

SOMMAIRE

RESUME INTRODUCTIF	3
HISTORIQUE	6
INTRODUCTION GENERALE	7
A. La permanence des risques	8
B. La séparation des pouvoirs	11
C. Le contexte du contrôle	12
PARTIE I. LA CONDITION DU CONTROLE DES ASSOCIES	16
Chapitre I. L’AFFIRMATION DE LA TRANSPARENCE	18
Section I. L’obligation d’informer les associés	18
A. L’information permanente.....	18
B. L’information préalable à l’assemblée générale.....	22
1. La convocation	23
2. Le droit de communication.....	25
3. L’inscription de projet à l’ordre du jour	28
Section II. Le droit des associés d’interroger les dirigeants	30
A. Le droit d’interrogation à l’occasion de l’assemblée.....	31
B. Dans le cadre de la procédure d’alerte.....	33
Chapitre II. LA PROTECTION DE LA TRANSPARENCE	36
Section I. Les sanctions au droit à l’information.....	37
A. Les sanctions civiles	37
1. L’injonction sous astreinte	37
2. L’ajournement de l’assemblée.....	38
3. Nullité de la délibération	40
4. Responsabilité civile.....	43
B. Les sanctions pénales	44
1. La répartition de dividendes fictifs	44
2. Le délit de publication ou présentation de comptes sociaux infidèles.....	46
Section II. Les limites du droit à l’information.....	47
A. Limites justifiées	48
1. Le fonctionnement normal de la société.....	48
2. L’opposabilité du secret aux associés.....	50
B. Les limites injustifiées.....	52

PARTIE II. LA REALITE DU CONTROLE.....	55
Chapitre I. LE CONTROLE INDIRECT DES ASSOCIES	56
Section I. Le commissaire aux comptes	57
A. La relation de contrôle.....	58
1. La désignation du commissaire aux comptes	58
2. Le dénouement du lien de contrôle.....	62
B. Les missions du commissaire aux comptes	65
1. Le contrôle de l'information.....	65
2. Le respect de l'égalité entre les associés	69
Section II. L'expertise de gestion	70
A. La mise en œuvre de l'expertise de gestion.....	71
1. Le demandeur	71
2. La demande	72
B. L'issue de la demande d'expertise.....	75
1. La désignation de l'expert	75
2. La communication du rapport d'expertise.....	76
Chapitre II. L'ABOUTISSEMENT DU CONTROLE	77
Section I. Le contrôle en temps de paix.....	77
A. Le contrôle général de la gestion.....	77
1. L'approbation des comptes sociaux	78
2. Le traitement des dirigeants.....	81
B. Le contrôle spécial des conventions réglementées	84
1. Le domaine des conventions réglementées	85
2. Le contrôle des conventions réglementées	87
Section II. Le contrôle en temps de crise.....	91
A. Le contrôle remède.....	92
1. La réunion de l'assemblée générale.....	93
2. La désignation d'un administrateur provisoire.....	95
B. Le contrôle sanction	98
1. La sanction des irrégularités	99
2. Les sanctions des abus du droit de vote.....	101
CONCLUSION.....	104
BIBLIOGRAPHIE.....	108

RESUME INTRODUCTIF

Le nombre de sociétés commerciales constituées à Madagascar ne cesse d'augmenter chaque année. L'Economic Development Board of Madagascar enregistre une évolution à peu près constante quel que soit l'environnement légal de cette forme d'investissement.¹

La société est l'un des deux supports juridiques de l'activité économique, à côté de l'entreprise individuelle. Le choix de la société comme enveloppe juridique de l'entreprise comporte trois catégories d'avantages pour les investisseurs. D'abord, la société permet de contrecarrer le principe de l'unité et de l'indivisibilité du patrimoine. L'apporteur isole ainsi les biens affectés à l'exploitation du fonds des biens purement civils. Ensuite, la société est dotée d'une personnalité distincte de celle de l'entrepreneur, les deux ne subissent pas le même sort et la société peut augmenter facilement le capital investi. Enfin, la société rend possible la collaboration de plusieurs personnes sur un même pied d'égalité, un partage des risques et des profits, c'est une technique d'organisation du partenariat. Ce fut l'esprit de la forme la plus archaïque de société commerciale. Au moyen âge, en Italie, des marchands s'associaient dans une société de commande maritime pour financer les expéditions et en supporter ensemble les périls.

La société² ne peut avoir d'existence propre que si elle a été primitivement dotée de patrimoine par les apporteurs. Les associés sont attachés à la société par leurs apports et par les résultats attendus de cette opération. La finalité de la société rejoint ici celle de l'entreprise, ce sont toutes deux des machines à rémunérations du capital et du travail.

Mais pour profiter des dividendes, ou de l'économie de l'exploitation commune, les associés doivent supporter des risques de nature et de provenance diverses dont la plupart

¹ L' EDBM a été créée pour mettre en exécution la loi n° 2007-036 du 14 janvier 2008 sur les investissements à Madagascar (articles 8 et suivants de la loi), elle est chargée de la facilitation de l'approbation des projets d'investissements ainsi que de la promotion et du développement des investissements à Madagascar.

² L'article 1er de la loi n°2003-036 du 30 janvier 2004 sur les sociétés commerciales² dispose: « La société commerciale est instituée par deux ou plusieurs personnes qui conviennent, par un contrat d'affecter à une entreprise commune des biens en numéraire, en nature ou en industrie, *dans le but de partager le bénéfice ou de profiter de l'économie qui pourra en résulter. Les associés s'engagent à contribuer aux pertes dans les conditions prévues par la présente loi. La société commerciale doit être créée dans l'intérêt commun des associés.*»

sont imprévisibles. Le contrat de société est un contrat aléatoire. Par ailleurs, l'esprit de collectivité harmonieuse n'est pleinement concevable qu'au moment de la constitution de la société. Au cours de l'aventure commune, les conflits d'intérêts entre dirigeants et associés, entre majoritaires et minoritaires sont assidus.

La confiance doit exister entre les associés eux-mêmes et entre les associés et les dirigeants de la société. Et c'est pour préserver cette confiance que les associés devront exercer une surveillance sur la société, ils ont un droit de contrôle, voire un devoir de contrôle. Un banquier allemand, M. Carl FURSTEMBERG¹, a souligné l'importance du lien entre la confiance et le contrôle. Il disait que *« les actionnaires son stupides et impertinents, stupides car ils donnent leur argent à quelqu'un d'autre sans aucun contrôle effectif sur ce que cette personne est entrain de faire, impertinents car ils attendent un dividende en contrepartie de leur stupidité. »* Le contrôle exclut la confiance aveugle.

La nécessité du contrôle a également été accentuée par la réalité à Madagascar concernant le sort irréversible des sociétés en difficultés. La plupart des procédures collectives d'apurement du passif entamées au niveau du tribunal sont clôturées prématurément pour insuffisance d'actif. Les créanciers comme les associés se séparent de la société avec les mains vides. Le tout débouchant parfois vers des batailles judiciaires engagées personnellement contre les principaux dirigeants.

Les professionnels de la justice, notamment les magistrats, assesseurs, avocats et membres de syndicat dénotent l'absence d'un contrôle effectif, permettant de détecter et de solutionner les difficultés pendant que la société peut être remise sur pied ou détient encore des valeurs à sauver sur son actif. Or, les associés sont liés à la société pour le meilleur et pour le pire, ils sont les riches avenants de la société prospère et les parents pauvres de l'entreprise en difficulté. Le contrôle de la société intéresse donc en premier lieu les associés.

Comment les associés pourront-ils exercer un contrôle effectif sur la société à travers les moyens offerts par la loi?

¹ 1850-1930.

Le nœud de la question tourne principalement autour de l'information des associés, de l'intervention du commissaire aux comptes et du juge, et des rapports entre associés majoritaires et associés minoritaires. Les associés disposent d'un droit de contrôle étendu, ne pouvant être analysé seulement comme le droit à l'information. Si l'information des associés, de manière directe constitue la condition du contrôle, celui-ci n'est réel que par l'intervention d'autres personnes : les experts comptables et le juge. Si le commissariat aux comptes est une institution facultative pour certaines sociétés, les associés ne peuvent franchir certaines limites, notamment le secret des affaires et la technicité des comptes sociaux et les pratiques hermétiques des dirigeants. Ainsi, pour saisir la signification et la fidélité des comptes sociaux, les associés doivent de fait désigner un commissaire aux comptes. L'écran entre les dirigeants majoritaires et les minoritaires pour certaines opérations sociales est brisé par la désignation d'un expert de gestion. L'esprit de la loi est d'instituer un équilibre entre le fonctionnement autonome de la société et les droits d'intervention des associés. L'intervention du juge dans les affaires sociales doit rester exceptionnelle quoiqu'elle présente une garantie importante pour les associés à travers son autorité et son indépendance.

HISTORIQUE

Avant d'exposer les points saillants du contrôle des associés, un bref aperçu de l'évolution du droit positif est indispensable. Antérieurement à la promulgation des deux lois relatives aux sociétés, celle du 3 septembre 2004 sur le contrat de société et la société civile et celle du 30 janvier 2004 sur les sociétés commerciales, les sociétés de droit malgache étaient régies par des dispositions éparses héritées de la colonisation. Les sociétés en commandite par actions et les sociétés anonymes furent soumises à la loi du 24 juillet 1867 et à celle du 4 mars 1943¹, les SARL à la loi du 7 mars 1925, les autres formes de sociétés au code de commerce français du 1807.

L'exercice d'une surveillance par les associés était déjà perceptible avant l'avènement du code de commerce français. Une ordonnance de 1673 sur le commerce terrestre prévoyait le contrat de command, l'ancêtre de la société en commandite. Les clergés et les nobles, interdits de commerce, pouvaient investir leur argent en tant que commanditaires, et se contentaient de surveiller la gestion confiée à un commandité.

La réforme de 2004 a apporté unification du droit des sociétés et renforcement de la protection des associés. Dans le sens de l'unification, la loi du 3 septembre 2004 instaure un droit commun des sociétés, en régissant le contrat de société ; la loi du 30 janvier 2004 prévoit les différentes formes de sociétés commerciales, prévoit des dispositions communes pour toute société commerciale et des dispositions spéciales à chaque forme.

Dans le sens du renforcement de la protection des associés, la loi du 30 janvier 2004 reconnaît un droit étendu à l'information, la protection des minoritaires, l'intervention du commissaire aux comptes est élargie, la loi définit et prévoit les sanctions de l'abus de majorité et de l'abus de minorité. Le législateur s'est inspiré de la loi française du 24 juillet 1966 et de l'acte uniforme de l'OHADA² du 1er janvier 1998 sur les sociétés commerciales. Ainsi la loi du 30 janvier 2004 tout en voulant prendre les forces de la loi du 24 juillet 1966, ne peut se passer de la réalité économique ayant cours dans les pays africains, d'où certains emprunts à l'acte uniforme de l'OHADA.

¹ Loi relative aux sociétés par actions, le titre premier étant rendu applicable aux territoires relevant du ministère de la France d'Outre-mer.

² Organisation pour l'harmonisation du droit des affaires en Afrique.

INTRODUCTION GENERALE

LA REUSSITE DE L'ENTREPRISE dépend à plusieurs égards du régime juridique de la société. A fortiori, les associés trouveront intérêt à connaître leurs droits d'intervention pour une meilleure garantie de l'investissement auprès de la société. Doter les associés d'un droit de contrôle c'est préserver l'équilibre dans le fonctionnement de la société, ainsi renforcer la performance de celle-ci. A la base se trouve un concours entre deux parties pour une même activité. Il y a un antagonisme entre deux pouvoirs sur une même fonction, laquelle est attribuée normalement à un seul et l'autre n'intervient que pour veiller et éventuellement corriger. Le second constitue un contre-pouvoir au premier qui sera reconduit au vu de ne pas s'être conformé à certaines exigences.

L'intention de collaborer, élément caractéristique du contrat de société veut que les associés pourvoient eux-mêmes à la réussite de l'entreprise. Mais ce principe est pour la plupart des sociétés comme la démocratie directe est pour le gouvernement de l'Etat. Les associés doivent se dessaisir et confier les affaires de la société à un nombre restreint de personnes, réparties en organes indépendants et dotés de fonctions propres. Cela relève de l'évidence, toutefois il existe un paradoxe frappant. L'importance des intérêts de chaque associé attachés au sort de la société grandit avec l'évolution favorable des affaires. Ainsi, si les associés doivent se dessaisir, ils ne doivent pas pour autant abandonner. Devant cette impasse, le droit a permis que les associés puissent exercer des influences sur les organes de la société. Il ne s'agit pas seulement d'un signe d'appartenance à un groupe ou d'un lien entre créancier et débiteur mais d'une intervention active.

Se pose alors le problème de savoir dans quelle mesure est-ce que l'intervention des associés leur offre une garantie suffisante. Les moyens dont ils disposent permettent-ils de conforter leurs droits dans la société et de protéger la société contre les inconduites de ceux à qui il revient de faire fructifier l'activité commune? La loi reconnaît des droits propres aux associés, des droits attachés aux titres sociaux. Cela met chaque associé en droit d'exiger comme contrepartie de son apport une garantie directe et immédiate, une protection personnelle. Mais ce n'est pas uniquement dans un but égoïste et immédiat que de pouvoir contrôler la société. Les associés ne doivent plus poursuivre chacun des objectifs différents, c'est contraire à l'esprit d'union qui a généré la société. Même s'ils

veulent protéger la valeur qu'ils ont investie, la préservation de la société, outil de production, entité commune, profite à tous et ainsi à chacun. Le contrôle est alors un outil de protection, de l'associé et aussi de la société, accordé notamment en raison du capital apporté.

Selon l'opinion courante et la consécration légale, le contrôle des associés se limiterait à l'information sur les affaires sociales.¹ Cette analyse très restreinte, laisse de côté l'aboutissement même du contrôle : son expression. Le contrôle ne peut être entendu comme un simple procédé de collecte d'informations séparé du pouvoir d'appréciation et de sanction. Ainsi, l'approbation annuelle de la gestion, la révocation des dirigeants, l'opposition à certains agissements de ceux-ci et des majoritaires ne peuvent être conçues uniquement comme les multiples facettes du droit de conduire la vie sociale, mais aussi comme une manifestation du contrôle.

L'affirmation du contrôle revêt généralement trois aspects. D'abord, exploiter le système d'information de la société permet de vérifier que l'activité se poursuit sous le respect des critères de référence que sont l'intérêt social et la loi. Ensuite, dans un esprit de projection, promouvoir et soutenir des actions favorables à la réalisation des objectifs de la société et contourner les obstacles. Et enfin, sceptiquement, préparer et s'il le faut, actionner la défense et la réprobation aux périls de l'aventure sociale.

A. La permanence des risques

Le contrôle de la société par les associés se justifie aussi bien par la vocation de ceux-ci au bénéfice que par leur intention d'exercer une certaine maîtrise sur la gestion de la société. L'importance du droit au bénéfice pour les associés est telle que le contrôle est rattaché à la crainte persistante d'insuccès. « *Les associés s'engagent à contribuer aux pertes...* »² Les associés s'attendaient à des profits au moment où ils se sont engagés. Mais ils ne peuvent pas se permettre l'illusion de récupérer leur mise au cas où la ruine de la société se produirait. Il est contraire à la nature de la société qu'un associé puisse participer aux bénéfices et ne risque rien. L'idée est traduite par l'interdiction des

¹ Par exemple, l'intitulé : « Du contrôle des associés », du Titre V de la loi n°2003-036 sur le Livre Ier (de la deuxième partie) consacré à la société en nom collectif, contenant le droit à l'information des associés reflète cette idée.

² Article 1^{er} de la loi n°2003-036 du 30 janvier 2004 sur les sociétés commerciales.

conventions que la doctrine qualifie de clauses léonines.¹ Les associés contribuent effectivement aux pertes sociales au moment de la liquidation de la société ou de leur retrait. La contribution aux pertes varie en fonction de l'engagement patrimonial de l'associé. Dans les sociétés à risque limité, les associés s'engagent à hauteur de leurs apports respectifs. Dans les sociétés à risque illimité, ils exposent leur patrimoine personnel.

Pour la société, envisagée comme une personne à part entière différente de la somme des associés qui la composent, elle a des intérêts propres à défendre. Mais il est tout à fait logique que ce soient les associés eux-mêmes qui protègent ces intérêts, car tout fait supporté par la société se répercute tôt ou tard sur la situation des associés.²

Les associés exercent un contrôle fondamentalement différent de celui auquel d'autres personnes peuvent prétendre. L'Etat dresse ses prérogatives exorbitantes autour de la société, au nom de l'ordre public économique et de la paix sociale. Les partenaires bailleurs de fonds et contractants se permettent d'enjoindre la société à atteindre une dynamique opérationnelle et financière en vertu de la sécurité des transactions. Et puis les salariés doivent être constamment réconfortés par l'entremet de leurs représentants quoi qu'endure la société car ils ne subsistent, ou soi-disant, que par l'emploi et le salaire.

Le point commun qui découle de cet échantillon est la motivation étrangère à la raison d'être même de la société. Pour les associés, à s'en tenir à la définition légale, leur autorité parentale vise à préserver ce qui est essentiel pour la société. L'article 1er de la loi n°2003-036 du 30 janvier 2004 sur les sociétés commerciales² dispose: « La société commerciale est instituée par deux ou plusieurs personnes qui conviennent, par un contrat d'affecter à une entreprise commune des biens en numéraire, en nature ou en industrie, *dans le but de partager le bénéfice ou de profiter de l'économie qui pourra en résulter. Les associés s'engagent à contribuer aux pertes dans les conditions prévues par la présente loi. La société commerciale doit être créée dans l'intérêt commun des*

¹Article 46 in fine de la loi du 30 janvier 2004, art. 1844-1 al. 2 du code civil français ; P. DIDIER, *L'entreprise en société, Droit commercial*, tome 2, 2^e édition, PUF 1997, p.57et s.

² Art. 2 de la loi n°2001-026 du 3 septembre 2004 sur le contrat de société et la société civile, art. 1832 du code civil français.

associés.» Si la société s'écarte trop de sa finalité lucrative, il appartient à ceux qui l'ont permise d'exister de corriger la dérive.

Contrairement à l'épargne ou au prêt rémunéré, l'apport en société ne se fructifie pas par la mise à disposition du fonds et de l'écoulement du temps. Le caractère aléatoire du contrat de société fait peser sur les associés une menace permanente d'insuccès et de perte. Et puisqu'aucun d'entre eux ne peut s'y soustraire en vertu de l'interdiction des clauses léonines, ils doivent tous pouvoir l'affronter. Les mésaventures peuvent provenir de l'extérieur mais peuvent aussi venir de la société elle-même. Les risques externes tiennent d'abord à la volonté du législateur qui décide du régime auquel la société doit se soumettre, limite les domaines et les moyens d'action de la société. Ensuite, l'environnement entrepreneurial joue ses caprices au hasard des péripéties économiques et de la concurrence ardente. Et puis, quand la nature exprime sa colère indomptable, l'homme, pour cacher sa vulnérabilité, utilise les expressions « catastrophe naturelle, force majeure ou cas fortuit. »

Les risques internes sont reliés à la structure de la société et aux membres qui la composent. Il se peut que les associés aient mal choisi la forme juridique de leur société. Par exemple, une entreprise qui nécessite une mobilisation d'importantes ressources financières ne peut être confinée dans une société en nom collectif qui restreint les possibilités de financements autonomes.

Cependant la majorité des problèmes survenus proviennent des membres de la société eux-mêmes, en occurrence les associés et les dirigeants. Les associés peuvent entrer en conflit lorsque l'intérêt commun s'estompe ou par l'altération du consensus initial qui les a unis. Lorsqu'un associé met au dessus de l'intérêt commun ses intérêts personnels immédiats, directs ou indirects, ceux des autres et de la société sont injustement sacrifiés. Il en est ainsi car la divergence des intérêts personnels des associés est facilement compréhensible, plus encore avec l'intérêt social. En outre, la volonté de participer activement à l'entreprise commune ne se manifeste pas toujours sans disparité comme elle l'était au moment de la conclusion du pacte social. Les conflits politiques au sein de la société peuvent paralyser celle-ci jusqu'à la condamner à la dissolution.

Les mêmes problèmes peuvent surgir à l'endroit des dirigeants. La poursuite d'intérêts personnels ou la prévalence de leurs propres concepts dans la société semblent moins

justifiées, car leur concours n'y est sollicité que pour servir des idées et des intérêts d'autrui (ceux des associés). Indépendamment de leur volonté, les dirigeants peuvent commettre des erreurs et des maladroites au préjudice de la société. Du moins en théorie, les associés sont informés des risques internes et de la situation de la société par leur droit à l'information et décident souverainement de l'issue à prendre en exerçant leurs droits individuels, en émettant la volonté sociale ou en recourant aux voies judiciaires.

Les risques externes sont moins maîtrisables que les risques internes. Leur détection n'est pas évidente sinon même impossible. Si la volonté politique de l'Etat peut se laisser entrevoir, la société ne saurait loyalement découvrir les stratégies de ses concurrents. Inutile de parler de l'impondérabilité des événements de force majeure. La seule réaction possible de la société est de s'y adapter, sauf action éventuelle en concurrence déloyale. La permanence des risques est intimement liée avec le partage de pouvoirs caractérisant toute organisation collective.

B. La séparation des pouvoirs

Le concept de société ne peut se défaire de l'existence d'une collectivité,¹ l'exploitation de l'entreprise sous cette forme est motivée par la nécessité du concours de plusieurs personnes. L'assonance même de « société » évoque l'idée. L'admission de la notion paradoxale de société unipersonnelle n'est justifiée que par l'utilisation de la société comme écran entre le patrimoine impliqué dans l'activité et celui personnel de l'entrepreneur. Et même dans une telle société, le concours de plusieurs personnes n'est pas totalement absent.

Deux entités se partagent les pouvoirs pour assurer le fonctionnement de la société. D'une part, les associés ont des pouvoirs individuels et collectifs pour faire respecter leurs droits propres et l'intérêt supérieur de la société. Ils surveillent les dirigeants qui, d'autre part, administrateurs ou gérants assurent la gestion immédiate du patrimoine social. Le partage s'opère également au niveau des associés. Soit par la fonction de dirigeant occupée par certains, soit par l'importance de l'engagement patrimonial, apport et obligation au passif. Ainsi, émergent les rapports entre dirigeants et non dirigeants,

¹ La pluralité d'associés est l'un des caractères fondamentaux des sociétés, que ce soit au moment de la constitution de la société ou encours de vie sociale. Cf. par exemple : P. MERLE, Droit commercial, sociétés commerciales, 12ème édition, Dalloz 2008, n° 26 et 27, p. 45 et s.

majoritaires et minoritaires. L'associé appartenant à l'une ou l'autre de ces catégories partage toujours l'intention de s'associer, en cours de vie sociale, la volonté de collaborer.

