L'appréciation du risque social, critère de qualification de la mission du contrôleur 186
A : L'intérêt social objectif, norme du contrôle-surveillance des organes sociaux spécifiques. 186
1 : La notion d'organe de contrôle 186
2 : L'intérêt social objectif, fondement du contrôle-surveillance organique 188
B : L'assemblée générale et la dualité de l'intérêt social 190
1 : La double qualité des associés 191
2 : Le double contrôle des associés 191
C : Un contrôle-surveillance finalisé 193
Conclusion du chapitre 1er 195
Chapitre 2 : L'application de la définition unitaire du contrôle 197
Section 1 : Le contrôle-direction des contrôlaires 201
Sous-section 1 : La substitution légale de dirigeants 201
Paragraphe 1 : Le liquidateur 202
A : La nomination du liquidateur 203
1 : Le cas général 203
2 : Le cas particulier de la liquidation judiciaire d'une société après ouverture d'une procédure collective 204
B : La mission du liquidateur 205
1 : La mission du liquidateur d'une société hors procédure collective 205
2 : La mission du liquidateur d'une société en liquidation judiciaire 208
C : L'absence de qualité de contrôlaire du liquidateur 210
Paragraphe 2 : Le mandataire *ad hoc* et l'administrateur provisoire 210
A : Le fondement de la mission de l'administrateur provisoire et du mandataire *ad hoc* 211
B : La mission des mandataires de justices : contrôle-direction ou contrôle-surveillance ? 212
1 : La mission ponctuelle et spéciale de représentation ou de contrôle-surveillance du mandataire *ad hoc* 213
2 : La mission de contrôle-direction de l'administrateur provisoire 216
Paragraphe 3 : L'administrateur judiciaire 220
A : L'assistance du dirigeant : mission de contrôle-direction 221
1 : La mission d'assistance par l'administrateur judiciaire 221
2 : La poursuite des contrats en cours 222

3 : L'exercice du contrôle-direction par l'administrateur judiciaire 224
B : Le dessaisissement partiel ou total des dirigeants : l'attribution du contrôle-direction 225
Sous-section 2 : La substitution contractuelle de dirigeant 228
Paragraphe 1 : La délégation de pouvoir 229
A : La distinction de la délégation, du mandat et du contrat de travail 230
1 : La distinction entre la délégation de pouvoir et le contrat de travail 230
2 : La distinction entre la délégation de pouvoir et le mandat 232
B : Les conditions de la délégation 233
1 : L'indifférence des conditions tenant à l'acte de délégation 233
2 : Conditions tenant à l'objet de la délégation et transmission du contrôle-direction 234
3 : Conditions tenant au délégant 237
4 : Conditions tenant au délégataire 238
C : Une transmission des pouvoirs de contrôle-direction non constitutive d'une substitution de dirigeants 240
1 : Les effets de la délégation 240
2 : Le maintien de la qualité de dirigeant au délégant 242
Paragraphe 2 : Les contrats intégrés 244
A : Contrats d'intégration et immixtion 246
B : Qualification des contrats intégrés et autonomie directoriale 247
1 : Les contrats intégrés, contrats d'intérêt commun 247
2 : Les garanties de l'autonomie directoriale et de l'absence de contrôle-direction par l'intégrateur 250
Sous-section 3 : La substitution de fait de dirigeants 253
Paragraphe 1 : Etude doctrinale de la notion de dirigeant de fait 254
Paragraphe 2 : Etude jurisprudentielle de la notion de dirigeant de fait 255
A : La variété des dirigeants de fait 255
1 : L'immixtion d'un organe social de contrôle-surveillance ou de l'un de ses membres 255
a : Les membres du conseil de surveillance 255
b : L'associé 256
c : Le commissaire aux comptes 258
2 : L'immixtion d'un partenaire économique et commercial 259
3 : L'immixtion d'un tiers 260
B : La définition jurisprudentielle de la direction de fait 261
Paragraphe 3 : L'immixtion dans la définition du risque social, critère de qualification du contrôle-direction de fait 264
A : Typologie des actes révélateurs de l'immixtion dans le contrôle-direction 264
B : Le risque social au cœur de l'immixtion du contrôlaire de fait 267
Section 2 : Le contrôle-surveillance des contrôleurs 269
Sous-section 1 : Le contrôle-surveillance par les cocontractants de la société 269
Paragraphe 1 : Le contrôle-surveillance, objet du contrat 269
A : Le contrat de contrôle : un contrat d'entreprise 270
B : La diversité des missions contractuelles de contrôle 271
1 : L'expertise comptable 271
2 : L'audit 273
a : L'audit comptable et financier 273
b : L'audit juridique 278
c : L'audit social 280
d : L'audit d'environnement 281
3 : Le contrôle par les agences de notation 284
a : La notation financière 284
b : La notation sociale et environnementale 287
C : La norme de référence du contrôle-surveillance objet du contrat 288
Paragraphe 2 : Le contrôle-surveillance, effet du contrat 289
A : La prise en compte des intérêts des créanciers 290
1 : Le droit à l'information limité des créanciers de droit commun 290
2 : Le droit à l'information des obligataires 299
3 : Le contrôle exercé par le banquier 302
a : Les obligations légales de contrôle-surveillance : le compte bancaire, la délivrance des moyens de paiement et la lutte contre le blanchiment 303