Le droit de contrôle des associés est autant une manifestation qu'une preuve de l'existence de l'affectio societatis. La jurisprudence reconnaît cette part importante du droit de contrôle dans la traduction de l'affectio societatis.¹ L'affectio societatis est d'abord l'intention de s'associer, et ensuite la volonté de collaborer sur un même pied d'égalité. Cette volonté ne saurait être limitée au moment de la conclusion du pacte social, une telle conception ramènerait la notion à celle de consentement commune à tout contrat. L'intention de s'associer doit demeurer aussi longtemps que l'associé fait partie du contrat. La participation de l'associé à la vie sociale se manifeste par son droit de regard sur les affaires sociales, par le droit de donner ses avis et de critiquer la gestion. Mieux encore, il s'agit véritablement d'un pouvoir d'intrusion, d'une ingérence dans les affaires communes.

Si l'affectio societatis caractérise les relations entre les associés, il permet aussi de différencier les associés de ceux qui sont chargés par eux de gérer la société. L'application est utilisée pour délimiter la part de responsabilité revenant à la qualité de la personne. Celui qui ne se borne pas à user des pouvoirs découlant de sa qualité d'associé pour s'ingérer dans les affaires sociales reçoit la qualification de gérant de fait. Cette distinction permet également de délimiter la notion d'affectio societatis car toute participation de l'associé à la vie sociale n'est pas nécessairement la manifestation de la fraternité des associés. L'associé qui conclut au nom de la société une convention avec lui-même laisse entendre une intention de s'accorder des avantages illégitimes au détriment de la société et des autres associés.

C. Le contexte du contrôle

Le contrôle des associés repose d'abord sur la mise en œuvre de procédés non coercitifs dans un contexte où la marche des affaires sociale continue son cours normal. Dans ce cas, ils n'auront à mettre en œuvre que les mécanismes tournés autour de l'information. L'information se trouve être la condition de toute intervention à la vie sociale, que ce soit pour diriger ou pour contrôler. L'appréciation va de pair avec la

¹ Paris, 11 juil. 1951, S. 1953. 2. 81, note DALSACE.

compréhension. Le contrôle prend alors le sens de surveillance, d'observation de la société et du comportement des acteurs qui la conduisent.

Par rapport au régime antérieur des sociétés commerciales, la loi du 30 janvier 2004 a apporté des innovations considérables dans le but de renforcer la sécurité des associés, en leur offrant les moyens de contrôler la société. Il en est du droit à l'information des associés, des droits des minoritaires, spécialement le droit de déclencher une alerte et une expertise de gestion, et du rôle des commissaires aux comptes. La loi a ainsi permis que la société apparaisse transparente, à un certain degré, aux yeux des associés.

Dans les sociétés à risque illimité, les associés exercent un contrôle direct et soutenu car cela est tant souhaitable que possible. Souhaitable en raison de l'étendue de la responsabilité, puisque les associés engagent leur patrimoine personnel. Possible en raison du nombre généralement restreint des associés. Ils procèdent eux-mêmes aux vérifications et aux surveillances que la loi leur permet et qu'ils jugent opportuns. Cette possibilité est amoindrie dans les sociétés comptant un nombre important d'associés. Un contrôle étroit de la part de chacun d'eux risque d'alourdir considérablement le fonctionnement de la société.

A l'impossibilité mathématique se joignent des considérations de compétence et le souci de fiabilité du contrôle. Les associés ne sont pas tous à même d'apprécier la régularité et la fidélité de l'information qui leur est soumise et ne peuvent interpréter précisément cette information pour connaître la véritable situation de la société et l'évolution de ses affaires. Ceci est dû à la subtilité des documents comptables, à la technicité des activités de la société et au fossé qui sépare les associés minoritaires de la gestion sociale. Aussi, le recours à des professionnels du compte est indispensable.

Autrement dit, le principe est que les associés exercent directement le contrôle de la société, mais en pratique et pour l'essentiel, le contrôle est déclenché par des non associés, un contrôle indirect des associés. Ainsi, la réalité du contrôle implique d'abord l'intervention de contrôleurs agissant pour associés pour surveiller la gestion et vérifier l'information sociale. Elle implique ensuite une manifestation de volonté de la part des associés, un acquiescement ou un refus. Et enfin, la réalité du contrôle nécessite l'existence de moyen d'action en cas de crise au sein de la société.

Lorsque l'ambiance au sein de la société est saine, les sanctions du contrôle consistent en approbation et en mesures d'incitation. Les repères juridiques des organes sociaux sont les droits propres des associés, des droits irréductibles, et l'intérêt social. En l'absence d'atteinte à ces considérations, le contrôle s'assimile à un procédé machinal confirmant le respect de la séparation des pouvoirs entre les organes sociaux et l'acceptation des risques pris. Mais il faut suivre un cheminement, les associés ne sont pas dépourvus de droits d'intervention ou d'intérêt à participer activement à la vie sociale même si la société est dans des conditions favorables.¹ Leurs actions de contrôle poursuivent dans ce cas un but préventif. La loi leur offre les moyens de s'assurer que leurs intérêts et ceux de la société seront préservés par tous les acteurs de la vie sociale. Ainsi, ils seront informés des affaires de la société, ils ont le droit de participer aux délibérations du corps social. Les associés peuvent même recourir au juge en cas de soupçon à une opération de gestion ou pour s'assurer de la compétence de l'organe de contrôle (qui est en principe le commissaire aux comptes), plus particulièrement pour conforter leur droit à l'information. Autrement dit, le contrôle des associés est placé tout d'abord dans la situation concordant à leurs attentes ou à un point de départ exempt de calamité, ou du moins en phase avec les aléas acceptés lors de l'engagement primordial. Bref, c'est ce que l'on peut appeler un temps de paix.

Au revers de cette situation, un autre aspect du contrôle se manifeste : le pouvoir de correction et de sanction. Le contrôle ne sera plus information et acceptation mais concours matérialisé et répression. C'est uniquement dans cette mesure qu'il est possible de parler d'un contrôle réel, existant.

Le contrôle de la société par les associés peut être appréhendé en distinguant le contrôle collectif du contrôle individuel. Cependant, cette répartition entre contrôle collectif des associés, c'est-à-dire, par le biais de l'assemblée, et le contrôle individuel, exercé par un ou des associés pris de façon isolés², n'est pas tout à fait rationnelle.

¹ « L'affectio societatis est un élément spécifique du contrat de société qui doit durer aussi longtemps que la société...Cet élément implique une participation à la conduite des affaires sociales sur un pied d'égalité, un pouvoir de contrôle et de critique et un concours actif à l'administration de l'affaire. » Tribunal de Grande Instance de Paris, 14 mars 1973, Gaz. Pal. 1973. 2. 912, note PEISSE.

² En leur qualité d'associé et non d'organe social constitué par l'assemblée générale.

Certains droits pouvant servir à des fins de contrôle pour l'associé pris individuellement permettent à la collectivité des associés de se manifester. Il en est de l'information des associés, un droit exercé personnellement pour surveiller la société ou pour éclairer le vote. Or le vote est une participation à la volonté commune, donc l'information conditionne le contrôle exercée par l'assemblée. De même, la collectivité des associés est elle-même un terrain de jeu du contrôle dans la mesure où les décisions ne sont pas prises à l'unanimité. Certains dominent, d'autres sont dominés, mais dans l'intérêt de la société et dans le respect des droits particuliers.

Notre approche se veut alors de répondre successivement aux deux catégories de questions suivantes. Tout d'abord, dans quelles mesures peut-on concevoir la possibilité du contrôle des associés ? Par quels moyens est-il permis aux associés d'exercer un contrôle de la société ? En d'autres termes, il s'agira de scruter les bases sur lesquelles s'établit le contrôle. Ensuite, quand est-ce qu'on peut parler d'un contrôle effectif ? Comment se manifeste l'autorité du contrôle des associés à partir des moyens rudimentaires dont ils disposent à cet effet ? Ce qui nous permettra de connaître les moyens de renforcement d'un contrôle élémentaire et les moyens de consolidation d'un système basé sur un ensemble d'information en termes de décisions. Suivant cette démarche, il convient de voir en premier lieu la condition du contrôle des associés (Partie I) qui est la transparence de la société vis-à-vis des associés, et ensuite s'interrogera-t-on sur la réalité du contrôle (Partie II).

PARTIE I.

**La condition du
contrôle des
associés**

LA TRANSPARENCE DE LA SOCIÉTÉ constitue le gage de la confiance envers les dirigeants. Elle conditionne également toute intervention intelligente à la vie sociale. L'information forme un contre-pouvoir au bénéfice des associés dans une société où les organes sociaux sont spécialisés et hiérarchisés. C'est un vecteur du contrôle des associés sur la gestion des affaires sociales, qui cette dernière revient aux dirigeants. L'examen de l'information doit permettre aux associés de connaître la situation économique, juridique et sociale de la société, l'activité menée par celle-ci, les stratégies, les résultats et les perspectives, la rémunération des dirigeants. Pour ces raisons, la question de l'accès des associés à l'information est primordiale, en l'occurrence pour les associés non gérants.

Dans une large mesure, cela dépend des moyens personnels de chaque associé et de son poids à influencer les délibérations de l'assemblée générale. Les dirigeants, détenteurs de l'information, feront plus d'égard à la curiosité de l'associé qui détient une part importante du capital. Un tel associé est capable d'opérer un changement dans la composition de l'équipe dirigeante. Ce constat est valable dans les sociétés à risque limité au sein desquelles les délibérations sont soumises à la loi de la majorité. Mais la tendance actuelle, permise par la loi, est que même dans les sociétés à risque illimité, certaines délibérations sont prises à la majorité. En outre, l'associé majoritaire occupe le plus souvent un poste de dirigeant, donc il est normalement au courant de tout ce qui se passe au sein de la société. Finalement donc, en organisant l'information des associés, la loi entend réserver à l'associé non gérant et/ou minoritaire un outil de protection. Protection de ses intérêts et protection de ceux de la société. En ce sens, l'information est un moyen de connaissance et d'implication, elle est le corollaire même de l'appartenance à la société. L'affectio societatis, qui se traduit au cours de la vie sociale par une collaboration de tous les associés ne pourrait être pleinement conçue sans l'information. Ainsi le législateur a voulu que tout associé puisse, sans distinction, jouir de ce moyen. Le droit à l'information est, d'après l'article 45-5° de la loi du 30 janvier 2004, un droit attaché aux titres sociaux. C'est donc un droit irréductible car il fait partie des attributs de la qualité d'associé. Du coup, la loi prévoit un minimum d'information que les statuts peuvent élargir et non restreindre. Le non respect du droit à l'information des associés entraîne l'application d'un certain nombre de sanctions envers les dirigeants.

Il importe donc d'étudier les modalités d'accès à l'information, c'est-à-dire l'affirmation de la transparence par la loi (Chapitre I) et les garanties des associés à cet accès ou la protection de la transparence à l'égard des associés (Chapitre II).

Chapitre I. L'affirmation de la transparence

Certains documents et renseignements doivent être portés à la connaissance des associés à la diligence des dirigeants. A supposer que les associés ont déjà été tenus au courant d'un minimum d'information, ils peuvent prendre l'initiative d'obtenir des éclaircissements de la part des dirigeants. Autrement dit, la transparence de la société affirmée par la loi prend un double sens. D'un côté, la société est tenue envers les associés d'une obligation d'information. D'un autre, les associés ont le droit d'interroger les dirigeants.

Section I. L'obligation d'informer les associés

Le droit de communication s'exerce lui-même de deux manières : en permanence et préalablement à la réunion de l'assemblée générale. Mais dans tous les cas, on ne peut pas parler d'un véritable droit de communication car les documents sont tantôt envoyés aux associés, tantôt mis tout simplement à leur disposition au siège social. Il faut également remarquer que dans les sociétés anonymes, les copropriétaires d'actions indivises, le nu-propiétaire et l'usufruitier d'actions jouissent du même droit à l'information que tout autre actionnaire.

A. L'information permanente

Tout associé peut à toute époque, selon la date de son choix, consulter les documents sociaux mis à sa disposition en permanence au siège. L'intérêt de l'information permanente est de permettre au nouvel associé de connaître la condition de la société au moment de son entrée. Elle permet également à tout associé de suivre l'évolution de la situation de la société en comparant les documents des exercices précédents à ceux de l'exercice en cours. Selon la fréquence du droit à l'information permanente, les associés peuvent mesurer la performance de la société pour une période plus ou moins courte.

La fréquence de ce droit et les documents concernés diffèrent suivant la réglementation prévue pour chaque forme de société. Les associés ont un accès élargi aux informations au sein des sociétés à risque illimité en raison de leur engagement.

Dans les sociétés civiles, l'article 50 de la loi n° 2001-026 du 3 Septembre 2004 sur le contrat de société et la société civile (article 1855 du code civil français) dispose que les associés ont le droit d'obtenir, au moins une fois par an, communication des livres et des documents sociaux. Le droit de communication s'exerce au siège social. En l'absence de dispositions statutaires expresses, le gérant n'a pas l'obligation de faire parvenir les documents à l'associé.

La loi ne contient aucune autre disposition quant à la nature des documents et aux exercices auxquels ils se rapportent. Ainsi l'associé dispose d'une information détaillée en accédant à *tous les documents* tenus au siège social : les livres comptables et les états financiers, les pièces comptables,...et a fortiori les statuts. En droit français, l'article 48 alinéa premier du décret n° 78-704 du 3 juillet 197 en application des dispositions de l'article 1855 du code civil, énumère la nature des documents sans se passer de la généralité : « ...l'associé non gérant a le droit de prendre par lui-même, au siège social, connaissance de tous les livres et documents sociaux, des contrats, factures, correspondance, procès-verbaux et plus généralement de tout document établi par la société ou reçu par elle. »

Les associés de la société en nom collectif ont le droit de consulter au siège, deux fois par an, tous les documents et pièces comptables ainsi que les procès-verbaux des délibérations et des décisions collectives (article 304 de la loi du 30 janvier 2004 sur les sociétés commerciales).¹ La loi ne précise pas si les documents demandés doivent se rattacher à l'exercice en cours ou aux exercices précédents. Selon la doctrine française, sont concernés les documents relatifs à l'exercice en cours.²

L'information permanente dans la société en commandite simple est identique à celle de la société en nom collectif. Les associés commanditaires et les associés commandités

¹ Article L.221-8 du code de commerce français et en application, l'article 13 du décret n°67-236 du 23 mars 1967.

² P. CONTE, *Les dirigeants de société : risques et responsabilités*, Editions du Juris-classeur, 2005, n°049-16, p.604.

sont sur le même pied d'égalité sur ce plan (article 322 de la loi du 30 janvier 2004). C'est une médaille sans revers pour les commanditaires car aux termes de l'article 316, les avis et conseils, les actes de contrôle et de surveillance n'engagent pas les associés commanditaires. En effet, l'interdiction des commanditaires, de s'immiscer dans la gestion de la société ne justifie pas une limitation de l'information qui peut leur être octroyée. Cette interdiction ne joue que dans les relations avec les tiers et non dans les relations internes.

A défaut de stipulation contraire des statuts, la consultation se fait au siège social. La solution se justifie par l'allègement de la tâche des gérants et par une facilitation du contrôle de l'associé. En effet, les associés ont accès à tous les documents sociaux.

L'associé peut prendre copie des documents qu'il consulte auprès du siège à ses frais. Le droit de prendre copie est accessoire au droit de communication permanent dont il ne fait que faciliter l'exercice. Ainsi, l'associé peut examiner scrupuleusement chez lui le temps qu'il lui faudra et conserver les documents. Les procédés dépendent du choix de l'associé et de ses intentions. Il peut utiliser tous les moyens selon ses possibilités puisqu'il engage ses frais. Le moyen couramment utilisé est la photocopie mais l'associé peut aussi recourir à tout autre procédé permettant de conserver les renseignements qui lui sont présentés : prendre copie des versions électroniques, effectuer des prise de notes, des photographies, utiliser un magnétophone.¹ Toutefois, la facilité d'exploitation de tous ces modes de documentation n'est pas garantie, de même que leur valeur probante.

Celui qui désire exercer le droit à l'information permanente doit avertir le gérant au moins quinze jours à l'avance par lettre recommandée ou tout autre moyen laissant trace écrite (article 304). La raison de cette disposition est de permettre aux dirigeants de préparer les documents demandés par l'associé et d'organiser leurs emplois du temps. Le rassemblement de tous les documents et pièces comptables épuisera un certain temps. Le support de l'avertissement, en cas de non respect du droit d'information, sert à prouver que l'associé a voulu exercer son droit mais que les gérants y ont failli.

La plupart des statuts ne contiennent aucun article sur le droit de communication permanent des associés, sinon se contentent de reprendre les dispositions légales.

¹ Rép. Min. n° 22652: JOAN (française) 5 avr. 1972, p. 819; RTD com. 1972, p.410, note Roger HOUIN.

Pourtant, il est préférable de prévoir les modalités d'exercice de ce droit, par exemple les jours et les heures pendant lesquels les documents pourront être consultés.

L'associé peut se faire assister par un expert comptable ou par un commissaire aux comptes à ses frais. Cette faculté accroît l'efficacité du contrôle lorsque l'associé n'est pas en mesure de comprendre les informations qui lui sont soumises. La présence d'un expert comptable exerce une certaine pression, voire même un gêne sur les gérants¹ car cela affiche le sérieux du contrôle et la méfiance des associés.

L'expert est tenu au secret professionnel dans l'exercice de sa mission.² La violation de cette obligation est pénalement réprimée par l'article 378 du code pénal. En outre, sa responsabilité civile peut être engagée envers la société sur la base de l'article 204 de la loi n° 66-003 du 2 juillet 1966 relative à la théorie générale des obligations (responsabilité délictuelle), et envers l'associé conformément aux articles 177 et suivants de la même loi (responsabilité contractuelle).

Pour les associés des sociétés à risque limité, le contenu de l'information permanente est listé exhaustivement par la loi. Dans les sociétés à responsabilité limitée, le principe du droit d'information permanent est énoncé par l'article 364 de la loi du 30 janvier 2004. Quant à son application, selon l'article 366 alinéa 2, ce droit porte sur les documents soumis aux assemblées des trois derniers exercices, à savoir : les textes des résolutions proposées, les rapports du gérant et, le cas échéant, les rapports du commissaire aux comptes. Néanmoins, étant donné que la loi ne prévoit qu'un minimum, les statuts peuvent étendre le droit d'information des associés, même si la loi ne le prévoit pas expressément. L'esprit de la loi est d'ailleurs de ne pas figer la société mais de faire de celle-ci un outil attrayant, simple et léger au service des investisseurs.

La jurisprudence française retient que la liste établie par la loi, et le cas échéant par les statuts est limitative. Ainsi, selon la cour d'appel française, si les statuts ne considèrent pas le grand livre des fournisseurs, les balances fournisseurs et les comptes fournisseur

¹ C. BERR, *L'exercice du pouvoir dans les sociétés commerciales*, Collection Bibliothèque de droit commercial, Paris, Sirey, 1961, n°554, p.325.

² Article 45 de l'ordonnance n° 92-047 du 5 novembre 1992 relative à l'organisation des professions d'expert comptable et financier et de comptable agréé et à la restructuration de l'Ordre groupant les membres de ces professions.

parmi les documents communicables, les associés ne sont pas fondés à demander au juge l'application des sanctions relatives au non respect du droit de communication.¹

Quant aux actionnaires de la société anonyme, ils peuvent prendre connaissance et copie des documents soumis aux assemblées générales autres que les assemblées annuelles, sur les trois derniers exercices : textes des résolutions proposées, rapports du conseil d'administration ou de l'administrateur général et, le cas échéant, rapports du commissaire aux comptes ou du liquidateur. Ils peuvent également prendre connaissance des procès-verbaux et des feuilles de présence des assemblées tenues au cours de ces trois derniers exercices (article 547).²

L'article 547 dispose que les statuts peuvent aller au-delà pour permettre l'accès à d'autres documents. Aux termes de l'article 42 du décret n° 2004-453 du 6 avril 2004, l'actionnaire peut se faire assister par un expert inscrit sur une des listes établies par les cours et tribunaux.

B. L'information préalable à l'assemblée générale

¹ Besançon 11 décembre 2001, Dr. Sociétés 2002, n°119, note Monnet.

² En outre, à l'occasion de l'exercice du droit à l'information permanente la société est tenue d'adresser ou de mettre à la disposition des actionnaires qui en font la demande (article 39 du décret 2004-453 du 6 avril 2004 fixant les conditions d'application de la loi n° 2006-036 du 30 janvier 2004) les renseignements et documents suivants:

- Les noms, prénom usuel, des administrateurs et ou directeurs généraux de la société, ainsi que, le cas échéant, l'indication des autres sociétés dans lesquelles ces personnes exercent des fonctions de gestion, de direction, d'administration ou de surveillance;
- Le texte des projets de résolution présentés par le conseil d'administration;
- Le cas échéant, le texte et l'exposé des motifs des projets de résolution présentés par des actionnaires;
- Le rapport du conseil d'administration qui sera présenté à l'assemblée;
- Lorsque l'ordre du jour comporte la nomination d'administrateurs : les noms, prénom usuel et âge des candidats, leurs références professionnelles et leurs activités professionnelles au cours des cinq dernières années, notamment les fonctions qu'ils exercent ou ont exercées dans d'autres sociétés; les emplois ou fonctions occupés dans la société par les candidats et le nombre d'actions de la société dont ils sont titulaires ou porteurs ;
- Le rapport des commissaires aux comptes qui sera, le cas échéant, présenté à l'assemblée.

Toutefois, cette information rejoint l'information préalable à la tenue de l'assemblée dans la mesure où les conditions de la communication sont celles des articles 544 et 545 de la loi, relatifs au droit de communication préalable. Le législateur ne peut être plus ambigu.

La première information préalable des associés est la convocation par laquelle la tenue prochaine de l'assemblée est portée à leur connaissance et ils sont invités à s'y présenter. L'information des associés vise ensuite à éclairer le vote dans l'objectif de garantir l'intelligibilité de la décision de l'assemblée. Cela se traduit par le droit de communication. Elle sert enfin en tant que moyen à la disposition des minoritaires pour former un contre-pouvoir à la majorité. Cette opposition est rendue possible par le droit de tout actionnaire de requérir l'inscription d'un projet de résolution à l'ordre du jour.

1. La convocation

L'assemblée ne serait incontestablement l'émanation de la souveraineté des associés que si elle réunit tous les associés ou du moins revêt un caractère représentatif. Ainsi la loi définit le quorum, c'est-à-dire le nombre d'associés nécessaire pour que l'assemblée puisse valablement délibérer. C'est également un attribut de la qualité d'associé que de pouvoir participer aux délibérations de l'assemblée. L'article 110 de la loi du 30 janvier 2004 dispose que tout associé a le droit de participer aux décisions collectives.¹ Autrement dit, le seuil de représentativité de l'assemblée ne peut être atteint sans la convocation, et le droit de participer à la vie sociale qui appartient à tout associé en serait altéré.