b : Le devoir général de vigilance 306
c : La qualification de contrôleur du banquier 313
B : Le pouvoir de contrôle des salariés de la société 313
1 : Les droits des représentants du personnel 314
a : Les délégués du personnel 314
α : Missions 314
β : Moyens 318
b : Le comité d'entreprise 319
α : Attributions économiques 319
β : L'intervention des représentants du personnel dans les organes de la société 327
χ : L'assistance d'experts 328
δ : Le comité d'entreprise et l'entreprise en difficulté 330
ε : L'absence de participation à la gestion de l'entreprise 335
c : Le Comité d'Hygiène, de Sécurité et des Conditions de Travail 336
2 : La participation des salariés à la gestion de l'entreprise 338
3 : L'absence de contrôle-surveillance par les salariés ou leurs représentants 339
Sous-section 2 : Le contrôle-surveillance par les tiers 340
Paragraphe 1 : Le contrôle-surveillance de la société *in bonis* 340
A : L'Autorité des marchés financiers 340
1 : Missions 341
a : Pouvoir de contrôle 342
b : Pouvoir réglementaire 346
c : Pouvoir de sanction 348
2 : L'exercice d'un contrôle-surveillance 349
B : L'Autorité de contrôle prudentiel 351
1 : Missions 351
2 : Les moyens du contrôle de l'ACP 353
3 : La finalité du contrôle-surveillance par l'ACP 357
C : Le contrôle-surveillance environnemental des installations classées 358
1 : Les modalités du contrôle environnemental 359
a : Le contrôle a priori 359
b : Le contrôle a posteriori 363
2 : La finalité du contrôle-surveillance environnemental 364
D : L'Autorité de la concurrence 366
1 : Mission de l'Autorité de la concurrence 366
2 : Le contrôle-surveillance par l'Autorité de la concurrence 369
E : L'inspection du travail 371
1 : Le pouvoir de contrôle de l'inspection du travail 371
2 : La finalité du contrôle-surveillance de l'application du droit du travail 373
Paragraphe 2 : Le contrôle-surveillance de la société en procédure collective 375
A : Le pouvoir de contrôle-surveillance des intervenants a la procédure collective 375
1 : L'intervention du conciliateur ? 375
2 : Les organes judiciaires de la procédure collective 378
a : Le pouvoir de contrôle-surveillance du tribunal de commerce 378
α : L'ouverture de la procédure collective 378
β : Le déroulement de la procédure collective 381
b : Le pouvoir du ministère public 384
c : Le pouvoir du juge-commissaire 387
3 : Le pouvoir des créanciers et de leurs représentants 392
a : Le mandataire judiciaire 392
b : Le commissaire à l'exécution du plan 395
c : Les contrôleurs de la procédure collective 397
d : Les comités de créanciers 399
e : Les créanciers individuels 401
4 : Le représentant des salariés 402
5 : L'expert en diagnostic d'entreprise 403
B : La qualification de l'intervention de chaque intervenant de la procédure collective 404
Conclusion du chapitre 2 411