La convocation indique la date, le lieu de la réunion et l'ordre du jour. Les modalités de la convocation suivent les stipulations statutaires sauf à respecter les impératifs de la loi. La convocation doit être effectuée au moins quinze jours avant la tenue de l'assemblée. Pour les sociétés autres que la société anonyme, elle se fait par l'envoi d'une lettre recommandée adressée aux associés ou par tout autre procédé laissant trace écrite. La convocation des actionnaires de société anonyme peut se faire par un avis de convocation inséré dans un journal habilité recevoir les annonces légales ou, si toutes les actions sont nominatives, par lettre recommandée ou tout autre moyen laissant trace écrite (article 534). Les procédés laissant trace écrite constituent une option de facilité pour la société car le législateur n'en a pas établi une liste exhaustive. L'article 2 du décret 2004-453 énonce parmi ces procédés : la lettre au porteur contre récépissé ; la lettre

¹ Sauf pour la société anonyme concernant les actions auto-détenues par la société et les titulaires d'actions à dividende prioritaire sans droit de vote (article 563, 660, 754 de la loi du 30 janvier 2004), mais même pour ces derniers, la société n'est pas exonérée de l'obligation de convoquer. Ils assistent aux assemblées mais ne prennent pas part aux délibérations.

recommandée avec accusé de réception ; le courrier envoyé à une messagerie internet officielle avec affichage et le fax adressé à un numéro officiel.

Le contenu de l'avis de convocation à insérer au journal d'annonces légales est fixé par la loi, d'abord de telle sorte que les actionnaires puissent s'assurer qu'il s'agit bien de la société dans laquelle ils détiennent des parts (notamment les articles 35 et 36 du décret 2004-453). La convocation doit indiquer la dénomination sociale, la forme de la société, le montant du capital social, l'adresse du siège social, les numéros d'immatriculation de la société au registre du commerce et des sociétés. La convocation indique ensuite les jours, heure et lieu de l'assemblée, ainsi que sa nature, extraordinaire, ordinaire ou spéciale, et son ordre du jour. Elle contient en outre les conditions selon lesquelles les actionnaires se feront connaître pour pouvoir participer à l'assemblée et pourront voter par correspondance.

Au cas où toutes les actions ne sont pas émises à titre nominatif, le problème concerne la convocation des actionnaires qui se trouvent en un lieu autre que celui dans lequel le journal d'annonces légales arrive à couvrir. La loi n'a prévu aucune solution de faveur et certains actionnaires risquent ainsi de manquer la convocation. Ce problème peut être surmonté indirectement par la mise en œuvre des dispositions prévues aux articles 37 et 41 alinéa 3 du décret 2004-453. L'article 37 prévoit que tout actionnaire d'une société ne faisant pas appel public à l'épargne, désirant inscrire un projet de résolution à l'ordre du jour peut demander à la société de lui envoyer un avis concernant les conditions de participation à l'assemblée et la date de la réunion des assemblées. L'actionnaire sera donc au courant de la préparation d'une assemblée générale sans attendre la convocation et la société s'assurera de son information. Mais pour cette première possibilité, il appartient à l'actionnaire de supporter les frais d'envoi de l'avis, sinon la société ne sera tenue d'aucune obligation. De plus, il serait illogique de proposer une résolution à une assemblée dont on ne connaît même pas si elle aura lieu et à quelle date elle se tiendra, voire même l'objet de l'assemblée reste encore inconnu de l'actionnaire.

La seconde possibilité de l'article 41 concerne uniquement les actionnaires titulaires de titres nominatifs. Ils peuvent effectuer une demande unique qui fera naître à la société l'obligation de leur envoyer certains documents préalablement à la tenue de chaque assemblée. Quoi qu'il en soit, quelle que soit la forme de la société, le défaut de convocation peut être sanctionné sévèrement par la nullité de la délibération (cf. infra).

2. Le droit de communication

Pour que les associés puissent réfléchir au vote, le dirigeant qui procède à la convocation doit mettre préalablement à leur disposition les documents susceptibles de les éclairer. La consistance de l'information est différente selon que les associés sont appelés à se prononcer sur les comptes sociaux, c'est-à-dire en assemblée générale annuelle, ou en une autre assemblée. Dans le premier cas, l'information sert surtout à constater l'existence et le montant des bénéfices. Ce qui intéresse primordiallement les associés lors de l'assemblée générale annuelle est le résultat réalisé, pour donner leur appréciation sur la gestion des dirigeants. Dans tous les cas, les associés doivent être informés sur les décisions à prendre.

L'information est identique pour les associés des SNC et des SCS. A l'occasion de l'assemblée générale annuelle sur l'approbation de la gestion et des comptes sociaux, certains documents leur sont communiqués au moins 15 jours avant la tenue de l'assemblée. Soit en même temps que la convocation à l'assemblée générale indiquant la date, le lieu de réunion et l'ordre du jour. Le gérant doit envoyer aux associés le rapport de gestion, l'inventaire, les états financiers de synthèse, le texte des résolutions proposées et le rapport du commissaire aux comptes s'il en existe un.

Pour les associés de SARL, les documents concernés sont les états financiers de synthèse de l'exercice écoulé, l'inventaire, le rapport de gestion, le texte des résolutions proposées, le rapport général du commissaire aux comptes s'il y en a, et, le cas échéant le rapport spécial du commissaire aux comptes sur les conventions conclues par un gérant ou un associé avec la société. L'inventaire est ajouté à ces documents selon l'article 22 du décret 2004-453.

Quant à la réalisation de la communication, envoi ou consultation au siège, l'alinéa 2 de l'article 365 dispose que ce droit est à « exercer », donc nécessite une démarche active de l'associé. Il s'agit donc de la consultation au siège à défaut de stipulation statutaire qui oblige la société à procéder à un envoi. Sur ce point, le législateur s'est référé sur l'acte uniforme de l'OHADA du 1^{er} janvier 1998 sur les sociétés commerciales et les groupements d'intérêt économique (article 345 de l'acte uniforme), plutôt que sur la loi française de 1966 qui a opté pour l'envoi des documents aux associés (articles L. 223-26 du code de commerce et 36 du décret n° 67-236 du 23 mars 1967).

Pour les assemblées autres que l'assemblée annuelle, les documents d'informations sont le texte de résolution, le rapport du gérant et celui du commissaire aux comptes.

Au sein des sociétés anonymes, les actionnaires peuvent demander à la société de leur envoyer certains documents outre le droit de prendre connaissance au siège. A l'occasion de l'assemblée annuelle, tout actionnaire peut prendre connaissance au siège des états financiers de synthèse, de la liste des administrateurs, des rapports du commissaire aux comptes et du conseil d'administration ou de l'administrateur selon le cas, le cas échéant, du texte de l'exposé des motifs, des résolutions proposées, ainsi que des renseignements concernant les candidats au conseil d'administration ou au poste d'administrateur général, de la liste des actionnaires et des rémunérations versées aux dirigeants sociaux certifiées par les commissaires aux comptes (article 544).

Quant aux assemblées autres que l'assemblée générale ordinaire annuelle, le droit de prendre connaissance porte sur le texte des résolutions proposées, le rapport du conseil d'administration ou de l'administrateur général et, le cas échéant, le rapport du commissaire aux comptes ou du liquidateur.

Les actionnaires peuvent consulter les documents au siège social durant les quinze jours qui précèdent la tenue de l'assemblée générale. Le législateur n'a pas tenu compte du fait que la convocation peut avoir lieu avant les quinze jours précédant la réunion. L'article 545 ne fait aucune référence à la convocation, ce qui aurait pourtant pu permettre l'exercice du droit à l'information au cours d'une période plus longue. En droit français, ce droit s'exerce à compter de la convocation et au moins pendant les quinze jours qui précèdent la réunion (article 139 du décret 67-236 du 23 mars 1967).

Outre la faculté qu'a l'actionnaire de se faire assister par un expert, le droit de prendre connaissance peut être exercé par un mandataire qu'il a nommé désigné pour le représenter à l'assemblée générale.¹

A compter de la convocation et jusqu'au cinquième jour avant la tenue de l'assemblée, l'actionnaire titulaire de titres nominatifs ou l'actionnaire propriétaire de titres au porteur

¹ Sur les conditions de la représentation à l'assemblée, voir les articles 559 de la loi du 30 janvier 2004, 43 du décret 2004-453 du 6 avril 2004.

à condition de justifier sa qualité¹, peut demander à la société de lui faire parvenir les documents prévus aux articles 39 et 43.2 du décret 2004-453. L'article 43.2 concerne les documents qui doivent être joints à toute formule de procuration adressée aux actionnaires. Ces documents informent les actionnaires à la fois sur la situation de la société et sur les modalités et les conditions d'exercice du droit de vote pour ceux qui ne peuvent pas venir en personne à la réunion :

- L'ordre du jour de l'assemblée ;
- Le texte des projets de résolution présentés par le conseil d'administration ou l'administrateur général et le cas échéant par les actionnaires ;
- Un exposé sommaire de la situation de la société pendant l'exercice écoulé, accompagné d'un tableau faisant apparaître les résultats de la société au cours de chacun des cinq derniers exercices ou si leur nombre est inférieur à cinq, de chacun des exercices clos depuis la constitution de la société ou l'absorption par celle-ci d'une autre société. L'utilité de ces documents est réservée à l'assemblée annuelle appelée à se prononcer sur les comptes sociaux ;
- Une formule demande d'envoi des documents et renseignements prévus à l'article 39. Ces documents et renseignement sont donc complémentaires et nécessitent une demande spécifique de l'actionnaire. La formule informe également que l'actionnaire titulaire de titres nominatifs peut obtenir de la société par une seule demande, l'envoi des documents pour toutes les assemblées ultérieures ;
- Un formulaire de vote par correspondance au cas où ce formulaire et la formule de procuration ne sont pas inclus dans un document unique ;
- L'indication des choix possibles de l'actionnaire (donner une procuration à un autre actionnaire ou à son conjoint, voter par correspondance, adresser une procuration à la société sans indication de mandat) ;
- L'indication qu'en aucun cas l'actionnaire ne peut retourner à la société à la fois la formule de procuration et la formule de vote par correspondance.

¹ Par le dépôt des actions au porteur ou d'un certificat de dépôt délivré par la banque, l'établissement financier ou l'agent de change dépositaire des actions aux lieux indiqués par l'avis de convocation (article 40 du décret 2004-453).

Dans la pratique, qu'il s'agisse de la consultation des documents au siège ou de l'envoi aux frais de la société, les associés ne sont pas toujours informés selon les termes de la loi. Il arrive par exemple que les textes de résolution soient remis le jour de l'assemblée. Certains documents en outre ne sont établis qu'au dernier moment. La loi prévoit en l'occurrence pour l'établissement des états financiers de synthèse un délai 6 mois au plus après la clôture du dernier exercice (article 210-3 du plan comptable général 2005 approuvé par le décret 2004-272 du 18 février 2004). Or, l'approbation de l'assemblée doit avoir lieu dans le même délai. Ce qui fait que soit les associés ne sont pas pleinement informés, soit la tenue de l'assemblée est reportée en dehors du délai légal.

3. L'inscription de projet à l'ordre du jour

Le droit à l'information présente un autre intérêt que celui de mettre les associés en condition de décider. Les associés ont le droit de faire inscrire des projets de résolution à l'ordre du jour. Ce droit met en relief le pouvoir de décision des associés censés constituer l'organe suprême de la société. Ils peuvent proposer des nouvelles résolutions ou des modifications aux résolutions proposées par les dirigeants. Pour ce faire, les associés doivent être informés au préalable sur la tenue future d'une assemblée et sur l'objet de celle-ci. L'inscription d'un projet à l'ordre du jour est nécessaire car l'assemblée ne peut se saisir que d'une question qui y figure.

Dans les sociétés où le pouvoir d'influer sur les décisions de l'assemblée se traduit par la détention de la majorité des voix, le droit d'inscrire des projets de résolutions permet aux minoritaires d'organiser l'opposition au groupe majoritaire qui détient a fortiori les commandes au conseil d'administration et prépare ainsi la politique à soumettre au vote de l'assemblée. L'opposition minoritaire peut avoir pour résultat de bloquer les délibérations en ce qui concerne les assemblées extraordinaires qui requièrent une majorité qualifiée. Elle n'a pas pour but d'opérer un renversement de la constitution du groupe majoritaire car pour la plupart des cas, le groupe majoritaire est composé par un seul actionnaire qui détient la majorité du capital. Le changement de la composition de la majorité à chaque assemblée n'est concevable que pour les sociétés au sein desquelles les actions sont éparpillées, de telle sorte que cette situation révèle l'instabilité de la direction. Le fait que le gouvernement de la société repose entre les mains d'un actionnaire déterminé constitue une sécurité pour les autres actionnaires tant que cela

tend à assurer l'intérêt social. Le principe du gouvernement majoritaire est une règle indispensable au bon fonctionnement et à la stabilité de la société anonyme. Et le fléchissement de ce principe n'est permis qu'en cas d'atteinte à l'intérêt social, c'est-à-dire à l'occasion des conflits, dans ce cas, la mise en œuvre des actions de la minorité doit être contrôlée par le juge. L'opposition minoritaire sert donc finalement à prouver l'intéressement à la vie sociale, la manifestation de la volonté de collaborer. Permettre une telle collaboration revient à affirmer que l'assemblée générale est vraiment l'organe représentatif de tous les actionnaires et non seulement des majoritaires. Ainsi, la participation de la minorité est aussi nécessaire que souhaitable. Elle garantit que la dictature est absente et renforce la légitimité de la volonté majoritaire.¹

Avant la réunion de l'assemblée, l'opposition peut être préparée par la faculté offerte aux actionnaires de requérir l'inscription de projets de résolution à l'ordre du jour (article 539). L'inscription de projet de résolution peut servir à une autre fin, l'actionnaire veut s'impliquer encore plus dans la conduite des affaires sociales en se faisant nommer par exemple au poste d'administrateur. Il peut d'abord mesurer sa cote de popularité en fonction de la position des autres actionnaires par rapport à ses idées. Le premier avantage offert par la loi du 30 janvier 2004 est que l'inscription de projet de résolution à l'ordre du jour est possible pour tout actionnaire sans que celui-ci détienne un pourcentage déterminé du capital. Seulement, les statuts peuvent soumettre la participation à l'assemblée générale à une telle condition. Ce qui nous intéresse plus particulièrement, c'est l'information des actionnaires qui veulent requérir l'inscription d'un projet de résolution.

Dans les sociétés ne faisant pas appel public à l'épargne, l'actionnaire qui désire inscrire un projet de résolution à l'ordre du jour peut demander à la société de l'aviser par lettre recommandée 35 jours avant la tenue de l'assemblée. La société n'est tenue d'y procéder que si l'actionnaire lui adresse le montant des frais d'envoi. Cette information porte sur les modalités d'immobilisation des titres sociaux pour pouvoir participer à l'assemblée² et sur la date de la réunion, l'ordre du jour et les projets de résolutions

¹ D. SCHMIDT, *Les droits de la minorité dans la société anonyme*, Th. Paris, 1970, p.19, n°23 et s.

² C'est-à-dire les conditions selon lesquelles l'actionnaire se fera connaître par la société, article 40 du décret 2004-453.

préparés par le conseil d'administration n'y figurent pas. Pourtant, l'élaboration d'un projet de résolution suppose que l'actionnaire soit orienté pour que ses propositions soient opportunes. Pour obtenir les documents sur l'assemblée en question, l'actionnaire doit attendre les quinze jours précédant la réunion. Le projet doit être adressé au siège social dix jours avant la tenue de l'assemblée pour pouvoir être soumis au vote de l'assemblée générale (article 540 de la loi du 30 janvier 2004).

L'actionnaire disposera donc à compter de son information sur l'objet de l'assemblée et les documents y afférent, de 5 jours pour dresser son projet. Or, pour que tous les autres actionnaires puissent en prendre connaissance, il faut que les projets parviennent au siège avant les quinze jours précédant la réunion (articles 39 du décret 2004-453). La société mettra à jour les documents mis à la disposition des actionnaires jusqu'à la tenue de l'assemblée en fonction des propositions reçues par elle. Ceux qui exercent leur droit de consultation des documents les premiers jours de l'ouverture de l'information préalable risquent de ne pas être tenus au courant des projets déposés par les actionnaires. En effet, l'information des autres actionnaires est aussi importante que l'auteur du projet pourra recevoir leur soutien. En outre, un tel soutien sera obtenu plus facilement si les actionnaires se connaissent préalablement. D'où l'importance de la communication de la liste des actionnaires qui peut être consultée durant les quinze jours précédant la réunion (article 544-5°). La connaissance de la liste des actionnaires rend possible le groupement des minoritaires pour élaborer des projets de résolution ou pour voter dans un sens déterminé. Cependant la liste des actionnaires ne sera complète que cinq jours avant la tenue de l'assemblée (article 40 in fine du décret). L'actionnaire pourra ainsi se référer à la feuille de présence relative à l'assemblée pour connaître tous les actionnaires. Mais la liste qu'il aura ainsi établie ne sera plus à jour pour les prochaines assemblées car il ne peut compter ni sur l'assiduité des actionnaires présents ni pour l'absentéisme des autres.

Section II. Le droit des associés d'interroger les dirigeants

Les renseignements et les documents portés à la connaissance des associés ne suffisent pas toujours pour une appréciation honnête de la situation exposée et pour prendre une décision exempte de tout vice de consentement. Dans ces conditions, la satisfaction des associés dépend de leur initiative. Ils peuvent poser des questions aux dirigeants pour obtenir plus d'information sur les résolutions soumises à l'assemblée générale ou sur la

gestion sociale, sur les faits de nature à compromettre la continuité de l'exploitation. Dans le premier cas, les questions sont rattachées à l'exercice du vote, dans le second, elles constituent un moyen de signaler un péril pour la survie de la société ou du moins de dissiper un doute semé par un manque d'information.

A. Le droit d'interrogation à l'occasion de l'assemblée

Le droit de poser des questions au dirigeant exprime à la fois le besoin d'information et la participation active des associés au processus de prise de décisions. Lors de l'assemblée, les dirigeants procéderont d'abord à la présentation des comptes, des rapports de gestion et de la stratégie d'ensemble de l'entreprise. Ensuite, après le rapport du commissaire aux comptes le cas échéant, les perspectives pour l'exercice en cours sont dévoilées aux associés. Il est tenu une séance de questions-réponses juste avant le vote des résolutions. Les questions peuvent être posées au cours de la séance, alors ce sera oralement. Mais elles peuvent aussi être posées en avance, par écrit. Dans le premier cas, les associés doivent assister à la réunion pour pouvoir poser des questions. Le droit de poser des questions écrites n'exclut pas celui de poser des questions orales.

Les questions écrites présentent de nombreux intérêts. Le dirigeant est tenu de répondre lors de l'assemblée même si l'associé qui a posé les questions n'est pas présent. La séance de questions-réponses débute par les réponses aux questions écrites. La pratique généralement suivie répond à l'ordre chronologique de la réception des questions, la première en date sera répondue en premier. Les questions et les réponses doivent figurer au procès-verbal. Le nombre de questions n'est pas limité mais l'associé ne saurait en abuser. Ainsi, les questions doivent se rapporter à l'ordre du jour. Par exemple, pour le cas de l'assemblée générale ordinaire, les questions sur les opérations réalisées pendant l'exercice concerné entrent forcément dans l'ordre du jour. Certaines questions, posées par un ou plusieurs associés, peuvent être répondues ensemble en fonction de leur objet, mais le nom des auteurs doit être indiqué pour que chacun soit tenu au courant de la réponse.

Les associés de société à responsabilité limitée, ont le droit de poser des questions écrites au gérant.¹ Les questions peuvent être posées jusqu'à la date de réunion.

A l'instar de l'acte uniforme de l'OHADA du 1^{er} janvier 1998, la loi du 30 janvier 2004 sur les sociétés commerciales a omis de prévoir le droit de poser des questions écrites à l'occasion de l'assemblée générale des actionnaires de société anonyme. Ce droit est reconnu expressément par la loi française du 24 juillet 1966 en son article 162, incorporé à l'article L-225-108 du code de commerce. Si le régime du droit positif est calqué sur celui de l'acte uniforme de l'OHADA, il ne semble pas que le droit de poser des questions écrites soit rattaché au vote mais exclusivement au déclenchement de la procédure d'alerte. La doctrine se réfère uniquement au droit de poser des questions sur la gestion sociale sur tous faits de nature à compromettre la continuité de l'exploitation.² On peut penser que le droit de requérir l'inscription de projets de résolution à l'ordre du jour peut pallier à cet inconvénient. Les actionnaires peuvent s'en servir pour insérer à l'ordre du jour les sujets sur lesquels ils désirent débattre en assemblée et ainsi recevoir plus d'explication de la part des dirigeants. Cependant, l'inscription d'un projet de résolution sous-entend que l'actionnaire souhaite connaître la position de la majorité sur sa proposition et que son idée soit retenue ou du moins éprouvée par l'assemblée. Alors que de son côté, si le besoin d'information de l'actionnaire est susceptible de l'éclairer lors du vote, cela ne conduit pas nécessairement vers une délibération à part entière. Il est difficilement concevable que l'actionnaire fera inscrire un projet à l'ordre du jour pour orienter sa décision sur un autre projet. Et le mieux placé pour répondre à certaines questions est le dirigeant, ainsi la réponse doit venir de ce dernier et non de l'assemblée d'actionnaires. Par exemple, l'actionnaire veut connaître le comportement du public, des consommateurs et des concurrents après l'acquisition d'un nouveau point de vente, le lancement d'une campagne publicitaire, la révision du prix de vente de certains produits,... Le droit de poser des questions écrites aux dirigeants pour une réponse au cours de l'assemblée et le droit de requérir l'inscription de projet de résolution à l'ordre du jour poursuivent des objectifs relativement différents.

¹ Article 365 in fine.

² François ANOUKAHA, *OHADA, Sociétés commerciales et groupements d'intérêt économique*, Collection Droit uniforme africain, Juriscope 2002, n°244, 943 et 944, p. 162, 441 et s.

L'actionnaire peut poser des questions orales lors de la réunion et la loi ne distingue pas les questions qui pourront être posées par écrit de celles qui pourront être posées oralement. Néanmoins, les deux procédés ne sont pas indifférents. L'ampleur de la question et l'importance de la réponse attendue par rapport à l'expression du vote peuvent constituer des obstacles à l'information des actionnaires. Ceux-ci risquent de ne pas pouvoir se prononcer en toute connaissance de cause si la réponse n'est pas donnée lors de l'assemblée. En effet, le dirigeant est autorisé à ne répondre à une question orale qu'après la tenue de la réunion. Ce qui n'est pas le cas pour les questions écrites, la préparation du dirigeant à la réponse anticipe l'assurance pour les actionnaires mitigés ou mal informés et offre une aide au dirigeant qui sera soumis dans une assemblée vivace à un fort interrogatoire. Ce qui fait que l'actionnaire est privé d'un outil non négligeable en même temps que le dirigeant. Si la politique législative poursuivie serait de ne pas alourdir le fonctionnement de la société, le résultat est de limiter la participation des actionnaires à la vie sociale.

Ce serait cependant pécher que de penser qu'il s'agit là d'une omission volontaire du législateur. Son intention n'est pas d'ôter ce droit mais de lui reconnaître un caractère implicite puisque les avantages qu'il procure aux actionnaires ne peuvent être ni occultés ni obtenus autrement.

Ces raisons recommandent des dispositions expresses sur le droit de poser des questions écrites et de ne confondre ce droit ni avec le droit de déclencher l'alerte ni aux autres droits qui poursuivent des finalités différentes. Les actionnaires en seront mieux protégés et plus avertis sur les moyens dont ils disposent. Cette perspective va de pair avec l'incitation du législateur en faveur de la forme société anonyme qui se démarque par une réglementation intense (468 articles consacrés spécialement par la loi du 30 janvier 2004 aux sociétés anonymes)¹.

B. Dans le cadre de la procédure d'alerte

La procédure d'alerte fait partie de la prévention des difficultés de l'entreprise. La prévention concerne une entreprise en bonne santé, mais dans la mesure où une telle

¹ Mais cette importante réglementation tient également à la complexité de l'organisation des sociétés anonymes.

entreprise peut entrer en difficulté d'un moment à l'autre à cause de la permanence des risques des affaires, il est important de mettre en œuvre une procédure de défense immunitaire en quelque sorte. « *En effet, de même que tout bien portant est un malade qui s'ignore, toute entreprise rentable est potentiellement une entreprise en difficulté.* »¹ Il revient aux dirigeants, en tant qu'organe de gestion, de détecter et d'apprécier les difficultés rencontrées par la société. Ils devront, être au courant par eux-mêmes des faits susceptibles de compromettre la continuité de l'exploitation. Toutefois, la prévention est d'autant plus efficace qu'elle intervient avec rapidité. Le temps de réaction de la société doit être suffisant pour organiser la résistance. Ainsi, tous les acteurs de la société devront pouvoir y contribuer : les organes de gestion, de contrôle et les associés, premiers intéressés. La loi a permis aux associés de contribuer à la détection des difficultés de l'entreprise en leur accordant le droit de déclencher l'alerte. C'est par le biais du droit à l'information que cette démarche est rendue possible. Ainsi les associés peuvent poser des questions écrites en dehors de l'assemblée générale, à chaque fois qu'ils apprennent l'existence d'un fait menaçant la pérennité de l'entreprise. Par rapport au commissaire aux comptes qui ont le devoir d'alerter les dirigeants sur les faits dont il a eu connaissance à l'occasion de sa mission, l'exercice de cette prérogative est une faculté pour les associés et non un devoir.

La loi française du 1^{er} mars 1984² a reconnu aux associés non-gérants de SARL et aux actionnaires de SA, représentant au moins le dixième du capital, deux fois par exercice, le droit de poser des questions écrites aux dirigeants sur tout fait de nature à compromettre la continuité de l'exploitation. Le seuil de participation au capital pour pouvoir exercer ce droit dans une SA a été réduit par la loi du 15 mai 2001 sur les nouvelles régulations économiques à 5% c'est-à-dire au vingtième du capital. En droit malgache, la prérogative n'est subordonnée à aucun seuil de participation au capital³, le même droit est reconnu pour tout associé et dans toutes les formes de société. L'article 176 dispose : « *Dans les sociétés autres que les sociétés anonymes, tout associé*

¹ Y. GUYON, *Droit des affaires, Tome 2, Entreprises en difficultés, Redressement judiciaire-Faillite*, éditions Economica, 1987, n°1031, p.41.

² Articles 11 et 20 de la loi du 1^{er} mars 1984 relative à la prévention et au règlement amiable des difficultés des entreprises, dispositions insérées aux articles 64-1 et 226-1 de la loi du 24 juillet 1966.

³ Article 177.

non gérant peut, deux fois par exercice, poser par écrit des questions au gérant sur tout fait de nature à compromettre la continuité de l'exploitation ». Seulement, les dispositions spéciales n'existent que pour les SARL et les SA. Et du fait que ces dispositions¹ reprennent à la lettre près les dispositions générales, on peut être emmené à penser que finalement, le droit des associés de déclencher l'alerte est réservé à ces deux formes de sociétés.

L'associé peut être au courant d'un fait alarmant à partir des documents comptables qui lui sont communiqués. Par exemple, les comptes font ressortir une insuffisance des capitaux propres, un besoin important en fonds de roulement. La connaissance de la situation financière est essentiellement importante car elle traduit la « santé financière de l'entreprise, à travers notamment les informations sur le crédit de l'entreprise, crédit utilisé, crédit consenti et réserve de crédit que donne l'annexe ».² Or, cela est conditionné à la fidélité des comptes présentés aux associés.

Mais il peut s'agir aussi de faits non traduits dans la comptabilité qui se révèlent par leur simple survenance et indépendamment des informations dispensées par la société. Certains ont une source externe à la société comme l'arrivée de produits concurrents à bon marché, la survenance d'une grève et l'incendie d'un centre commercial. D'autres se produisent à l'intérieur de la société : départ d'une équipe de cadre, destruction ou perte d'un matériel important pour la production. Le fait peut viser uniquement la société ou non : hausse du prix ou crise des matières premières, perte ou fermeture d'un marché important, rupture d'un contrat de concession ou de l'utilisation d'une licence d'exploitation. Pourtant il n'existe pas de liste exhaustive des faits de nature à compromettre la continuité de l'exploitation. La loi n'a pas voulu emprisonner l'appréciation des associés par des indices préétablis qui seraient révélateurs de difficultés. En effet, il faut avoir une vue assez globale pour une appréciation réaliste des faits. La prise en compte d'un concours de facteurs plus ou moins homogènes est

¹ Pour la SARL, article 366 alinéa 2 : « De même, tout associé non gérant peut, deux fois par exercice, poser par écrit des questions au gérant sur tout fait de nature à compromettre la continuité de l'exploitation. La réponse du gérant est communiquée au commissaire aux comptes. » SA, article 547 : « De même, tout associé peut, deux fois par exercice, poser des questions écrites au président directeur général, au directeur général ou à l'administrateur général sur tous faits de nature à compromettre la continuité de l'exploitation. La réponse est communiquée au commissaire aux comptes. »

² Dominique VIDAL, *Audit et révision légale*, 3^{ème} édition, Litec, 2000, n°238, p.104.

nécessaire pour mesurer les conséquences d'un seul fait. Certains facteurs contribuent à produire les conséquences fatales alors que d'autres produisent des effets positifs, et ainsi déclinent la nature du fait invoqué à compromettre la continuité de l'exploitation. La référence est ainsi l'existence d'un déséquilibre financier pouvant résulter du fait reproché, et qui mettra bientôt un terme aux activités. Dès lors, que l'associé ait su ou non relever tous les facteurs négatifs et positifs, il appartiendra au dirigeant d'expliquer la réalité et d'exposer le cas échéant les stratégies pour contrecarrer les difficultés.

La réponse doit être donnée par écrit dans le délai d'un mois (articles 176 et 177). Le dirigeant (gérant, président du conseil d'administration, directeur général ou administrateur général) doit dans le même délai, adresser copie de la question et de la réponse au commissaire aux comptes s'il y en a un. Si le dirigeant ne répond pas ou si la réponse n'est pas satisfaisante, le parcours de l'associé prend fin. La loi ne prévoit pas de phase ultérieure dans la procédure d'alerte déclenchée par l'associé. L'associé est alors un véritable agent d'alerte, à côté du commissaire aux comptes, dans la mesure où la procédure se limite au droit de poser des questions sans autres moyens d'actions. Il a donc le choix entre recourir au juge, par exemple par une demande d'expertise de gestion ou pour la désignation d'un mandataire de justice chargé de convoquer l'assemblée générale ; ou tout simplement s'en remettre à la diligence du commissaire aux comptes qui déclenchera une autre procédure d'alerte.¹

Pour les sociétés en commandite simple, le droit de poser des questions écrites sur la gestion sociale est reconnu au moins deux fois par an. Et ce, indépendamment de l'assemblée et quelle que soit la situation de la société. Cela s'explique par la lourde responsabilité qui pèse sur les associés commandités, mais le droit est également reconnu aux associés commanditaires non gérants. La réponse du gérant doit être donnée par écrit. Aucun délai n'a été imposé par la loi pour la réponse.

Chapitre II. La protection de la transparence

Du moment que la loi a attribué à ses dispositions un caractère minimum, elle entend par là exiger un impératif. D'où l'existence de sanctions au droit à l'information. Or,

¹ André JACQUEMONT, *Droit des entreprises en difficulté*, 3^{ème} édition, Litec, Juris-Classeur 2003, n°59, p.32.

l'information des associés sur les affaires sociales est une question sensible dans la mesure où elle doit respecter l'équilibre entre la curiosité des associés et l'intérêt supérieur de la société. Ainsi, l'information des associés est limitée par l'intérêt social. D'autres limites tiennent au fait des associés eux-mêmes.

Section I. Les sanctions au droit à l'information

Les sanctions pour les dirigeants qui manquent de franchise envers les associés sont en premier lieu des sanctions civiles.¹ Par exemple concernant l'obligation de communication, l'associé peut demander au tribunal que celui-ci ordonne le dirigeant à procéder à la communication. En second lieu, il existe des sanctions pénales.

A. Les sanctions civiles

Les statuts, la majorité des associés et les dirigeants ne sauraient priver l'associé d'un droit qui lui est propre. La méconnaissance vient le plus souvent des dirigeants qui sont les détenteurs de l'information. Les moyens de sanction dont les associés disposent sont : l'injonction sous astreinte ; l'ajournement de l'assemblée générale ; la nullité de la délibération et la condamnation à des dommages et intérêts en cas de préjudice subi par l'associé.

1. L'injonction sous astreinte

Lorsque l'associé fait valoir son droit de communication permanent, son recours au juge vise à ordonner les dirigeants fournir les informations convoitées. La même action est envisageable au cas où le droit de communication préalable est refusé à l'associé alors que l'assemblée générale n'a pas encore eu lieu, la volonté sociale n'a pas encore été émise. Mais ici encore, la loi prévoit cette sanction uniquement à l'endroit des actionnaires de sociétés anonymes (article 549), quoique l'existence d'une sanction imprime le caractère impératif à une disposition légale.

Pour les autres sociétés, la sanction édictée par la loi est la possibilité d'annuler la délibération prise en violation du droit de communication préalable. Or, comment

¹ Philippe MERLE, *Droit commercial, Sociétés commerciales*, Précis Dalloz, 1988, n° 478, p.448.

sanctionner le refus de l'information permanente par la nullité d'une délibération ? La communication sous astreinte ne serait-elle pas la solution la plus appropriée ? Ce qui permet de se demander s'il s'agit donc d'une omission par inadvertance du législateur et il est permis d'affirmer que la violation du droit de communication des associés commande les mêmes sanctions pour toutes les formes de société.

La compétence appartient au juge des référés. La raison en est le souci d'assurer une certaine célérité de l'information des associés. Le litige présente par évidence un caractère urgent pour le cas de l'information préalable. Le président du tribunal, juge des référés, peut ordonner le dirigeant sous astreinte à communiquer les documents à l'actionnaire. Au stade du droit français, par la loi du 15 mai 2001, le choix du juge des référés comporte, outre l'injonction sous astreinte de la société, la désignation d'un mandataire chargé de procéder à la communication (articles 122-1 de la loi du 15 mai 2001, L. 238-1 du code de commerce).

2. L'ajournement de l'assemblée

La date initialement prévue pour la tenue de l'assemblée générale peut être reportée ultérieurement pour que la délibération soit effective. Le défaut ou le manque d'information peut être une cause de l'ajournement de l'assemblée générale.

Le droit de procéder à l'ajournement est un corollaire du droit de convoquer l'assemblée générale, droit qui revient en principe aux dirigeants.¹ Ainsi, dans les SA, le conseil d'administration peut reporter la tenue de l'assemblée entre le moment de la convocation et la date initialement prévue pour une autre date, pour les motifs qu'il juge utiles. Mais lorsque l'ajournement dépasse le délai prévu par la loi, la décision relève du tribunal. Il en est ainsi de la prorogation du délai de six mois à compter de la clôture de l'exercice, date limite pour la tenue de l'assemblée générale ordinaire.²

¹ D. SCHMIDT, *Op. cit.* n°141 p.102.

² Pour la SARL, article 370 de la loi du 30 janvier 2004 : « L'assemblée générale ordinaire annuelle se réunit dans les six mois de la clôture de l'exercice. Les gérants peuvent demander une prolongation de ce délai au président du tribunal de commerce statuant sur requête. » Pour la SA, article 569 alinéa 1^{er} : « L'assemblée générale ordinaire est réunie au moins une fois par an, dans les six mois de la clôture de l'exercice, sous réserve de la prorogation de ce délai par décision de justice. »

L'ajournement de l'assemblée peut être décidé par les associés de deux façons. D'une part, par le biais de l'assemblée générale elle-même. « *L'assemblée générale, souveraine quant à l'organisation de ses travaux, a la faculté de s'ajourner en prenant une résolution adéquate.* »¹ La réunion prévue s'est tenue mais aucune délibération n'a pu être prise. C'est le cas, par exemple, lorsque le quorum (ou la majorité) requis sur une première convocation n'a pas été réuni. Faute de franchir le seuil de représentativité des associés présents ou représentés (ou le nombre des associés d'accord), l'assemblée sera ajournée à une autre date, et une deuxième convocation aura lieu. C'est également le cas lorsque les rapports ou les comptes sociaux présentés à l'assemblée font l'objet de sérieuses contestations par les associés, au cours des débats. Il en sera alors procédé à des modifications, et lorsque ces modifications ne sont pas adoptées tout de suite, une autre assemblée aura lieu pour prendre les délibérations.

D'autre part, les associés peuvent obtenir l'ajournement auprès du juge des référés soit que l'assemblée coure un risque d'annulation, *soit que les informations mises à la disposition des associés ont été insuffisantes*. Le recours au juge bénéficie aux minoritaires car les majoritaires peuvent décider de l'ajournement par une résolution de l'assemblée générale. Autrement dit, l'ajournement de l'assemblée sur décision du juge, à la demande des minoritaires constitue une atteinte à la règle de la majorité. Ainsi, le juge se montre prudent dans la mesure où les associés peuvent être animés d'un but étranger à l'intérêt social pour dresser des obstacles aux opérations projetées par l'équipe dirigeante. L'équilibre doit être fait entre le droit à l'information des associés et l'intérêt social.

Le problème s'est posé à l'occasion d'une opération de fusion entre 3 sociétés,² les actionnaires minoritaires des sociétés absorbées ont demandé l'ajournement des assemblées extraordinaires devant statuer sur l'absorption à cause d'une information insuffisante et d'une irrégularité sur la détermination de la parité d'échange. Le juge des référés avait à statuer dans quelles conditions les minoritaires pourraient-ils demander l'ajournement des assemblées. Le président du tribunal de commerce de Paris a décidé qu'il n'y avait pas lieu d'ajourner une assemblée de fusion dès lors que l'information des actionnaires a été donnée dans le respect des critères formels et que la parité d'échange a

¹ M. COZIAN et A. VIANDIER, *Droit des sociétés*, 9^{ème} édition, Litec 1996, n°850, p.313.

² Tribunal de commerce de Paris, réf., 1er décembre 1992: JCP E 1993. II. 384, note Alain Viandier.

été établie à partir de plusieurs critères et qu'aucune erreur manifeste n'a été relevée dans la mise en œuvre de ces critères. L'ordonnance affirme d'abord la limite du pouvoir du juge des référés, il doit se borner à vérifier la régularité formelle de l'information des actionnaires et des conditions de la fusion. En effet, la décision du juge des référés ne doit pas porter préjudice sur le fond. Ainsi, et ensuite, l'appréciation des intérêts en présence a motivé le juge à fléchir le droit à l'information des actionnaires minoritaires face aux intérêts de l'opération en cause. *«Attendu, en conséquence que les circonstances de l'espèce ne permettent pas au juge des référés de prendre une mesure aussi grave et l'impact économique, financier et boursier serait sans commune mesure avec les intérêts à protéger, que celle consistant à ordonner l'ajournement des assemblées qui est sollicité ».*

3. Nullité de la délibération

L'inobservation du droit à l'information des associés préalablement à l'assemblée générale n'entraîne pas de plein droit la nullité de la délibération. Le législateur s'en tient au principe de la nullité textuelle et dispose que la nullité de tous les actes, délibérations ou délibérations ne modifiant pas les statuts de la société, ne peut résulter que d'une disposition impérative de la loi sur les sociétés, sur les contrats ou des statuts.¹ L'information des associés dans son principe est impérative car les dispositions de la loi en ce sens garantissent un minimum. Mais sur les modalités de l'information, que ce soit la convocation ou la communication des documents, l'appréciation du caractère impératif des textes pose problème. Les conditions d'annulation sont essentiellement fixées par la jurisprudence.

– Le défaut de convocation

La convocation est le corollaire du droit de tout associé de participer à l'assemblée générale par les débats et le vote. Même si l'associé absent n'a pu imposer son point de vue à l'assemblée, sa participation est importante. Par conséquent, contester le droit d'être convoqué équivaut à contester le droit de débattre et de voter en assemblée. Or, *« les délibérations des assemblées générales étant essentielles au fonctionnement*

¹ Article 260.

régulier de la société..., la participation de l'actionnaire à ces délibérations est la charge et la garantie inséparables des droits pécuniaires entrés dans le patrimoine personnel de l'actionnaire..., l'assistance et le vote des actionnaires aux délibérations constitue un attribut essentiel de l'actionnaire et l'exécution d'une obligation contractée par lui envers la société à raison de son titre... »¹ Il n'est donc pas utile de se demander sur l'importance des voix ou des titres sociaux détenus et du sens de la délibération si l'associé non convoqué aurait été présent. Un tel raisonnement a pour résultat de dispenser les dirigeants de l'obligation de convoquer les minoritaires à l'issue d'un calcul arithmétique. Aussi, au profit de tous les associés, le défaut de convocation régulière peut entraîner la nullité de l'assemblée.² Le risque d'annulation de la délibération est le moyen le plus approprié pour contraindre la société à convoquer tous les associés. Il a été décidé dans un arrêt de la chambre mixte de la cour de cassation française³ que l'assemblée générale d'une société civile peut être annulée si la convocation d'un associé n'a pas eu lieu dans le délai de 15 jours avant la réunion. L'exigence d'un grief permet d'atténuer les risques d'abus de la part des associés (même arrêt) ; en contre partie, cela peut réduire considérablement leur protection.

Mais la solution de la loi tient avant tout à la participation à l'assemblée car lorsque les associés étaient présents ou représentés, leur action en nullité n'est pas recevable. La jurisprudence admet que tout associé peut se prévaloir de l'absence d'un associé à l'assemblée. Mais si l'associé n'invoque cet argument qu'en ce qui le concerne uniquement alors qu'il a été présent, il n'est pas fondé à demander la nullité.⁴ L'action en annulation est réservée aux associés, il s'agit d'une nullité relative qui a pour objet la protection d'intérêts particuliers, ceux des associés. « *Seuls les associés sont recevables à invoquer la violation des dispositions régissant leur convocation aux assemblées générales* ».⁵

¹ Req. 23 juin 1941, *Les grands arrêts de la jurisprudence commerciale*, tome 1, 2^{ème} édition, Sirey, 1976, n°64, p. 263 s., note Jean NOIREL.

² Articles 301, 318, 359, 538.

³ Cass., Ch. mixte, 16 décembre 2005, Bull. civ. n° 9; JCP E 2006, no 9, p. 420.

⁴ Com. 8 février 2005, RJDA 2005, n° 724; Rev. sociétés 2006. 94, note Menjucq et Taste.

⁵ Com. 17 janvier 1989, Bull. civ. IV, n° 29.

Le problème peut se poser au cas où la qualité d'associé de la personne qui invoque le droit à la convocation est contestée. Ce qui peut se produire dans les sociétés anonymes comptant plusieurs actionnaires ou qui émettent des titres au porteur. Dans ce cas, la société n'a pas à vérifier l'identité des participants ou à rechercher le véritable titulaire des actions litigieuses avant de procéder à la convocation. L'obligation de la société est d'adresser la convocation de bonne foi à celui qui possède apparemment la qualité d'associé.¹

– La communication préalable

L'information est une condition de l'exercice du vote. La protection du vote justifie ainsi la sanction du droit de communication préalable par la nullité de la délibération. Le principe de l'autonomie de la volonté veut que personne ne puisse être lié que par ce qu'il l'a voulu, la volonté doit être libre et éclairée. L'obligation d'information à la charge de la société peut être conçue comme une application de ce principe à la volonté de la société, dont il appartient aux associés d'exprimer.

La nullité encourue est facultative, il appartient donc au juge, selon sa conviction, de la prononcer ou non. Le critère prétorien est l'impossibilité par l'associé de pouvoir se prononcer en connaissance de cause. La nullité s'attache à un défaut total d'information et non aux simples irrégularités formelles dans l'accomplissement des actes d'information. Il n'y a pas lieu de prononcer la nullité lorsque les associés ont pu bénéficier d'une information suffisante malgré les irrégularités. Il en est ainsi lorsque les associés ont pu consulter les documents au siège social à défaut de l'envoi de ceux-ci par le gérant.²

Dans le même sens, un arrêt de la chambre commerciale du 19 avril 2005 a décidé que le prononcé de la nullité attachée au non respect de l'obligation faite au gérant de rendre compte de sa gestion par écrit est subordonné à l'existence d'un préjudice causé par cette irrégularité.³ Dans cette affaire, malgré l'absence de rapport écrit du gérant, les documents comptables utiles à la délibération étaient à la disposition de l'associé. Il était

¹ C. BERR, *L'exercice du pouvoir dans les sociétés commerciales*, Sirey 1961, n° 384, p. 230.

² Civ. 1^{ère}, 31 octobre 1989, RTD com. 1990, p. 214, note ALFANDARI et JEANTIN.

³ Com. 19 avril 2005, Bull. civ. IV, n° 96.

en connaissance de tous les documents utiles à l'exercice d'un contrôle des propositions mises aux votes. Toutefois, une telle solution ouvre une brèche aux négligences des dirigeants à l'égard de la communication avec les associés, ce qui est contraire à l'idée d'une bonne gouvernance.

Il a été également jugé que le non respect du délai de 15 jours précédant l'assemblée n'équivaut pas à un refus de communication. Cela n'entraîne pas la nullité de l'assemblée sauf si le retard a mis l'actionnaire dans l'impossibilité de participer au vote en connaissance de cause.¹

La nullité de la délibération emporte de lourdes conséquences à l'égard de la société, compte tenu du temps et des frais occasionnés par l'organisation d'une assemblée générale. Ce qui fait l'économie de l'action en responsabilité en cas de préjudice.