Partie 2 : La responsabilité du fait du contrôle 413
Chapitre 1 : Etude de la responsabilité des contrôlaires et contrôleurs 417
Section 1 : La variété des régimes de responsabilité du fait du contrôle organique 421
Sous-section 1 : La responsabilité civile des organes de contrôle-direction 421
Paragraphe 1 : Fondements de la responsabilité civile des dirigeants de droit 421
A : Dans le cadre d'une société *in bonis* 422
B : Dans le cadre d'une société en procédure collective 426
Paragraphe 2 : Les différents régimes de la responsabilité des organes de contrôle-direction 428
A : Les conditions variées de la responsabilité des dirigeants 429
1 : Responsabilité à l'égard de la société 429
a : Typologie des fautes de contrôle du dirigeant à l'égard de la société 429
α : La violation des dispositions législatives ou réglementaires 429
β : Le non-respect des statuts 431
χ : La faute de gestion 432
δ : L'absence de faute détachable 438
ε : L'appréciation de la faute 439
b : Un préjudice 439
c : Un lien de causalité 442
2 : Responsabilité à l'égard des associés et des tiers 445
a : La responsabilité personnelle du dirigeant à l'égard des tiers 446
b : La responsabilité personnelle du dirigeant à l'égard des associés 450
c : Fondement de la particularité de la responsabilité des organes de contrôle-direction à l'égard des associés. 458
B : La mise en œuvre de la responsabilité des dirigeants 458
1 : Le titulaire de l'action 458
2 : Effets de l'action 461
Sous-section 2 : La responsabilité des organes de contrôle-surveillance 462
Paragraphe 1 : La responsabilité des membres du conseil de surveillance 462
A : Le fondement de la responsabilité du conseil de surveillance 462
B : Le régime de la responsabilité du conseil de surveillance 463
Paragraphe 2 : La responsabilité des associés 464
A : Le fondement de la responsabilité des associés 464
B : Le régime de la responsabilité des associés 465
1 : Un vote fautif 465
2 : Un préjudice 469
3 : La mise en œuvre de l'action 471
Paragraphe 3 : La responsabilité des commissaires aux comptes 472
A : Fondement de la responsabilité du commissaire aux comptes 473
1 : La nature légale de la responsabilité du commissaire aux comptes dans le cadre du contrôle légal des comptes. 473
2 : La nature contractuelle de la responsabilité du commissaire aux comptes dans le cadre de ses autres missions. 476
B : Régime de la responsabilité du commissaire aux comptes du fait du contrôle-surveillance légal 476
1 : Une faute de contrôle 477
a : La faute de contrôle du commissaire aux comptes 477
α : Le principe : une obligation de moyen 477
β : Typologie des fautes de contrôle du commissaire aux comptes 480
b : La faute d'autrui 486
c : La preuve de la faute 487
2 : Un dommage 488
3 : Un lien de causalité 492
Section 2 : La responsabilité des tiers du fait d'un contrôle-surveillance ou direction 495
Sous-section 1 : La responsabilité du fait d'un contrôle légal ou judiciaire 495
Paragraphe 1 : La responsabilité des contrôlaires légaux ou judiciaires 495
A : La responsabilité de l'administrateur provisoire 495
B : La responsabilité de l'administrateur judiciaire 497
Paragraphe 2 : La responsabilité des contrôleurs légaux 501