4. Responsabilité civile

La responsabilité du dirigeant peut être engagée sur la base de la responsabilité délictuelle de l'article 1382 du code civil (article 204 de la loi du 2 juillet 1966). L'existence d'un préjudice à réparer suppose que les intérêts à protéger par le droit à l'information ont subi des atteintes. Ainsi l'action en responsabilité constitue une sanction réparatrice et répressive. Réparation du dommage et répression du refus d'information.

L'exemple typique est celui de la cession de titres sociaux des minoritaires à un prix dérisoire par rapport à leur valeur réelle et par rapport aux titres conférant le contrôle de la société. Deux actionnaires cédants, victimes d'un dol par réticence ont été admis à demander des dommages-intérêts contre le dirigeant qui leur a suggéré un prix largement inférieur au prix des autres actions de la même société.²

¹ Com. 5 janv. 1926, Gaz. Pal. 1926. 1. 389.

² En l'espèce, le 29 mars 1993, MM. Marc et Philippe X. ont cédé à la société Financière X. au prix unitaire de 1 800 F, respectivement 800 et 686 actions de la société X à la proposition de M. Samuel X. Au mois de mai 1993, la société Former a acquis, au prix unitaire de 4 022 francs, 955 actions de cette même société, et qu'au mois de juin 1993, la société Former a acquis, également au prix unitaire de 4 022 francs, la quasi-totalité des actions composant le capital de la société Financière X., qu'elle a ultérieurement absorbée. MM. Marc et Philippe X. invoquant une réticence dolosive, ont soutenu qu'ils n'ont pas été informés de l'existence des négociations en cours, entre les sociétés X. et Financière X., toutes deux

Il existe en outre la récusation ou la révocation commissaire aux comptes, et la désignation d'un expert de gestion comme moyens de protection de l'information. Mais ces moyens supposent l'établissement d'un contrôle indirect par les associés (*infra Chapitre II*).

B. Les sanctions pénales

L'utilisation à outrance des comptes sociaux constitue une infraction pénale et engage la responsabilité des dirigeants. Les dispositions pénales prévues par la loi du 30 janvier 2004 visent sur ce plan la distribution de dividendes fictifs et la publication ou présentation de comptes sociaux infidèles.

1. La répartition de dividendes fictifs

La société peut distribuer les bénéfices réalisés, les réserves autres que les réserves légales et statutaires, et le report à nouveau bénéficiaire sous déduction des pertes.¹ La distribution de sommes en l'absence de bénéfices distribuables est réprimée par la loi, c'est le délit de distribution de dividendes fictifs.² La distribution doit être effective, les sommes versées sur les comptes des associés. Si l'assemblée générale a approuvé les comptes sociaux mais que la répartition de dividendes n'a pas été ordonnée par le dirigeant, il n'y a pas de distribution de dividendes fictifs.

représentées par M. Samuel X., et la société Former. Selon la cour de cassation, M. Samuel X. a 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 influencer sur leur consentement. Com. 12 mai 2004, Bull. civ. IV n° 94 p. 97.

¹ Article 160 de la loi du 30 janvier 2004 : « Le bénéfice distribuable est le résultat de l'exercice, augmenté du report bénéficiaire et diminué des pertes antérieures ainsi que des sommes portées en réserve en application de la loi ou des statuts.

L'assemblée peut, dans les conditions éventuellement prévues par les statuts, décider la distribution de tout ou partie des réserves à la condition qu'il ne s'agisse pas de réserves stipulées indisponibles par la loi ou par les statuts. Dans ce cas, elle indique expressément les postes de réserve sur lesquels les prélèvements sont effectués.

Sauf en cas de réduction de capital, aucune distribution ne peut être faite aux associés lorsque les capitaux propres sont ou deviendraient, à la suite de cette distribution, inférieurs au montant du capital augmenté des réserves que la loi ou les statuts ne permettent pas de distribuer.»

²Article 929 : « Seront punis d'une amende de vingt cinq (25) millions de FMG à deux cent (200) millions de FMG, les dirigeants sociaux qui, en l'absence d'inventaire ou au moyen d'inventaire frauduleux, auront, sciemment, opéré entre les actionnaires ou les associés la répartition de dividendes fictifs.»

La répression vise a priori uniquement la protection des créanciers sociaux. En effet, le procédé sert à soustraire le capital et les réserves, gage des créanciers. C'est aussi un moyen artificiel de renforcement de la confiance¹ des associés alors que le résultat est neutre ou affiche une perte. Etant donné qu'une telle confiance repose essentiellement sur l'existence de bénéfices distribuables, il faut que les associés aient cette illusion. Les dirigeants sont tentés de jouer ce tour lorsque le résultat est imputable à leur mauvaise performance.

La loi invoque l'absence d'inventaire et l'inventaire frauduleux. Le premier cas est plus ou moins hypothétique car l'établissement de l'inventaire permet de connaître à la clôture de l'exercice l'état du patrimoine social. Les travaux d'inventaire sont nécessairement réalisés par la société après chaque exercice, ils peuvent prendre en moyenne le premier trimestre de l'exercice suivant. Quant à l'inventaire frauduleux, il s'analyse en une surévaluation des actifs ou une minoration des passifs, ce qui permet de faire figurer, contrairement à la réalité, un bénéfice distribuable.

Le souci de protection des associés est manifesté par le juge pour la première fois par l'arrêt Léonard, du 22 janvier 1937.² Dans l'espèce, le gage des créanciers n'avait pas été atteint malgré la distribution opérée en la foi d'un bilan frauduleux établi par l'administrateur. Celui-ci, en connaissance de cause, faisait figurer à l'actif du bilan des créances d'une réalisation difficile et à échéance lointaine, donc des bénéfices non encore réalisés. Pour soutenir que le délit de distribution de dividendes fictifs n'avait pas été constitué, l'administrateur se prévalait de l'existence de réserves extraordinaires non grevées d'affectation spéciale. Selon la chambre criminelle, le délit est commis dès lors que « l'assemblée générale a décidé, non une répartition des réserves, mais la mise en distribution des bénéfices afférents à l'exercice écoulé et tels que faisait apparaître le bilan établi par Léonard, que celui-ci a agi de mauvaise foi. » L'adhésion à cette jurisprudence par le législateur est traduite par les dispositions du deuxième alinéa de l'article 160 sur la distribution des réserves par l'assemblée. Il faut l'initiative de l'assemblée pour pouvoir

¹ P. CONTE, *Les dirigeants de société : risques et responsabilités*, Editions du Juris-classeur, 2005, n°051-16, p. 629.

² Crim. 22 janvier 1937, *Les grands arrêts de la jurisprudence commerciale*, tome 1, 2^{ème} édition, Sirey, 1976, n°68, p. 293 s., note Jean NOIREL.

toucher aux réserves facultatives. *« Dans ce cas, elle indique expressément les postes de réserve sur lesquels les prélèvements sont effectués. »*

2. Le délit de publication ou présentation de comptes sociaux infidèles

Ce délit est prévu et réprimé par l'article 930 de loi du 30 janvier 2004.¹ La publication signifie la mise à disposition de l'information au public par écrit, à l'initiative de la société ou selon les obligations légales. Il s'agit notamment du dépôt au Greffe, de l'insertion dans un journal habilité à recevoir des annonces légales. La publication concerne les relations avec les partenaires externes de la société et l'Administration.

La présentation des comptes intéresse particulièrement les associés, elle se fait à l'occasion de l'exercice du droit de communication permanent ou de l'information occasionnelle. Parmi les documents communiqués aux associés, constituant les états financiers, il faut entendre le bilan, le compte de résultat et l'annexe.² L'image fidèle est définie par le plan comptable comme le respect des règles et principes comptables.³ Il s'agit des conventions comptables de base, des caractéristiques qualitatives de l'information financière et des principes comptables fondamentaux,⁴ règles de base de l'établissement des comptes. La présentation de la réalité prévaut sur le respect formel des règles, lorsque le respect d'une règle comptable ne permet pas de donner une image fidèle de l'entité, il doit y être dérogé. Mais cette dérogation doit être expliquée dans l'annexe : les raisons précises, ses effets sur la présentation de la situation de la société. Elle doit rester exceptionnelle, c'est-à-dire, limitée dans le temps.

¹ « Seront punis d'une amende de vingt cinq (25) millions ou cinq millions Ariary à deux cent (200) millions de FMG ou quarante millions Ariary et de deux mois à deux ans d'emprisonnement ou de l'une de ces deux peines seulement, les dirigeants sociaux qui auront sciemment publié ou présenté aux actionnaires ou associés, en vue de dissimuler la véritable situation de la société, des états financiers de synthèse ne donnant pas, pour chaque exercice, une image fidèle des opérations de l'exercice, de la situation financière et de celle du patrimoine de la société. »

² Article 210-1 du plan comptable général 2005.

³ Article 122-5 du plan comptable général 2005.

⁴ Il existe 8 principes comptables fondamentaux : indépendance des exercices, importance relative, prudence, permanence des méthodes, coût historique, intangibilité du bilan d'ouverture, prééminence de la réalité sur l'apparence, non-compensation.

Le plan comptable édicte également des règles de présentation, propres à chacun des documents. Autrement dit, la matérialité du délit est établie par la violation de l'une de ces règles et principes. Ainsi, on peut regrouper les faits en trois catégories¹ :

–Les inexactitudes matérielles dans la composition du bilan, du compte de résultat ou de l'annexe, par exemple : omission du montant d'un élément du passif ou mention d'un élément fictif dans l'actif

–Les inexactitudes dans l'évaluation des éléments des comptes, par exemple : surévaluation ou diminution de la valeur d'un élément de l'actif ou du passif

–Et les inexactitudes formelles dans la présentation de leurs postes, par exemple : un élément du passif est inscrit à l'actif.

Pour être répréhensible, la présentation de comptes infidèles doit être intentionnelle, le législateur emploi le terme « sciemment ». En effet, les comptes sociaux ne peuvent pas parfaitement correspondre à la réalité, du moins pour l'évaluation de certains éléments. La responsabilité pénale du dirigeant ne saurait être retenue que s'il était en connaissance de l'inexactitude des comptes. En outre, le législateur exige que l'agissement soit déterminé par le but de dissimuler la véritable situation de la société.

A l'occasion de ces infractions, les associés peuvent se constituer partie civile s'ils ont subi un préjudice.

Section II. Les limites du droit à l'information

Le droit à l'information des associés n'est ni absolu ni pleinement exercé. La société parfaitement transparente à l'égard de tous les associés serait a priori l'idéal pour ces derniers. Mais en réalité, une meilleure protection des intérêts de la société et des associés ne se conjugue pas avec une telle idée. Tout comme la désinformation, la surinformation est aussi dangereuse. Le moyen de communication des dirigeants avec les associés doit être équilibré. Dans l'application concrète des dispositions légales et statutaires, il appartient aux dirigeants de délimiter l'information car ils en sont les détenteurs. Mais encore faut-il que les associés exercent leur droit.

¹ P. CONTE, *Les dirigeants de société : risques et responsabilités*, Editions du Juris-classeur, 2005, n°051-11.

La justification des limites ne peut être que l'intérêt supérieur de la société, en dehors de cette considération, les limites sont injustifiées.

A. Limites justifiées

D'une part, l'information des associés ne doivent pas constituer une lourdeur pour le fonctionnement normal de la société. D'autre part, la question se pose de savoir s'il existe des réalités que les associés ne devraient pas connaître, pour l'intérêt de la société.

1. Le fonctionnement normal de la société

Pour les associés, une lourde information nuit à la bonne compréhension et à l'interprétation des indices. Ils peuvent être noyés par un flot d'informations et ne jamais s'apercevoir de la réalité.

Pour la société, il faut une certaine indépendance des dirigeants pour une facilité de marge de manœuvres. Un suivi étroit de la part des associés peut aller jusqu'à une immixtion dans la gestion. Or, ce comportement signifie pour les dirigeants une défiance incompatible avec toute coopération. La séparation de la gestion et du contrôle doit être nettement respectée. Cela ne pose pas de problème dans la mesure où le contrôle devrait s'exercer nécessairement après la gestion. En effet, un contrôle omniprésent peut signifier que les associés se méfient des dirigeants ou des autres associés et n'entendent concéder aucune part de liberté. Les contraintes qui pèsent sur les associés sont donc d'ordre temporel, d'où l'intérêt des dispositions légales qui fixent la fréquence du droit à l'information. L'étendue du pouvoir des associés sur ce plan dépendent néanmoins de la forme de la société et de son envergure. Pour une société ne comptant que deux associés, le fonctionnement de la société ne peut être affecté même par les vérifications matérielles qu'ils pourraient effectuer. En effet, « *le contrôle n'est pas une simple opération juridique, il est avant tout un comportement.* »¹ Les associés de sociétés de personnes, responsables indéfiniment, disposent en pratique d'un important pouvoir d'investigation que ce soit pour l'accès aux documents sociaux² ou pour la vérification des éléments matériels. Les dirigeants seraient difficilement admis à empêcher les associés vu la lourde

¹ C. BERR, *Op. cit.* n°559, p. 327.

² Les associés de SNC accèdent à tous les documents et pièces comptables (article 304).

responsabilité de ceux-ci en cas de mésaventure. L'importance de l'intuitus personae, commande une bonne communication entre gérants et associés. Ils sont mis sur le même pied d'égalité quoi que la loi ne prévoise pas un droit aussi étendu. Les associés devront connaître d'eux-mêmes le pour et le contre de leur comportement au sein de la société. Ainsi, l'associé en nom collectif a le droit de surveiller les opérations commerciales et industrielles de la gérance, les démarches administratives, de contrôler l'utilisation des fonds sociaux,¹ en dehors des informations que la loi lui assure.

Pour les sociétés de capitaux, comptant un nombre important d'associés, ceux-ci doivent se contenter des dispositions légales et statutaires. En effet, par exemple, l'exercice d'une surveillance directe, permanente et matérielle par une dizaine d'actionnaires au porteur constitue un embarras certain pour les dirigeants. Il faut donc respecter la fréquence du droit d'information prévue par la loi ou les statuts.

Dans la pratique, les sociétés établies à Madagascar sont majoritairement des SARL, composées de deux associés.² Autrement, le nombre des associés ne devrait pas être un obstacle à ce que leur pouvoir de contrôle soit plus important. De plus, tous les associés ou du moins les majoritaires sont tous nommés gérants à côtés des gérants arborant cette qualité en raison de leurs compétences professionnelles. En outre, pour les investisseurs avertis, l'accès à l'information ne se fait pas uniquement selon la loi mais aussi par des conversations amicales ou des questions moins solennelles aux dirigeants et même au personnel. Le fait de recourir à de telles techniques imprime au contrôle un caractère moins contraignant et plus convivial entre les acteurs de la société. Les associés, en exerçant leur droit de contrôle, devraient avoir le même souci que le fisc lorsque celui-ci réclame son dû aux contribuables : « plumer la volaille sans que celle-ci crie ». Mais l'accès à toutes les informations est impossible ou parfois insensé, il en est de la comptabilité journalière. La question suivante se pose également : le concept de « secret défense » est-il présent au sein de la société, y aurait-il des informations sociales pouvant être classées dans cette catégorie à l'encontre des associés ?

¹ C. CHOUKROUN, *Les droits des associés non gérants dans les sociétés à responsabilité limitée*, Th. Paris 1956, p.58.

² Selon les statistiques de l'Economic Development Board of Madagascar. Les sociétés constituées sous les autres formes étant moins nombreuses. Par exemple, en 2004, sur les 817 sociétés créées, 713 sont des SARL, 78 des EURL, 12 SA.

2. L'opposabilité du secret aux associés

Certaines informations ne peuvent être divulguées sous peine de voir la société en supporter des conséquences négatives. Les atouts et les faiblesses de la société doivent être gardés secrets pour protéger sa puissance concurrentielle et son crédit auprès du public. L'information des associés comporte-t-il ce risque de violation du secret des affaires? C'est le terrain de bataille entre les associés et les dirigeants qui, les uns agissent en vertu d'un droit propre, les autres opposent l'intérêt social.

L'appréciation du caractère secret d'un renseignement relève logiquement des dirigeants, et le cas échéant au juge. Le contrôle des commissaires aux comptes est d'une grande utilité car ils agissent en premier lieu pour l'information des associés tout en restant soumis au secret de la profession. L'opposition du secret à l'encontre des associés est cependant discutable. Tous les associés sont présumés partager l'affection societatis, la volonté de collaborer pour la réussite de l'exploitation commune. Par là, en leur qualité même, les affaires de la société ne devraient avoir aucune face cachée. De même, il existe une contradiction à inciter les associés à participer à la vie sociale, par l'admission du vote par correspondance et par procuration par exemple, alors qu'on leur voile les aspects importants, confidentiels.

Dans une certaine mesure, la préservation du secret des affaires est voulue par le législateur. Le problème se pose d'abord pour les demandes d'informations dont la loi ne prévoit pas expressément. Nous avons évoqué le droit des actionnaires de société anonyme de poser des questions écrites. Le fait que ce droit n'a pas de base légale solide peut être interprété comme conférant un pouvoir discrétionnaire des dirigeants aux questions posées par les actionnaires. Ce qui fut le cas en droit français avant que l'article 162 de la loi du 24 juillet 1966 (article L. 225-108 du code de commerce) ne fut modifié.¹ Les actionnaires minoritaires ne seraient pas admis à participer aux secrets des affaires de la société. En outre, la présence de personnes tierces,² autres que les actionnaires, dans les assemblées d'une grande société justifie la rétention des informations secrètes et le

¹ D. SCHMIDT, *Op. cit.* n°135, p. 97 ; la version initiale de cette loi ne prévoyait aucune disposition sur le droit de poser des questions écrites pour les actionnaires de sociétés anonymes.

² Par exemple : banquiers, avocats, conseils des dirigeants, fournisseurs, presse, fisc, salariés et même concurrents ; cf. M. COZIAN et A. VIANDIER, *Droit des sociétés*, 9ème édition, Litec 1996, n°851, p. 314 ; D. SCHMIDT, *Op. cit.* n°135, p. 97.

silence des dirigeants devant certaines questions. C'est notamment le cas des sociétés faisant appel public à l'épargne. Dans toutes les sociétés, l'inscription des questions et des réponses au procès-verbal de l'assemblée qui sera déposé au Greffe, impose au dirigeant de ne pas répondre lorsque la question vise la divulgation d'une information confidentielle. La réponse équivaut dans ce cas, à une exposition au public. Mais quoi qu'il en soit, le principe du droit de poser des questions écrites n'était pas discuté. Le conflit jouait sur l'impératif de l'intérêt social par rapport aux renseignements en cause. Ainsi, le législateur français a consacré expressément le droit de poser des questions écrites. Ce droit est exercé dans l'intérêt de la société, il renforce l'intelligibilité de la volonté sociale que les actionnaires ont à exprimer.

Ensuite, il s'agit de définir la portée et la signification des dispositions libellées en termes généraux. La loi se contente d'énumérer les documents à communiquer aux associés et les dirigeants refusent une communication détaillée des renseignements contenus dans ces documents. Ce fut le cas dans un arrêt de chambre commerciale du 9 février 1954,¹ rejetant un pourvoi contre l'arrêt de la cour d'appel du 21 mai 1952. Le décret-loi du 31 août 1937 dispose que le compte de profits et pertes, devant être communiqué aux actionnaires, doit exprimer sous des rubriques distinctes les profits et les pertes de provenances diverses. En application de cette disposition, les dirigeants de la société « Papeteries du Forez » n'ont indiqué dans le compte de profits et pertes qu'un montant global des frais généraux. La justification des dirigeants était que les actionnaires ne pouvaient obtenir que la communication des documents limitativement énumérés par la loi. Au vu du rapport du commissaire indiquant que le montant des frais généraux « avaient terriblement augmenté » et que les principales augmentations provenaient surtout des appointements de la direction et des commissaires sur vente, les actionnaires minoritaires demandent une communication détaillée des frais généraux. La cour d'appel de Lyon (21 mai 1952) a ordonné, à la demande des actionnaires, la communication aux actionnaires des chiffres totaux des divers postes des frais généraux, correspondant à deux exercices successifs. Ce qui permet aux actionnaires d'opérer une comparaison et d'apprécier l'évolution des dépenses. Le rattachement du droit à l'information au droit de vote était toujours à la base de la décision de la cour d'appel. La demande de

¹ Com. 9 février 1954, *Les grands arrêts de la jurisprudence commerciale*, Op. cit. n° 63, p. 258 s. note Jean NOIREL.

communication, selon la cour de cassation, avait pour « but de permettre aux intéressés d'exercer leur droit de vote aux assemblées en pleine connaissance de cause. »

Cet arrêt marque la limite du secret au profit de l'exercice du droit de vote, tous deux au service de l'intérêt social. Mais surtout, il condamne le manque de transparence de la gestion des dirigeants. Mais toujours est-il que l'information des actionnaires doit être limitée. Il a été jugé dans un arrêt du 23 juin 2009 de la cour de cassation française que le droit de communication est limité aux seuls documents énumérés par la loi¹. Ainsi, un actionnaire n'est pas fondé à réclamer copie des procès-verbaux des réunions du conseil d'administration, du registre de présence au conseil et des convocations adressées aux administrateurs.

La loi exprime cette limitation exhaustive en omettant de prévoir certains documents fragiles d'interprétation. Il en est de la comptabilité prévisionnelle dont le contenu peut porter atteinte au crédit de l'entreprise, surtout si elle est sincère. L'information prévisionnelle est moins compréhensible que l'information sur un exercice écoulé. Les associés ne sont tenus au courant qu'une fois l'exercice écoulé, c'est-à-dire lors de l'assemblée générale annuelle. Ce qui enlève tout risque de confusion de leur part car le résultat réalisé et le rapport du commissaire aux comptes viennent éclairer les facteurs entrant en compte dans les prévisions.²

B. Les limites injustifiées

D'une part, les dirigeants peuvent limiter l'information des associés par des considérations étrangères à l'intérêt social. La détention de l'information sociale est une arme importante. Elle peut être restreinte ou corrompue au gré de celui qui veut obtenir

¹ Cour de cassation, chambre commerciale 23 juin 2009, pourvoi n°08-14117.

² Y. GUYON, *Droit des affaires, Tome 2, Entreprises en difficultés, Redressement judiciaire- Faillite*, éditions Economica, 1987, n° 1037, p. 45 ; L'information prévisionnelle permet d'anticiper sur la situation future de l'entreprise et de prendre les mesures appropriées, elle contient : «- la situation de l'actif réalisable et disponible et du passif exigible pour déceler une menace de cessation des paiements,

-un tableau de financement ou tableau des emplois et ressources, qui décrit la manière dont au cours de l'exercice écoulé les ressources de l'entreprise ont permis de faire face à ses besoins,

-un compte de résultats prévisionnels,

-et un plan de financement qui permet de s'assurer que les besoins prévisibles seront couverts par un financement adapté et que l'entreprise ne risquera pas de se trouver en situation difficile ou en cessation des paiements ». Y. GUYON, *Op. cit.* n°1034, p.44.

des avantages immérités : rémunérations excessives, maintien au poste de dirigeant¹, abus de biens sociaux,... C'est le cas lorsque le secret des affaires, les erreurs et omissions involontaires, la réalisation d'un risque quelconque sont invoqués à tort.

D'autre part, certains associés assimilent les dividendes aux intérêts des emprunts, l'apport en société se résume en la mise à disposition rémunérée de fonds à la société. La participation active à la vie sociale n'intéresse pas tous les associés. Or, sans cette motivation, l'information n'est d'aucune utilité. Mais s'intéresseraient-ils tous, certains sont plus à même de se saisir, de comprendre et d'utiliser l'information. Tous les associés n'ont pas une parfaite connaissance de leurs droits et de leurs pouvoirs d'intervention. La présentation des documents nécessaires à la délibération au jour même de la réunion est une pratique courante. Peu d'associés demandent la communication de documents en vertu du droit à l'information permanente. De plus, la compréhension des documents comptables n'est pas chose facile, le vote est guidé par une confiance aveugle à l'équipe dirigeante. Les dirigeants sont d'ailleurs presque toujours les principaux associés, ce qui est un facteur rassurant pour les minoritaires quand il est question de l'intérêt de la société. En effet, les majoritaires sont les véritables « propriétaires » de la société, plus soucieux à cause du volume d'investissement qu'ils engagent.

Faut-il retenir que pour les associés désirant maîtriser l'information sociale selon les procédés légaux, le service des experts comptables est nécessaire. Pour ceux qui n'ont pas les moyens de se faire assister par un expert comptable, l'efficacité du contrôle est mise en doute. Le recours au service d'un expert comptable est encore jugé trop onéreux par certains. De même que les frais de procédures engagées devant la justice pour la mise en œuvre des sanctions au droit d'information. Ce qui fait que le coût d'une information utile est relativement dissuasif, non pas uniquement en terme de valeurs pécuniaires mais aussi en terme de temps. Tels sont notamment les obstacles à l'accès direct des associés à l'information sociale.

Une fois l'information obtenue, les associés ne peuvent effectivement en apprécier d'eux-mêmes la sincérité et la fidélité. Pour ce faire, il faut procéder à des vérifications matérielles, à l'observation de tous les documents et pièces comptables. Mais les associés

¹ H. ALEXANDRE et M. PAQUEROT, *Efficacité des structures de contrôle et enracinement des dirigeants*, Finance Contrôle Stratégie, Volume 3, n°2, juin 2000, p. 10.

ne disposent que d'informations censées leur donner une vue globale de l'entreprise et non des informations détaillées. La marche quotidienne de la société reste l'affaire des gérants et administrateurs, ces derniers ne sont pas tenus de communiquer les documents journaliers. Au contraire, cela risquerait d'alourdir leur tâche au détriment du fonctionnement normal de la société. Les associés qui franchissent la frontière entre actes de contrôle et actes de gestion risquent au surplus d'être qualifiés de dirigeants de fait. En d'autres termes, le contrôle de la société ne peut se concevoir uniquement par l'intervention directe des associés. Du coup, peut-on s'interroger légitimement si le contrôle de la société par les associés, rendu possible par le droit à l'information est uniquement hypothétique ou si c'est un fait réel. Dans quelles mesures ?

PARTIE II.

La réalité du contrôle

LA REALITE DU CONTROLE suppose une information appropriée et une expression effective. L'information appropriée dépend avant tout de l'efficacité des moyens d'information. Or, certaines considérations font que le principe d'un contrôle direct ne soit pas absolu. Les associés trouveront d'autres moyens de recours pour consolider leur droit à l'information dans le but de briser tout écran entre eux et la gestion.

L'expression effective est le but de tout contrôle, il faut que les associés déclarent leur appréciation par une prise de décision à partir de l'information. Dans le fonctionnement normal de la société, en cas de satisfaction, le contrôle s'achève par l'approbation de l'assemblée générale qui d'ailleurs récompensera les dirigeants.

Chapitre I. Le contrôle indirect des associés

La portée et l'efficacité même du contrôle direct des associés sont assez limitées. Le droit à l'information des associés requiert une connaissance moyennement avertie pour être mis à profit tel que la loi le veut. De plus, « les dirigeants des sociétés détiennent une puissance économique, mais aussi un pouvoir d'illusion tels que l'actionnaire ou l'associé isolé est pratiquement incapable d'exercer efficacement le droit de contrôle que lui confère le titre qu'il possède. »¹ On ne peut se passer du commissaire aux comptes en parlant de contrôle et d'information. Plus généralement, la loi ouvre un recours à d'autres personnes plus qualifiées pour contrôler la gestion et l'information sociales. Il s'agit des experts comptables et financiers² dont le professionnalisme est relevé à plusieurs égards. La profession d'expert comptable est une profession réglementée en raison des intérêts qu'elle met en jeu et des connaissances techniques approfondies qu'elle requiert. Les

¹ Daniel RANDRIANANTOANDROSON, *Communication, la comptabilité élément essentiel du droit des affaires*, Académie malgache, Colloque scientifique international : « Le droit des affaires, droit de développement », du 11 au 14 décembre 1990, Tome IV (A).

² Aux termes de l'article 2 de l'ordonnance modifiée n° 92-047 du 5 novembre 1992 relative à l'organisation de la profession d'expert comptable et financier et de comptable agréé et à la restructuration de l'Ordre groupant les membres de ladite profession : « L'expert comptable et financier est seul habilité à donner une opinion sur la sincérité et la régularité des états financiers dans le cadre d'une mission de révision comptable de tels entreprises et organismes. »

Article 3 de la même ordonnance : « ...le contrôle légal des sociétés ne peut être exercé que par des professionnels inscrits au Tableau A l'Ordre des experts comptables et financiers ».

experts comptables ne peuvent exercer leur profession que s'ils sont admis à l'Ordre des experts comptables et financiers de Madagascar.¹

« L'Ordre est chargé d'une mission de service public, laquelle consiste à faire respecter les règles d'éthique et de déontologie qui s'imposent à la profession et à assurer la défense des intérêts de ladite profession. »² Il peut poursuivre en justice ceux qui ne sont pas membres de l'ordre de la profession mais qui exercent nonobstant la profession d'expert comptable. D'ailleurs, le non respect par un expert inscrit, des règles d'éthiques et de déontologie entraîne des sanctions allant de la suspension à la radiation de l'intéressé de la liste des experts comptables et financiers admis à l'Ordre, selon la gravité de l'infraction. Les membres de l'Ordre conviennent un mode de tarification et des barèmes uniques pour la rémunération, de sorte à ne pas instituer une concurrence fondée sur les conditions d'appointements.

L'expert comptable assure un contrôle permanent sur toute la gestion et les comptes de la société, dans ce cas, on parle de commissaire aux comptes. Les associés peuvent demander au juge qu'il ordonne une expertise sur une ou plusieurs opérations de gestion, c'est l'expertise de gestion.

Section I. Le commissaire aux comptes

Le contrôle exercé par les commissaires aux comptes est appelé contrôle externe car il s'agit de tiers à la société. Il faut donc que leur intervention soit sollicitée par les associés à qui reviennent de droit les fonctions de contrôle. Même si la présence du commissaire aux comptes est prescrite par la loi dans des cas définis, ce sont les associés qui procèdent à la désignation. Ils peuvent également mettre fin au lien de contrôle.

Les missions du commissaire aux comptes sont surtout conduites au profit des associés. A côté d'autres missions, il contrôle l'information présentée aux associés.

¹ En juin 2009, l'O.E.C.F.M compte 69 experts comptables inscrits et 54 stagiaires. Ce nombre peut paraître a priori infime par rapport à celui des sociétés à contrôler. Pourtant l'expert comptable en fonction n'est pas rattaché perpétuellement à la même société. Il ne doit pas consacrer la majeure partie de son activité à des travaux concernant une seule entreprise ou un seul groupe. Cela évite les accointances entre les deux parties et les éventuels ancrages d'intérêts.

² Article 46 in fine de l'ordonnance modifiée n° 92-047 du 5 novembre 1992.

A. La relation de contrôle

1. La désignation du commissaire aux comptes

a. Le pouvoir de désignation

Avant la loi du 24 juillet 1867 qui prévoyait pour la première fois la désignation d'un commissaire aux comptes en tant qu'instance de contrôle permanent, le contrôleur de l'information sociale était nommé à chaque fois à l'occasion de l'assemblée générale. Lorsque les comptes étaient mis en doute, les associés ajournaient l'assemblée générale et désignaient deux ou trois personnes chargés d'étudier les comptes. Un rapport est présenté à l'assemblée avant sa délibération.¹ Après l'institutionnalisation des commissaires aux comptes, ce sont toujours les associés qui choisissent le commissaire aux comptes de la société.

L'institution d'un commissaire aux comptes dépend de la loi ou de la volonté des associés selon la forme de la société. Dans les sociétés par actions, c'est-à-dire les SA et les sociétés en commandite par actions² (et les sociétés par actions simplifiées du droit français), la désignation d'un commissaire aux comptes est une obligation. En application de l'article 936 de la loi du 30 janvier 2004, les dirigeants sociaux qui n'auront pas provoqué la désignation des commissaires aux comptes de la société, encourrent une amende pénale.

Cette obligation ne s'impose aux associés de la SARL que si l'un des seuils fixés par la loi est franchi : société dont le chiffre d'affaires annuelles dépasse les cinq cent millions de FMG ou 100 000 000 Ariary, ou employant plus de 50 personnes.³ Au dessous de ces seuils, la désignation d'un commissaire aux comptes est facultative. Elle peut également être demandée en justice par un ou plusieurs associés détenant, au moins,

¹ Paul DIDIER, *Droit commercial, Tome 2, L'entreprise en société*, 2^{ème} édition, PUF1997, p.308.

² Dans les sociétés en commandites par actions, l'assemblée annuelle doit nommer un conseil de surveillance chargé du contrôle permanent de la gestion de la société. Le conseil de surveillance est composé de trois actionnaires au moins et exclusivement des commanditaires ; seuls les actionnaires commanditaires peuvent choisir les membres du conseil de surveillance sous peine de nullité de la décision. Le conseil de surveillance qui exerce à coté du commissaire aux comptes est investi des mêmes pouvoirs que ce dernier (articles 880 et 885 de la loi du 30 janvier 2004).

³ Articles 398 de la loi du 30 janvier 2004 et 25 du décret n° 2004-453.

le dixième du capital social. Dans les autres sociétés, la nomination d'un commissaire aux comptes est entièrement facultative.

Le commissaire aux comptes peut être désigné par les statuts, par l'assemblée générale constitutive ou par l'assemblée générale ordinaire. Il est choisi parmi les experts comptables inscrits au tableau A de l'ordre des experts comptables. La décision de l'assemblée sera la validation de la proposition d'un nom par le capital dirigeant, ce sera comme une « investiture »¹. Cette décision peut être aussi le choix entre plusieurs commissaires aux comptes suivant la proposition des associés ou une candidature des commissaires aux comptes. Toute publicité de la part des commissaires aux comptes est proscrite.²

La désignation du commissaire aux comptes est effectuée par le juge à l'issue d'une demande de récusation des minoritaires (cf. *infra*), jusqu'à ce que l'assemblée générale désigne un nouveau commissaire. En cas d'empêchement temporaire du commissaire en fonction, la société désigne un commissaire aux comptes suppléant. Lorsque l'empêchement a cessé, le commissaire aux comptes titulaire reprend ses fonctions après la prochaine assemblée générale ordinaire. Si l'empêchement est définitif, le commissaire aux comptes désigné en remplacement est un commissaire titulaire. La loi englobe dans l'empêchement définitif³, la démission, le décès, la révocation, les incompatibilités et incapacités qui pourront survenir à l'endroit du commissaire aux comptes.

b. L'indépendance du commissaire aux comptes

Pour garantir l'indépendance du commissaire aux comptes, la loi prévoit deux sortes d'incompatibilités. Les incompatibilités générales, qui visent l'indépendance de la

¹ Dominique VIDAL, *Op. cit.* n°56, P.32.

² Article 6 de l'ordonnance n° 92-047 du 5 novembre 1992 relative à l'organisation de la profession d'expert comptable et financier et de comptable agréé et à la restructuration de l'Ordre groupant les membres de ladite profession : « L'expert-comptable et financier ne peut effectuer aucune publicité qui puisse nuire à l'éthique professionnelle pour la prospection de la clientèle ».

Article 74 de la même ordonnance (modifié par la loi n° 2001-023 du 2 janvier 2002) : « La publicité contraire à l'éthique professionnelle auprès de la clientèle est punie d'une amende de 300 000 à 3 600 000 de francs malgaches, sans préjudice des sanctions disciplinaires que l'Ordre peut infliger. Le bénéfice du sursis n'est pas applicable à l'amende ».

³ Article 146 de la loi du 30 janvier 2004 : « En cas d'empêchement définitif du commissaire aux comptes pour quelque cause que ce soit, il est nommé un nouveau commissaire aux comptes. »

fonction de commissaire aux comptes d'une part. Et d'autre part, des incompatibilités spéciales pour l'indépendance du commissaire aux comptes à l'égard de la société à contrôler.

Concernant les 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. Toutefois, un commissaire aux comptes peut dispenser un enseignement se rattachant à l'exercice de sa profession ou occuper un emploi rémunéré chez un commissaire aux comptes ou chez un expert-comptable membre de l'Ordre
- avec toute activité commerciale, qu'elle soit exercée directement ou par personne interposée¹

L'indépendance du commissaire aux comptes à l'égard de la société est la première condition de l'efficacité du contrôle. Cette considération veut que le commissaire ne puisse être choisi s'il détient des intérêts quelconques² au sein de la société à contrôler. Le commissaire aux comptes ne peut contrôler une société, moins de cinq ans après la

¹ Article 124.

² Article 125 : « Ne peuvent être commissaires aux comptes de la société à contrôler :

1° les fondateurs, apporteurs, bénéficiaires d'avantages particuliers, dirigeants sociaux de la société ou de ses filiales, ainsi que leur conjoint ;

2° les parents et alliés, jusqu'au quatrième degré inclusivement, des personnes visées au paragraphe 1° du présent article ;

3° les dirigeants sociaux de sociétés possédant le dixième du capital de la société ou dont celle-ci possède le dixième du capital, ainsi que leur conjoint ;

4° les personnes qui, directement ou indirectement, ou par personne interposée, reçoivent, soit des personnes figurant au paragraphe 1° du présent article, soit de toute société visée au paragraphe 3° du présent article, un salaire ou une rémunération quelconque en raison d'une activité autre que celle de commissaire aux comptes; il en est de même pour les conjoints de ces personnes ;

5° les sociétés de commissaires aux comptes dont l'un des associés, actionnaires ou dirigeants se trouve dans l'une des situations visées aux alinéas précédents ;

6° les sociétés de commissaires aux comptes dont soit l'un des dirigeants, soit l'associé ou l'actionnaire exerçant les fonctions de commissaire aux comptes, a son conjoint qui se trouve dans l'une des situations prévues au paragraphe 5° du présent article. »

cessation de ses fonctions de dirigeant, d'administrateur ou de salarié dans cette société.¹ Une fois choisi, il ne peut occuper des fonctions de dirigeant ou d'administrateur dans la société qu'il contrôle.²

La nomination d'un commissaire aux comptes en violation des règles d'incompatibilité est entachée d'irrégularité et peut être annulée. Ce cas est à distinguer des irrégularités qui peuvent concerner la délibération de l'assemblée générale elle-même.

En outre, d'après l'article 937, l'acceptation, l'exercice ou la conservation des fonctions de commissaires aux comptes en dépit des incompatibilités légales est un délit passible d'une peine d'amende et d'emprisonnement.

Le souci d'indépendance du commissaire aux comptes à l'égard de la société se manifeste également par l'interdiction de recevoir de la société des rémunérations autres que les honoraires. Exceptionnellement, le commissaire aux comptes peut recevoir une rémunération lorsqu'il exerce une activité professionnelle complémentaire, pour le compte de la société, à l'étranger ; accomplit des missions particulières de révision des comptes de sociétés dans lesquelles la société détient une participation ou envisage de prendre une participation ; ou accomplit des missions temporaires confiées par la société à la demande d'une autorité publique. Les frais de déplacement et de séjour engagés par les commissaires aux comptes dans l'exercice de leurs fonctions sont à la charge de la société.³

Enfin, le mandat du commissaire aux comptes n'est pas jumelé avec celui des dirigeants : dans une société anonymes, un exercice s'il a été désigné par les statuts, 3

¹ Article 127.

² Article 126 : « Le commissaire aux comptes ne peut être nommé administrateur, administrateur général, administrateur général adjoint, directeur général ou président directeur général adjoint des sociétés qu'il contrôle, moins de cinq années après la cessation de sa mission de contrôle de ladite société. La même interdiction est applicable aux associés de la société d'experts-comptables commissaire aux comptes.

Pendant le même délai, il ne peut exercer la même mission de contrôle ni dans les sociétés possédant le dixième du capital de la société contrôlée par lui, ni dans les sociétés dans lesquelles la société contrôlée par lui possède le dixième du capital, lors de la cessation de sa mission de commissaire aux comptes.»

³ Articles 41 de l'ordonnance n° 92-047 du 5 novembre 1992 et 142 de la loi du 30 janvier 2004.

exercices si la désignation est faite par l'assemblée constitutive et 6 exercices pour la désignation de l'assemblée ordinaire.

2. Le dénouement du lien de contrôle

Les associés peuvent mettre un terme au lien pour protéger la mission de contrôle. Dès lors que le commissaire désigné par la majorité n'est pas en mesure d'assumer ses obligations, les minoritaires, détenant au moins le dixième du capital, ont la possibilité de le démettre de ses fonctions. Ce sera la récusation ou la révocation du commissaire aux comptes,¹ par le biais du juge statuant en la forme des référés. La décision du président du tribunal sur la récusation ou la révocation est susceptible d'appel.

a. La récusation

La récusation est une mesure de défiance de la décision majoritaire portant désignation du commissaire aux comptes. C'est « *une voie de contestation in limine de la nomination du commissaire aux comptes, par un ou plusieurs partenaires de l'entreprise intéressés à l'exercice du contrôle légal* ». ² Une telle action est opportune lorsque le commissaire désigné ne possède pas les qualités requises pour accomplir les missions de contrôle, alors que les circonstances ne correspondent pas aux cas d'irrégularité de la nomination du commissaire aux comptes. La récusation est donc à distinguer des cas d'annulation des délibérations portant désignation du commissaire aux comptes prises contrairement aux articles 122 à 127. En outre, il faut également mettre à part les causes communes de nullité des délibérations de l'assemblée générale.

L'article 147 dispose : « Un ou plusieurs associés ou actionnaires, représentant au moins le dixième du capital social, de même que le ministère public, peuvent demander en justice la récusation du commissaire aux comptes pour une circonstance permettant de suspecter sa compétence, son honorabilité, son impartialité ou son indépendance ». Les motifs de récusation sont à rapprocher de l'impossibilité relative d'exécuter la prestation

¹ Articles 147 à 151 de la loi du 30 janvier 2004.

² Dominique VIDAL, *Audit et révision légale*, 3^{ème} édition, Litec, 2000, n°68, p.35.

convenue en droit commun des contrats.¹ Il faut une circonstance propre à la personne du commissaire aux comptes.

S'il est fait droit à la demande de récusation, le juge désigne un nouveau commissaire aux comptes qui assurera la mission jusqu'à la nomination d'un autre commissaire aux comptes par l'assemblée générale. Donc, la récusation ne signifie pas que la minorité détiendra le pouvoir de désignation du commissaire aux comptes à la place de la majorité.

Les hypothèses de la récusation concernent notamment le renouvellement du mandat et le cas où les actionnaires connaissent déjà le commissaire aux comptes. En effet, la demande de récusation est encadrée dans une courte durée : 30 jours à compter de la date de l'assemblée générale qui a désigné le commissaire aux comptes. Cette brièveté est un facteur négatif à l'action des minoritaires. Si le commissaire aux comptes commence sa mission aussitôt après sa désignation, les indices permettant de suspecter sa compétence, son honorabilité, son impartialité ou son indépendance n'apparaîtront pas dans les 30 jours. En effet, les rapports du commissaire aux comptes ne se feront qu'à l'occasion de l'assemblée générale ordinaire. Et les minoritaires sont moins rapprochés de la gestion courante et de la surveillance quotidienne de la société qu'il leur est impossible d'exercer une appréciation sur l'exercice des missions du commissaire aux comptes. En tout état de cause, le motif de récusation ne peut être une faute ou une mauvaise exécution de sa mission par le commissaire aux comptes. La récusation se fonde sur un doute, une présomption négative à l'encontre du commissaire suspecté de ne pas pouvoir remplir sa mission.

Un arrêt de la cour d'appel de Paris du 11 juillet 1969² s'est prononcé sur la véritable utilité et la portée de la récusation du commissaire aux comptes, reconnue par l'article 225 de la loi du 24 juillet 1966. Un actionnaire demandait la récusation du commissaire aux comptes aux motifs qu'il n'avait pas été convoqué régulièrement à l'assemblée qui procédait à la désignation du commissaire, et que celui-ci n'était pas en mesure d'assurer l'égalité des actionnaires à cause des difficultés qui existaient entre les associés au

¹ Lorsque l'impossibilité de l'objet de l'obligation est une impossibilité absolue, le contrat est nul car il ne peut être exécuté (article 88 de la loi n°66-003 du 2 juillet 1966 sur la théorie générale des obligations) ; lorsqu'il s'agit d'une impossibilité relative, c'est le contractant qui ne peut pas l'exécuter.

² Paris, 11 juillet 1969, *Les grands arrêts de la jurisprudence commerciale*, tome 1, 2^{ème} édition, Sirey, 1976, n° 73, p.318 s. note Bernard BOULOC.

moment de sa nomination. Le président du tribunal de commerce de Paris a fait raison à la demande, tout en soulignant que la récusation ne saurait mettre en cause la compétence et l'honorabilité du commissaire aux comptes. La cour d'appel infirme cette décision à la demande de la société. La cour d'appel souligne tout d'abord que la récusation du commissaire aux comptes nommé par l'assemblée générale ordinaire ne peut être motivée que par une circonstance permettant de suspecter sérieusement sa compétence, son honorabilité, son impartialité ou son indépendance à l'égard de la majorité qui l'a désigné. Donc, il faut une contestation sur les qualités personnelles du commissaire, ce qui n'a pas été relevée par le premier juge. Un doute sur l'autorité du commissaire en raison des conditions de sa nomination dans un climat social troublé ne constitue pas une cause de récusation.