A : La responsabilité des contrôleurs légaux de la procédure collective 502
1 : La responsabilité des organes de contrôle-surveillance non judiciaires de la procédure collective 502
2 : La responsabilité de l'Etat du fait des organes de contrôle-surveillance judiciaires de la procédure collective 508
B : La responsabilité de l'Etat du fait des contrôleurs institutionnels 513
1 : Les conditions de la responsabilité de l'Administration du fait d'un contrôle-surveillance 514
2 : Mise en œuvre de l'action 520
Sous-section 2 : La responsabilité civile résultant d'un contrôle-direction de fait 520
Paragraphe 1 : Fondement de la responsabilité civile du dirigeant de fait 521
Paragraphe 2 : Conditions et régime de la responsabilité civile du dirigeant de fait 522
A : Conditions de la responsabilité du dirigeant de fait 522
B : Régime de la responsabilité du dirigeant de fait 525
Sous-section 3 : La responsabilité civile du fait d'un contrôle contractuel 526
Paragraphe 1 : La Responsabilité civile des contrôlaires contractuels 526
A : La responsabilité civile du délégataire 526
B : La responsabilité civile du délégant 530
Paragraphe 2 : Responsabilité civile des contrôleurs contractuels 531
A : La responsabilité civile du fait du contrôle objet du contrat 531
1 : La responsabilité de l'expert-comptable 532
a : A l'égard de la société cliente 532
b : A l'égard des tiers 536
2 : La responsabilité de l'auditeur 536
a : A l'égard du cocontractant. 537
b : A l'égard des tiers 538
3 : La responsabilité des agences de notation 539
a : Le principe de responsabilité des agences de notation financière issu du Code monétaire et financier 539
b : La responsabilité de droit commun des agences de notation du fait de leur contrôle-surveillance 543
B : La responsabilité civile du fait du contrôle-surveillance effet du contrat : la responsabilité du banquier 545
1 : Responsabilité à l'égard du client 545
2 : A l'égard des tiers 548
Conclusion du chapitre 1 551
Chapitre 2 : Pour une révision de la responsabilité du fait du contrôle 553
Section 1 : Une identité de faute de contrôle 557
Paragraphe 1 : La notion de faute 557
A : La faute délictuelle 557
B : La faute contractuelle 561
Paragraphe 2 : La définition de la faute de contrôle 565
A : L'appréciation d'un risque social 565
1 : L'acte de gestion légal 565
2 : L'acte de gestion obligatoire ou interdit 570
B : L'adéquation du risque social à l'intérêt social 571
1 : Intérêt social et faute du contrôlaire 572
2 : Intérêt social et faute du contrôleur 576
Section 2 : Une identité de préjudice 581
Paragraphe 1 : La notion de préjudice anormal 581
A : La condition de l'existence d'un dommage 581
B : La condition d'un préjudice anormal 585
Paragraphe 2 : Une identité de préjudice 587
A : L'absence de préjudice du fait de la réalisation d'un risque social normal 587
B : La perte de chance du fait de la faute de contrôle 591
Section 3 : Vers une cohérence des régimes 597
Paragraphe 1 : L'auteur du dommage : l'extension du bénéfice de l'écran de la personnalité morale 597
A : L'écran de la personnalité morale 598

B : L'extension de l'écran de la personnalité morale à tous les organes sociaux de droit ou de fait. ... 599
C : La responsabilité personnelle des contrôleurs extérieurs ... 603
Paragraphe 2 : La victime du dommage : l'extension de l'action *ut singuli* ... 603
A : La société, victime principale des fautes de contrôle ... 603
B : L'extension de l'action *ut singuli* à toutes les victimes indirectes et à l'encontre de tous les responsables de préjudice social ... 606
1 : Une action cantonnée ... 606
2 : Une action à étendre ... 609
C : Les tiers victimes directes ... 610
Paragraphe 3 : La mise en œuvre de l'action en responsabilité ... 610
A : L'appréciation de la faute de contrôle ... 611
B : Les règles procédurales de mise en œuvre de l'action en responsabilité ... 613
1 : La preuve de la faute de contrôle. ... 614
2 : La prescription de l'action en responsabilité ... 616
C : L'exonération de la responsabilité du fait du contrôle ... 622
1 : Les causes classiques d'exonération ... 623
2 : L'aménagement contractuel de la responsabilité du fait du contrôle ... 627
Conclusion du chapitre 2 ... 633

Conclusion générale ... 635

Bibliographie ... 639
Ouvrages généraux et spéciaux, monographies et thèses publiées ... 640
Ouvrages collectifs ... 646
Contributions à un ouvrage collectif ... 646
Thèses et mémoires non publiées (les thèses publiées seront traitées comme des ouvrages) ... 651
Encyclopédies ... 652
Articles de périodique ... 653
Rapports ... 669
Réponses ministérielles ... 670

Table de jurisprudence ... 671
Juridictions civiles ... 672
Arrêts de la Cour de cassation ... 672
Chambre des requêtes ... 672
Chambre civile ... 672
1ère chambre civile ... 673
2e chambre civile ... 675
3e chambre civile ... 676
Chambre commerciale ... 677
Chambre sociale ... 693
Chambre criminelle ... 694
Chambre mixte ... 697
Assemblée plénière ... 698
Arrêts de Cour d'appel ... 698
Arrêts de première instance ... 703
Juridictions administratives ... 703
Arrêts du Conseil d'Etat ... 703
Arrêts de Cours administratives d'appel ... 704
Arrêts du Tribunal des conflits ... 705
Décisions de l'Autorité de contrôle prudentiel ... 705
Décisions de l'Autorité de la Concurrence ... 705
Décisions du Conseil constitutionnel ... 705
Arrêts de la Cour de justice de l'Union Européenne ... 706
Arrêts de la Cour Européenne des Droits de l'Homme ... 706

Index ... 707

Table des matières ... 715