L'arrêt exclut ensuite l'irrégularité de la nomination comme motif de récusation. Dans ce cas, l'action appropriée est l'action en nullité de la décision de l'assemblée pour irrégularité de la délibération ou de la nomination du commissaire aux comptes. Une demande de récusation admise entraîne simultanément la désignation d'un commissaire aux comptes par le juge, alors que dans l'action en nullité, la désignation d'un nouveau commissaire aux comptes doit être effectuée régulièrement par les associés. La portée de la procédure de récusation est ainsi délimitée clairement.

b. La révocation

En cas de faute professionnelle grave du commissaire aux comptes, il peut être mis fin à sa mission avant l'épuisement du mandat, par décision de justice, à la demande d'un ou plusieurs associés ou actionnaires représentant le dixième du capital, de l'assemblée générale ou du ministère public. L'assemblée générale ne peut pas décider la révocation du commissaire aux comptes. La révocation du commissaire aux comptes ne peut être décidée que par voie de justice pour renforcer la stabilité du lien de contrôle entre le commissaire et la société. L'exigence d'une faute professionnelle grave se justifie par le même souci. A défaut de faute grave, la responsabilité du commissaire aux comptes peut être engagée en cas de préjudice subi par la société ou par les associés. Dans cette perspective, il semble excessif d'exiger une faute grave du commissaire pour pouvoir le révoquer, alors qu'il a causé un préjudice pour la société. La question se pose donc de savoir dans quel cas une telle faute est-elle constituée.

Le relèvement du commissaire aux comptes est justifié en cas de mauvaise foi, mais aussi dès lors qu'il y a inexécution ou mauvaise exécution de la mission pour une cause imputable au commissaire. La mauvaise foi est constituée par la conscience d'avoir un comportement contraire aux règles professionnelles ou la négligence assumée délibérément.¹ Le commissaire qui agit dans son intérêt personnel agit de mauvaise foi.

La faute du commissaire aux comptes justifie sa révocation dès lors qu'elle a rendu intolérable le maintien du lien contractuel. Ce fut le cas lors d'une procédure d'alerte déclenchée par le commissaire aux comptes. La société avait été mise en redressement, moins de deux ans après la procédure, donc le commissaire n'avait pas commis de faute sur ce plan. Mais il a manqué à son obligation d'objectivité en adressant à la société, une lettre faisant état de rumeurs à l'encontre de son président-directeur général. « Ces propos de nature à jeter le discrédit sur le dirigeant sont incompatibles avec la poursuite de relations professionnelles impliquant la confiance réciproque. »²

B. Les missions du commissaire aux comptes

On parle de contrôle légal car il n'appartient pas aux associés de définir les attributions du commissaire aux comptes. Cependant, le commissaire aux comptes agit au bénéfice des associés suivant aux moins deux considérations. La première est l'obligation du commissaire de dresser un rapport sur l'exécution de sa mission, celle de contrôler l'information sociale. La seconde est le contrôle des opérations sociales pouvant porter atteinte à l'égalité des associés.

1. Le contrôle de l'information

Le commissaire aux comptes effectue une série de vérification qui débouche sur la certification dans un rapport présenté à l'assemblée générale.

a. La vérification de l'information

¹ Grenoble, 29 avr. 1999, Dr. sociétés 1999, no 151, note Dominique VIDAL.

² Paris, 25 février 1998, BCNCC, n°112, p. 573.

En général, la vérification du commissaire aux comptes porte sur toute la comptabilité de l'entreprise,¹ sa sincérité et sa régularité. Elle porte ensuite sur le rapport de gestion et sur les documents et comptes remis aux associés.

–La vérification de la comptabilité

Le terme couramment entendu est l'audit, pour désigner la mission du commissaire aux comptes. Il existe une certaine nuance car l'audit recouvre un domaine plus large. En général, l'audit est défini comme étant « *le contrôle d'un ensemble d'opération ou d'un système d'information.* »² Il peut être interne, c'est-à-dire effectué par la direction de la société, un organe interne. Il est destiné à aider les dirigeants dans leur prise de décision et dans la gestion de l'information.³ L'audit externe comprend le contrôle du commissaire aux comptes, l'audit ou la révision légale, et la révision contractuelle, effectuée par un expert comptable qui agit selon les missions requises par son cocontractant.

Pour l'exécution de ses missions, en permanence, le commissaire aux comptes peut effectuer toutes vérifications et tous contrôles qu'il juge opportuns selon les normes de sa profession. Il peut exiger de la société, communication sur place, de toutes pièces qu'il estime utiles à l'exercice de sa mission et notamment tous contrats, livres, documents comptables et registres de procès-verbaux.⁴ Le commissaire peut étendre ses investigations auprès des sociétés mères ou filiales de la société qu'il contrôle. Dans ce

¹ Article 130 : « Le commissaire aux comptes a pour mission permanente, à l'exclusion de toute immixtion dans la gestion, de vérifier les valeurs et les documents comptables de la société et de contrôler la conformité de sa comptabilité aux règles en vigueur. »

Art. 939 : « Seront punis d'une amende de dix (10) millions ou deux millions Ariary à cent (100) millions de FMG ou vingt millions Ariary, les dirigeants sociaux ou toute personne au service de la société qui, sciemment, auront mis obstacle aux vérifications ou au contrôle des commissaires aux comptes ou qui auront refusé la communication, sur place, de toutes les pièces utiles à l'exercice de leur mission et notamment de tous contrats, livres, documents comptables et registres de procès-verbaux . »

² Dominique VIDAL, *Op. cit.*, n°1, p1.

³ Par exemple, pour le groupe SBM, des audits internes sont initiés par la SBM Maurice (la maison mère). Celle-ci dispose son propre service d'audit composé d'experts comptables chargés de surveiller la société et de présenter sa situation en permanence aux actionnaires. Les audits ont lieu 2 à 3 fois par exercice. Les contrôles portent sur le crédit, la situation juridique et sur tout ce qui fait tourner la société. Les rapports d'audit sont communiqués aux actionnaires avant les assemblées générales, ils peuvent de même être consultés en tout temps au siège et les actionnaires peuvent en prendre copie à leurs frais.

⁴ Article 137.

cas, les dirigeants de ses sociétés sont tenus de faciliter la mission du commissaire aux comptes.¹

Le commissaire aux comptes peut également demander des informations auprès des tiers, mandataires ou auxiliaires, qui ont accompli des opérations pour le compte de la société. Le secret professionnel est inopposable au commissaire aux comptes, c'est la contrepartie de son obligation de ne pas divulguer le secret professionnel.

Il est défendu de donner son opinion sur la politique des dirigeants. Il a pour rôle d'apprécier la véracité des informations tenues par la société conformément au fait et au droit, à ce qui existe et à ce qui est imposé par la loi, par la technique comptable. Il ne s'agit certainement pas là d'une faiblesse à reprocher contre la profession mais d'une simple répartition de pouvoirs conforme à l'esprit de toute organisation bien coordonnée. Mais la justification catégorique est que la politique sociale est affaire des personnes internes à la société et non des tiers qui n'y ont aucun intérêt. Pourtant, l'obligation de déclencher l'alerte, au cas où il découvre à l'occasion de sa mission, un fait de nature à compromettre la continuité de l'exploitation se trouve à la limite de la séparation entre les actes de contrôle et les actes de gestion.

–La vérification du rapport de gestion et des documents adressés aux associés²

Le commissaire joue le rôle de relais entre les dirigeants et les associés, pour permettre une communication sincère. « Le commissaire aux comptes vérifie la sincérité et la concordance avec les états financiers de synthèse, des informations données dans le rapport de gestion des dirigeants, et dans les documents sur la situation financière et les états financiers de synthèse de la société adressés aux associés ou actionnaires.» Pour que le commissaire y puisse procéder, aux termes de l'article 155, les documents lui sont adressés, soixante jours au moins avant la date de l'assemblée générale statuant sur les états financiers de synthèse.

¹ La constitution d'obstacle aux activités de commissaire aux comptes est un délit punissable d'une amende de deux millions Ariary à vingt millions Ariary (article 939).

² Article 131.

Dans les sociétés anonymes, le commissaire aux comptes doit être convoqué à la réunion du conseil d'administration ou délibération de l'administrateur général qui arrête les comptes de l'exercice. Pour les autres réunions ou délibérations, la convocation du commissaire aux comptes est facultative. La convocation est faite, au plus tard, lors de la convocation des membres du conseil d'administration ou, lorsque la société est dirigée par un administrateur général, trois jours au moins avant que celui-ci ne délibère, par lettre recommandée ou tout autre moyen laissant trace écrite.¹

Les documents adressés aux associés réunissent tous les documents auxquels les associés ont accès que ce soit par le droit à l'information permanente ou à l'occasion de l'assemblée. Il s'agit notamment du bilan, du compte de résultat et de l'annexe.

b. La certification

Le commissaire présente un rapport à l'assemblée générale dans lequel il donne ses observations. Il s'agit d'un rapport général, le commissaire établit en outre, un rapport spécial sur les conventions réglementées. Le rapport doit être mis à la disposition des associés au moins 15 jours avant la tenue de l'assemblée générale. Le commissaire aux comptes peut soit certifier la régularité et la sincérité des états financiers de synthèse, soit assortir sa certification de réserves ou la refuser en précisant les motifs de ces réserves ou de ce refus. La certification déclare, selon la conviction du commissaire aux comptes fondée sur les normes de sa profession, que les documents sont réguliers, sincères et donnent une image fidèle du résultat des opérations de l'exercice écoulé ainsi que de la situation financière et du patrimoine de la société à la fin de cet exercice.

Seules les irrégularités et les inexactitudes significatives sont signalées à l'assemblée. Certaines erreurs doivent être signalées aux dirigeants et non aux associés, l'essentiel est que la certification tienne compte de « l'authenticité globale des documents financiers. »² Ce critère fait appel à un seuil de signification dont il appartient au commissaire aux

¹ Article 725.

² Dominique VIDAL, *Op. cit.* n°212- 213, p. 98.

comptes de délimiter. Ce dernier encoure cependant une poursuite pénale au cas où il aura certifié des informations mensongères sur la situation de la société.¹

L'assemblée n'est pas liée par la décision du commissaire aux comptes, elle peut approuver les comptes sociaux nonobstant un refus de certifier. La délibération ainsi prise n'est entachée d'aucune cause d'annulation.

2. Le respect de l'égalité entre les associés²

L'égalité entre les associés est sujet à transgression lors des opérations extraordinaires ayant pour objet de modifier la structure du capital d'une société ou celle de plusieurs sociétés. Les minoritaires doivent être protégés contre un rapport d'échange ou un dédommagement inéquitable, alors que les majoritaires craignent la dilution.

La loi dispose que la réduction de capital ne peut en aucun cas porter atteinte à l'égalité des associés.³ Dans une SARL qui comporte un commissaire aux comptes, le projet de réduction de capital doit lui être communiqué dans les trente jours précédant la tenue de l'assemblée générale extraordinaire. Ce délai est de quarante cinq jours dans les SA.⁴ Le commissaire aux comptes présente à l'assemblée générale extraordinaire un rapport dans lequel il fait connaître son appréciation sur les causes et les conditions de la réduction de capital. Il n'a pas à apprécier l'opportunité de l'opération mais seulement la régularité et le respect de l'égalité des associés. En particulier, l'appréciation de la régularité consiste à s'assurer que l'opération ne ramène pas le montant du capital ou la valeur nominale des parts ou actions à des chiffres inférieurs au minimum légal.

Dans le cas d'une fusion, la parité d'échange ne doit léser aucune des parties. L'assemblée générale ou le tribunal de commerce, à la demande des associés, désigne un

¹ Art. 938 : « Sera puni d'une amende de vingt cinq (25) millions ou cinq millions Ariary à deux cent (200) millions de FMG ou quarante millions Ariary et de six mois à cinq ans d'emprisonnement ou de l'une de ces deux peines seulement, tout commissaire aux comptes qui, soit en son nom personnel, soit à titre d'associé d'une société de commissaires aux comptes, aura sciemment donné ou confirmé des informations mensongères sur la situation de la société ou qui n'aura pas révélé au ministère public les faits délictueux dont il aura eu connaissance. »

² Article 135 : « Le commissaire aux comptes s'assure enfin que l'égalité entre les associés est respectée, notamment que toutes les actions d'une même catégorie bénéficient des mêmes droits. »

³ Articles 388, 649 et 935.

⁴ Articles 389 et 650.

ou plusieurs commissaires à la fusion chargés de dresser un rapport sur les modalités de la fusion : les méthodes suivies pour la détermination du rapport d'échange, si ces méthodes sont adéquates en l'espèce et les valeurs auxquelles chacune de ces méthodes conduit, et les difficultés particulières d'évaluation.

Le ou les commissaires à la fusion vérifient que les valeurs relatives attribuées aux actions des sociétés participant à l'opération sont pertinentes et que le rapport d'échange est équitable. Ils peuvent obtenir auprès de chaque société, communication de tous documents utiles et procéder à toutes vérifications nécessaires.

Section II. L'expertise de gestion

La loi offre aux minoritaires un moyen d'information exceptionnel et limité. Un ou plusieurs associés peuvent demander la désignation d'un expert chargé de présenter un rapport sur une ou plusieurs opérations de gestion. L'institution a été apportée par la loi du 24 juillet 1966¹, d'abord pour les actionnaires de société anonyme. La loi du 1^{er} mars 1984 l'a étendue ensuite aux SARL. Dans la loi du 30 janvier 2004, elle est prévue dans les dispositions générales sur les sociétés commerciales, donc pour toutes les formes de société. On dénote sur ce point un autre aspect de l'emprunt du législateur malgache sur l'acte uniforme du 1^{er} janvier 1998 de l'OHADA.

L'intérêt est d'exposer les opérations décidées par les dirigeants et qui n'ont pas été soumises à l'assemblée générale. Les minoritaires étant le plus souvent éloignés de l'équipe dirigeante, ils ne sont qu'approximativement informés de toutes les activités de celle-ci. En outre, la mission du commissaire aux comptes l'interdit de s'immiscer dans la gestion, il ne peut en apprécier l'opportunité. D'où le droit des minoritaires de nommer

¹Article 226 : « Un ou plusieurs actionnaires représentant au moins le dixième du capital social peuvent demander en justice la désignation d'un expert chargé de présenter un rapport sur une ou plusieurs opérations de gestion.

S'il est fait droit à la demande, la décision de justice détermine l'étendue de la mission et des pouvoirs de l'expert, dont elle fixe les honoraires, ainsi que le montant de la provision dont le ou les demandeurs devront s'acquitter.

Le rapport est adressé au demandeur, ainsi que, selon le cas, au conseil d'administration ou au directoire et au conseil de surveillance. Ce rapport doit, en outre, être annexé à celui établi par les commissaires aux comptes en vue de la prochaine assemblée générale et recevoir la même publicité. »

un expert pour les renseigner sur la nature, la portée et les conséquences d'actes de gestion susceptibles de léser aussi bien leurs intérêts que ceux de la société.

A. La mise en œuvre de l'expertise de gestion

L'Article 178 dispose : « Un ou plusieurs associés représentant au moins le cinquième du capital social peuvent, soit individuellement, soit en se groupant sous quelque forme que ce soit, demander au président du tribunal de commerce statuant en référé, la désignation d'un ou de plusieurs experts chargés de présenter un rapport sur une ou plusieurs opérations de gestion. » Le recours à l'expertise de l'article 178 est soumis à des conditions relatives au demandeur, et à la demande elle-même.

1. Le demandeur

Le demandeur assigne la société représentée par le dirigeant et non celui-ci en tant que tel. La demande doit être faite par un ou plusieurs associés. La loi du 30 janvier 2004 conserve dans son esprit l'idée d'une « expertise de minorité », en ce qu'elle n'a pas ouvert l'action à d'autres personnes pouvant trouver des intérêts dans la société, notamment les salariés et l'Etat. La loi du 1^{er} mars 1984 a permis, dans le droit français au ministère public, à la COB et au comité d'entreprise d'utiliser l'expertise de gestion.

Le ou les demandeurs doivent représenter au moins le cinquième du capital social, soit 20%. Ce qui exclut l'actionnaire qui n'aurait pas encore libéré son apport et l'apporteur en industrie, ce dernier ne contribue pas à la formation du capital.

Le pourcentage de 20 % est assez élevé par rapport à ce qu'impose la loi du 24 juillet 1966, 10% pour les SARL et 5% pour les SA. Si le mécanisme est destiné en premier lieu à l'information des minoritaires, la société ne saurait en souffrir. Le droit de provoquer l'expertise est ainsi réservé à une minorité plus qualifiée pour la défense de l'intérêt social. Les épargnants et les investisseurs sac-à-dos sont mis à l'écart sauf s'ils s'organisent pour atteindre les 20%, exprimant ainsi une motivation sérieuse de s'impliquer dans la vie sociale.

La qualité pour agir doit être appréciée au jour de l'acte introductif d'instance. Si le demandeur cesse d'être associé à ce moment, il n'a plus qualité pour agir. La jurisprudence française est extrêmement fournie en la matière. Lors d'un désaccord sur la

fixation du prix d'actions faisant l'objet d'une promesse de vente, le cédant demeure actionnaire. La vente n'était appelée à devenir effective qu'après la fixation du prix.¹ Le droit d'agir en justice ne peut être affecté par des circonstances postérieures à la demande d'expertise, par exemple, une résolution décidant l'annulation du capital social par absorption des pertes et par le fait que le demandeur n'a pas souscrit d'actions nouvelles.²

Le législateur malgache n'a pas voulu que l'action soit paralysée par la faiblesse économique des demandeurs minoritaires. Il impose la charge des honoraires à la société.

2. La demande

a. L'étendue de l'information demandée

La demande doit avoir pour objet la nomination d'un expert chargé de présenter un rapport sur une ou plusieurs opérations de gestion. La notion d'opération de gestion n'est pas définie par la loi, ce qui aurait pu restreindre le domaine de l'expertise. Cependant, elle est conçue par la jurisprudence d'une manière étroite et organique. D'une part, la demande d'expertise est irrecevable si elle tend à remettre en cause l'ensemble des comptes, approuvés par l'assemblée générale. La demande doit identifier les actes ou opérations de gestion à soumettre à l'expertise.³ La raison à cette première limite est que la mission de l'expert de gestion se distingue nettement de celle du commissaire aux comptes. L'expert de gestion n'est pas « un contre-commissaire aux comptes »⁴ même s'il peut opérer ses vérifications à partir des documents comptables dès lors que ceux-ci sont la projection comptable de l'opération de gestion.⁵

D'autre part, seuls sont concernés par l'expertise de gestion les actes accomplis par les dirigeants, par un organe de gestion. L'expertise ne peut porter sur une opération relevant de la compétence de l'assemblée générale. Pour remettre en cause une décision de

¹ Com. 21 octobre 1997, N°95-17.904, Publié au bulletin.

² Com. 6 décembre 2005, N°04-10.287, Publié au bulletin.

³ Com. 25 mars 1974, *Les Grands arrêts de la jurisprudence commerciale*, n° 74, p. 323 s. note Bernard BOULOC.

⁴ Paul DIDIER, *Op. cit.* p. 462.

⁵ P. CONTE, *Op. cit.* n°049-31, p. 607.

l'assemblée, une action en nullité doit être entreprise.¹ En effet, les associés sont censés être suffisamment informés sur les décisions de l'assemblée et ont déjà pu émettre leurs critiques lors des débats et par le vote.² Ainsi, par exemple : 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, contrairement à l'octroi de gratifications décidé par le gérant sans vote de l'assemblée.³

Par contre, les opérations de gestion suspectées peuvent être indifféremment des opérations en préparation ou des opérations déjà réalisées, ayant produit ou non des effets. Le fait qu'elles soient rattachées à un exercice passé ou à l'exercice en cours n'est pas déterminant pour la recevabilité de la demande.

b. Le caractère de la demande

En tant que moyen d'information dérogatoire, le problème se pose de savoir si la demande d'expertise de gestion doit présenter ou non un caractère subsidiaire. Est-ce que tous les autres moyens d'information doivent être épuisés ? L'action est-elle subordonnée à l'exercice d'éventuelles actions en nullité d'une délibération de l'assemblée ou en responsabilité contre les dirigeants ? La réponse à ces questions permet, outre de mesurer l'indépendance de l'action en demande d'expertise, de connaître la véritable finalité de cette action.

Le droit français a opéré une distinction entre SARL et SA. Dans les SARL, la demande d'expertise de gestion n'est pas subordonnée à l'épuisement des moyens normaux d'information. Dans les SA, depuis la loi du 15 mai 2001, les actionnaires doivent effectuer au préalable une demande de renseignements aux dirigeants sur les opérations concernées. A défaut de réponse dans un délai d'un mois, ou à défaut de communication d'éléments de réponse satisfaisants, ils peuvent demander la nomination d'un ou plusieurs experts.⁴ En application de cette loi, un arrêt de la cour de cassation a décidé que la demande d'expertise de gestion ne peut être accueillie dès lors que, dans les

¹ Com 25 mars 1974.

² M. COZIAN et A. VIANDIER, *Op. cit.* n°489, p.187.

³ Com. 30 mai 1989, N°87-18.083, Publié au bulletin.

⁴ Article L-225-231 alinéas 1^{er} et 2^{ème} du code de commerce (français).

courriers adressés préalablement à sa demande, l'actionnaire n'a fait que s'interroger de façon générale sur la politique de gestion de la société sans demander de façon précise des explications sur des actes de gestion clairement identifiés.¹ L'imposition de la phase précontentieuse emporte en outre que le juge doit apprécier le caractère suffisant ou non des éléments de réponse apportés aux questions préalables, au cas où les dirigeants auraient répondu. Ce qui risque de développer le contentieux au stade de la recevabilité de la demande.²

Dans un arrêt du 15 juillet 1987, une société avait opposé que l'intérêt des minoritaires était la possibilité d'exercer les actions en nullité ou en responsabilité, dès lors que ces actions sont prescrites, ils ne seraient plus recevables à demande d'expertise. La cour de cassation a décidé que « la recevabilité de l'action 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. »³

La loi du 30 janvier 2004 quant à elle, n'impose nullement de telles conditions. Ainsi, l'expertise de gestion est un moyen complémentaire, et non subsidiaire, à côté des autres moyens dont ils peuvent bénéficier sans l'intervention du juge. Sa finalité est avant tout l'information des minoritaires. L'expertise de gestion n'implique ni l'absence de tout autre moyen d'information, ni l'ouverture au préalable ou la possibilité d'intenter un contentieux en justice. En effet, la position contraire peut engendrer des lenteurs de procédure, ce qui ne serait favorable ni pour les associés, ni pour la société. Grâce à l'institution, les minoritaires déclencheront la révélation des fautes des dirigeants au moment où elles pourront être corrigées, et par la preuve ainsi établie, faciliteront une poursuite contre les dirigeants.⁴

c. Le bien-fondé de la demande

¹ Com. 14 février 2006, N°05-11.822, Publié au bulletin.

² P. CONTE, *Op. cit.* n°049-27, p. 606.

³ Com. 15 juillet 1987, Bull. civ. IV, n° 193.

⁴ Y. GUYON, *Droit des affaires, Tome 1, Droit commercial général et des sociétés*, Economica 1998, 10^{ème} édition, n°294 et 447

L'article 179 laisse toute latitude au juge¹ pour ordonner ou non l'expertise de gestion, la mesure est facultative. Le sérieux de la demande est apprécié par rapport à la régularité de l'opération et à sa conformité à l'intérêt social. Ainsi, sur la régularité, 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. Ce qui n'est pas le cas lorsqu'en réalité, les demandeurs à l'action ne critiquaient pas ne critiquaient pas une ou plusieurs opérations de gestion mais que l'un d'entre eux, un ancien dirigeant, "harcelait" depuis des années les dirigeants sociaux dans le but d'imposer sa propre politique.²

La cour de cassation a décidé dans l'arrêt du 15 juillet 1987³ 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. La juge du fond a établi le caractère sérieux de la demande en se fondant sur les relations financières de la société avec sa société mère et deux filiales de celle-ci, qui ont généré, en moins de deux ans, une lourde perte sans qu'en l'état apparaissent clairement en contrepartie des avantages pour la société. Ce qui permettait de suspecter un détournement de pouvoirs.

B. L'issue de la demande d'expertise

1. La désignation de l'expert

Le juge qui fait droit à la demande désigne l'expert chargé de vérifier les opérations. Le choix du juge n'est pas encadré dans des critères aussi déterminés que pour le commissaire aux comptes. Le mutisme de la loi laisse sous entendre que l'expert désigné par le juge ne sera pas forcément un expert comptable. Le juge peut se confier à toute personne qu'il estime compétente pour exécuter la mission. L'expertise de gestion pourra ainsi outrepasser le secret professionnel qui lie l'expert comptable. La loi dispose

¹ Article 179 : « S'il est fait droit à la demande... »

² Com. 22 mars 1988, Bull. civ. IV, n° 124.

³ Com. 15 juillet 1987, précité.

simplement que l'expert en gestion doit présenter toutes les garanties d'indépendance, de neutralité et de compétence.

Le juge détermine l'étendue de la mission et les pouvoirs de l'expert. Il est permis de se demander si le juge pourra apprécier les garanties que devra présenter l'expert. Compte tenu du fait qu'il statue en référé, le temps qu'il dispose peut être un obstacle pour saisir la véritable portée de la demande. Alors qu'en cela est soumise l'efficacité de la mesure, que ce soit à l'égard de la société ou du minoritaire demandeur.

2. La communication du rapport d'expertise

Le rapport de l'expert est adressé au demandeur, au commissaire aux comptes et aux organes de gestion, de direction ou d'administration. La loi ne précise pas si le rapport doit être annexé par le commissaire aux comptes ou par le dirigeant au rapport soumis à l'assemblée générale.¹ Pourtant, l'éclaircissement apporté pourra ajouter des éléments d'appréciation déterminants même pour la majorité. De plus, la communication aux dirigeants ne devrait pas être une priorité car ceux-ci étant censés connaître les opérations avant l'expertise.

L'expertise de gestion sert une fin uniquement informative, même si elle traduit une méfiance des minoritaires à l'égard des dirigeants. Il en est de même de tous les moyens d'information dont disposent les associés. Ils constituent la condition à toute intervention pertinente.

La décision des associés dépendra de l'image que l'information reflète sur la situation de la société et le résultat de la gestion. En temps de paix, le contrôle manifeste la volonté favorable à la poursuite de l'aventure selon son cours.

¹ La formulation de l'article 179 énonce par inattention deux fois le commissaire aux comptes sans définir si celui-ci devra signaler le rapport d'expertise à l'assemblée : «...Le rapport est adressé au demandeur, au commissaire aux comptes et aux organes de gestion, de direction ou d'administration et au commissaire aux comptes si la société est soumise au contrôle de ce dernier. »

A comparer avec l'article L-223-37 in fine du code de commerce français qui le dit expressément: «Le rapport est adressé au demandeur, au ministère public, au comité d'entreprise, au commissaire aux comptes ainsi qu'au gérant. Ce rapport doit, en outre, être annexé à celui établi par le commissaire aux comptes en vue de la prochaine assemblée générale et recevoir la même publicité. » La loi du 30 janvier 2004 semble adopter la position de l'acte uniforme de l'OHADA qui dispose en son article 160 que « le rapport est adressé [uniquement] au demandeur et aux organes de gestion, de direction ou d'administration. »

Chapitre II. L'aboutissement du contrôle

L'information sociale a permis aux associés de mieux connaître la société, ses activités et les résultats. Les associés ont pris connaissance des actions des dirigeants et des majoritaires, ils doivent ensuite prononcer le verdict du contrôle. Le contrôle prendra une tournure différente en fonction des relations entre les acteurs et des conséquences de ces relations sur la société. La sécurité de la société et des associés reposant sur un contexte différent selon le moment traversé par la société, il convient d'étudier d'abord le contrôle des associés en temps de paix et ensuite le contrôle en temps de crise.

Section I. Le contrôle en temps de paix

Dans le fonctionnement normal de l'organisme, chacun des organes de la société remplit ses fonctions respectives sans qu'un concours ou une correction soit nécessaire. Le moyen ordinaire de contrôle des associés est la volonté sociale, contrairement aux actions dérogatoires qui devront être soumises au juge en cas de conflits. L'associé s'efface derrière le corps social lorsqu'il n'a pas de grief à invoquer contre les autres associés ou les dirigeants. Autrement dit, un empiètement sur les prérogatives de l'organe de gestion ou un recours devant le juge ne sauraient être justifiés dans ce contexte.

D'une part, l'assemblée se prononce sur la gestion des dirigeants et sur les comptes sociaux. C'est un contrôle général et périodique. Général car portant sur l'ensemble de la société, de ses opérations, et sur le sort des dirigeants. Périodique parce qu'il intervient une fois après la clôture de chaque exercice. D'autre part, l'assemblée contrôle les opérations qui présentent une certaine gravité pour la société et l'engagement des associés.

A. Le contrôle général de la gestion

Bien que l'assemblée soit l'organe souverain de la société, toutes les opérations menées par les dirigeants ne sont pas soumises à son approbation. Il ne s'agit pas d'un véritable contrôle de la gestion puisque les associés ne sont pas en contact direct avec les activités de l'organe de direction. La société fonctionne sur la base d'organes indépendants et non d'une hiérarchie entre les membres. Ainsi, l'approbation des associés porte uniquement sur l'ensemble de la gestion représenté par les comptes sociaux et le

rapport des dirigeants. Les dirigeants peuvent être conçus sur ce plan comme les mandataires des associés. Ils sont obligés de rendre compte de leur gestion comme tous ceux qui gèrent les affaires d'autrui. En outre, le traitement des dirigeants constitue un aspect prépondérant pour maintenir et pour renforcer la performance de la gestion.

1. L'approbation des comptes sociaux

~~La~~ décision d'approbation

L'approbation des comptes sociaux par l'assemblée générale ordinaire doit avoir lieu au moins dans les six mois de la clôture de l'exercice. Elle est précédée du droit de communication préalable. En l'occurrence, les documents soumis à l'assemblée sont le rapport de gestion établi par les dirigeants et les comptes sociaux proprement dits : les états financiers.

Le rapport de gestion, comme les rapports du commissaire aux comptes sont des informations complémentaires aux comptes de l'exercice. Ces rapports fournissent des commentaires et les indications importantes. Cependant, le rapport de gestion est un document distinct des états financiers. L'absence de rapport de gestion peut entraîner l'annulation de l'assemblée, sauf si tous les associés sont gérants ou qu'ils ont pu se prononcer en connaissance de cause lors des délibérations.¹

Le rapport de gestion est un document de synthèse donnant l'ensemble des informations significatives sur les trois aspects de la gestion de la société : l'aspect économique, l'aspect juridique et l'aspect social.² Il expose la situation de la société durant l'exercice écoulé, son évolution prévisible et, en particulier, les perspectives de continuation de l'activité, l'évolution de la situation de trésorerie et le plan de financement. Le rapport de gestion doit ensuite signaler toute modification dans la présentation des états financiers de synthèse ou dans les méthodes d'évaluation, d'amortissement ou de provisions conformes au droit comptable.³

¹ Com. 19 avril 2005, précité.

² J. DEVEZE, *Lamy Droit du financement*, éditions Lamy, 2001, n°157, p.122.

³ Articles 153, 156.

Le rapport de gestion propose l'affectation du résultat, envisagée par les dirigeants. Le résultat positif peut alimenter les réserves, être affecté au compte de report à nouveau ou distribué sous forme de dividende. Dans ce dernier cas, le montant du dividende à répartir au titre de l'exercice doit être précisé, de même que les modalités de mise en paiement. En cas de pertes, la proposition des dirigeants peut être d'imputer le résultat principalement sur les bénéfices reportés ou sur les réserves.

Les états financiers de synthèses présentés à l'assemblée ordinaire sont le bilan, les comptes de résultats et l'annexe.¹ Le bilan donne une photographie de la situation de la société.² C'est un état récapitulatif des actifs, des passifs, faisant apparaître les capitaux propres de l'entité à la date de clôture des comptes. Cette photographie représente ainsi l'équilibre financière de la société. Par exemple, une comparaison des actifs aux passifs traduit la valeur actuelle de l'entreprise. Lorsque le rapport entre les capitaux propres et les dettes est positif, cela signifie un potentiel de développement important pour l'avenir car la société peut financer ses engagements et recourir à des endettements à long terme.³ La rentabilité de l'entreprise est calculée à partir du compte de résultat. Le résultat transcrit résulte de la différence entre les charges et les produits réalisés entre la période qui sépare deux bilans, la sincérité du compte implique que les produits et les charges rapportés soient ceux de la période considérée uniquement. Le chiffre d'affaires afférant à l'exercice apparaît également dans le compte de résultat.

L'assemblée est souveraine pour approuver, modifier ou rejeter les comptes sociaux, pour décider de l'affectation du résultat et arrêter, le cas échéant, le montant du dividende à distribuer aux associés. Dans la plupart des cas, l'assemblée générale est une simple chambre d'enregistrement des comptes présentés par les dirigeants. Elle se contente d'approuver sans aucune observation ni critique.

La modification des comptes peut relever d'une délibération ou d'une opposition minoritaire. Dans le premier cas, dans la mesure où l'assemblée ne peut délibérer que sur

¹ Cf. supra sur le droit de communication préalable.

² C. CHOUKROUN, *Op. cit.* p. 53.

³ André BUTHURIEUX, *Responsabilité du banquier*, 2^{ème} édition, Juris-classeur, 2004, n°57, p. 25.

des questions inscrites à l'ordre du jour,¹ il faut savoir si la modification des comptes doit être proposée dans l'ordre du jour ou non. Si cette règle s'applique ici, les associés devront demander au préalable l'inscription d'un projet de résolution à l'ordre du jour. Dans le cas contraire, la modification peut être proposée au cours de l'assemblée. La solution dépend de ce que la modification des comptes sociaux constitue ou non une nouvelle résolution. La doctrine distingue les additions de résolutions nouvelles à l'ordre du jour, des modifications apportées aux résolutions qui y figurent déjà.² Ces dernières pouvant être proposées en séance au vote de l'assemblée. En effet, si on peut invoquer l'information préalable à cette solution, l'information ne doit pas mettre obstacle aux débats sur les comptes sociaux. Au contraire, elle doit permettre aux associés d'effectuer les débats en toute connaissance de cause. Or, le refus ou la modification est une manifestation du résultat des débats. La solution est différente s'il s'agit de modifier les comptes sociaux d'un exercice antérieur, la proposition devra être inscrite à l'ordre du jour.

Dans le deuxième cas, le minoritaire doit recourir au juge. Ainsi, la modification de la forme du compte des profits et pertes a été ordonnée par le juge à la demande des minoritaires, pour que le compte soit clair, complet et loyal.³

Seulement, les associés ne sont pas tous en mesure de comprendre l'aspect technique des comptes présentés par les dirigeants. Le seraient-ils, le délai minimum de quinze jours, à compter duquel ils disposent de l'information jusqu'à la réunion de l'assemblée ne suffit pas pour un examen perspicace. En outre, pour la même raison, les autres associés ne peuvent pas apprécier l'opportunité des modifications proposées en cours de séance. D'où l'intérêt de recourir à l'assistance d'un expert comptable et au contrôle des commissaires aux comptes pour comprendre les comptes sociaux. Lorsque les modifications ou le refus d'approbation emportent comme conséquence l'obligation des dirigeants de dresser à nouveaux les comptes, l'assemblée devra être ajournée.

~~Les effets de l'approbation~~

¹ Articles 541, 813.

² R.T.D. Com. 1972, p. 118 note Roger HOUIN.

³ Com. 14 décembre 1960, Bull. civ. III, n° 415.

Dans la mesure où l'approbation manifeste la satisfaction des associés, elle devrait produire un effet libératoire pour les dirigeants. Ainsi, les assemblées renoncent par cette décision à critiquer et à remettre ultérieurement en cause la gestion. L'approbation des comptes emporte quitus de la gestion des dirigeants. Mais si un refus des comptes sociaux aurait entraîné la révocation ou des poursuites judiciaires, le quitus empêche-t-il la mise en œuvre de tels mécanismes ? L'intérêt de ce problème touche à la sécurité des associés et de la société face à des comportements dommageables des dirigeants et qui auraient été cachés lors de l'approbation des comptes. La faute n'apparaissant qu'après la décision de l'assemblée. Avant le décret-loi du 31 août 1937, il n'existait aucune règle sur la portée du quitus délivré aux dirigeants. La solution était que le quitus voté par la majorité valait renonciation au droit d'agir en responsabilité. Le législateur français impose une limite, d'abord pour les sociétés anonymes, dans le but de protéger les actionnaires contre les agissements frauduleux des dirigeants mais aussi contre la puissance des majoritaires. Par ailleurs, l'approbation de l'assemblée est plus processuelle que substantielle, les associés n'ont qu'un pouvoir d'appréciation fictif.¹

La loi du 30 janvier 2004 dispose, pour toutes les sociétés, qu'aucune décision de l'assemblée des associés ne peut avoir pour effet d'éteindre une action en responsabilité contre les gérants pour faute commise dans l'accomplissement de leur mandat.² Ainsi, le quitus ne vaut pas une amnistie au bénéfice des dirigeants fautifs pour l'ensemble de la gestion. L'approbation ne produit d'effet exonératoire que lorsqu'elle est donnée spécialement pour un acte particulier, sauf encore à exclure le cas de dol ou de fraude.

2. Le traitement des dirigeants

Dans son principe, la rémunération constitue un moyen de prévention des conflits d'intérêts entre les dirigeants et la société. Mais dans le cas où la rémunération est fixée par les dirigeants eux-mêmes, elle présente des risques.

-Le principe de la compétence de l'assemblée générale

¹ C. BERR, *Op. cit.* n° 288, p. 182.

² Article 188.

L'idée est presque pareille dans les sociétés autres que SA et dans les SA. Pour les premières, la fonction de gérant est rémunérée ou non, selon les statuts ou une délibération des associés. Pour les secondes, il ne s'agit pas à proprement parler de rémunération, contre partie du travail effectué, mais d'une indemnité de fonction, une réparation. La considération d'origine était que les dirigeants sont avant tout des associés en qui les autres se sont confiés. L'attribution d'une rémunération particulière rompt l'égalité des associés. Mais les dirigeants sont conduits à engager des dépenses pour l'exercice de leurs fonctions, d'où l'allocation d'indemnités. Cette idée est gardée dans les sociétés anonymes, du moins dans la formulation légale. Ce qui n'est pas le cas dans les autres sociétés au sein desquelles la fonction de dirigeant peut être rémunérée, une rémunération facultative, à la diligence de l'assemblée.

Elle se fait selon des modalités différentes en fonction de la forme de la société, mais dans tous les cas, elle est décidée par l'assemblée des associés. Le dirigeant ne fixe pas lui-même sa rémunération.

Dans les sociétés à risque illimité, et dans les SARL, la rémunération des gérants est fixée à la majorité simple des associés, ou rarement dans les statuts. La rémunération fixée dans les statuts présente l'inconvénient que pour être modifiée, il faut aussi modifier les statuts, donc seule l'assemblée extraordinaire est compétente. La rémunération fixée en assemblée peut en revanche être ajustée chaque année par les associés en fonction de la gestion du gérant et des possibilités financières de l'entreprise. Mais si la rémunération est uniquement fonction du résultat, les dirigeants auront tendance à prendre moins de risque. Or, les stratégies visant des résultats plus conséquents comportent plus de risque. Ainsi, la pratique courante est de prévoir une rémunération de base, un forfait sur lequel se greffent d'autres avantages calculés en fonction de la performance de la gestion. Le but est que les dirigeants gèrent la société conformément aux intérêts des associés et de la société. Cette préoccupation est justifiée dès lors que les dirigeants ne sont pas des associés. En effet, dans ce cas, ils sont des « régisseurs de l'argent d'autrui, on ne peut guère s'attendre à ce qu'ils apportent cette vigilance exacte et soucieuse que les associés d'une société apportent souvent dans le maniement de leurs fonds. »¹ Ainsi, certaines sociétés permettent l'ouverture du capital aux dirigeants pour arriver à un certain

¹ Adam SMITH, *Wealth of Nations*, 1776.

alignement d'intérêts avec les associés. En droit français, les dirigeants peuvent bénéficier d'une option de souscription d'action à titre de rémunération, cette pratique est essentiellement réservée à l'actionnariat des salariés.

La fixation de la rémunération par les dirigeants

Dans les sociétés anonymes, la rémunération prend la forme d'une indemnité globale annuelle allouée aux administrateurs ou à l'administrateur général. Il appartient au conseil d'administration de répartir l'indemnité entre ses membres, sous forme de jetons de présence. La répartition entre les administrateurs est fonction de l'assiduité aux séances du conseil. Les administrateurs peuvent obtenir en sus des jetons de présence, des rémunérations exceptionnelles pour les missions et mandats qui leurs sont confiés, le remboursement des frais de déplacement et des dépenses engagées dans l'intérêt de la société.¹ Les rémunérations exceptionnelles et les remboursements doivent faire l'objet d'un rapport spécial du commissaire aux comptes. La loi prévoit pour le président du conseil d'administration ou le président directeur général des avantages en nature,² par exemple : logement et transport personnel. Indépendamment, les administrateurs perçoivent une rémunération en tant que salariés s'ils sont liés par un contrat de travail avec la société.

Tout d'abord, la loi dispose à l'article 457 que les administrateurs ayant la qualité d'actionnaires prennent part à la délibération qui fixe le montant global de l'indemnité. Cette solution peut être source d'abus de la part des majoritaires. La jurisprudence française a décidé qu'il y a abus de majorité lorsqu'un associé majoritaire impose ses décisions à la minorité, notamment en la forçant à consentir des rémunérations exagérées aux dirigeants de la société et à réduire ainsi d'une façon excessive le montant des bénéfices par rapport à l'activité sociale et au chiffre d'affaires.³ Le dirigeant peut de plus être poursuivi pour délit d'abus de bien sociaux, cette solution vaut pour toutes les formes de société. Ainsi, dans une SARL, ce fut le cas de gérants qui mettaient à profit leur situation très fortement majoritaire dans la répartition du capital social pour faire prendre

¹ Articles 457, 458.

² Article 495.

³ Grenoble, 6 mai 1964, D. 1964. 783, note DALSACE.

par l'assemblée une délibération leur attribuant des appointements excessifs eu égard aux ressources et à la situation financière de la société et qui perçoivent ensuite ces appointements.¹ Dans l'espèce, les résultats de la société affichaient des pertes de 419 161 francs, alors que les gérants, en plus de leur salaire mensuel, bénéficiaient d'avantages en nature excessifs (véhicule de fonction et prise en charge des notes de restaurant), ce qui entraînait la faillite de la société. En droit positif, les associés gérants ne prennent pas part à la décision de l'assemblée, seulement dans les sociétés à risque illimité. La loi ne prévoit pas les mêmes dispositions pour les autres sociétés.

Ensuite, quelle est la portée d'une décision du dirigeant qui fixerait lui-même sa rémunération sans passer par l'autorité compétente, assemblée ou conseil d'administration ? Le dirigeant s'expose-t-il à des sanctions ? La société est-elle redevable de la rémunération ? La jurisprudence se réfère toujours à la proportion des rémunérations octroyées par rapport à la situation de la société et au travail fourni. Sur le plan pénal, le président qui fixe la rémunération lui-même, s'expose aux peines du délit d'abus de biens sociaux si les rémunérations sont excessives par rapport aux ressources et à la situation de la société et sans proportion au travail fourni.²

Sur le plan civil, la cour de cassation française a prononcé dans un arrêt du 15 décembre 1987, que le conseil d'administration d'une société anonyme a une compétence exclusive pour déterminer la rémunération du président, mais n'a pas le pouvoir de ratifier la décision du président qui, sans obtenir préalablement une décision du conseil, s'est alloué une rémunération supplémentaire. Ainsi, la rémunération indûment perçue doit être restituée à la société dès que cette rémunération n'avait pas été déterminée par le conseil.³

B. Le contrôle spécial des conventions réglementées

La loi élargit le pouvoir de contrôle des associés vers des actes qui devront relever de la compétence de l'organe de gestion. Les dirigeants ou les associés peuvent abuser de leur qualité pour conclure avec la société des conventions désavantageuses pour celle-ci.

¹ Crim. 15 oct. 1998, Rev. sociétés 1999. 184, note BOULOC.

² Paul DIDIER, *Op. cit.* p. 294, 295.

³ Com, 15 décembre 1987, n°86-13.479, Bull. civ. IV, n° 280.

Dans ces conditions, l'impartialité des contractants est de mise. Ainsi, l'autorisation des associés est nécessaire pour garantir l'intérêt de la société. Les procédures relatives à ces conventions sont conçues comme les mesures préventives les plus sérieuses, visant à s'assurer de la loyauté des dirigeants.¹

1. Le domaine des conventions réglementées

Le contrôle des conventions réglementées est prévu uniquement dans les SARL et les SA. Dans les autres sociétés, les conventions désavantageuses sont sanctionnées par les moyens de droit commun : notamment le détournement et l'abus de confiance sur le plan pénal, et la condamnation à des dommages et intérêts sur le plan civil.

Sont concernés les gérants et les associés de SARL ; dans les SA, les administrateurs, directeurs généraux ou directeurs généraux adjoints, les actionnaires ne figurent pas dans la liste de l'article 464.² L'exclusion des actionnaires de la procédure des conventions réglementées se comprend par l'origine de l'institution dans les SA. Une loi française du 23 mai 1863 interdisait aux administrateurs de prendre ou de conserver un intérêt direct ou indirect dans une opération quelconque faite avec la société et pour son compte, sauf autorisation de l'assemblée générale.³ La procédure des conventions réglementées concernait donc les contrats intervenant entre un administrateur et la société administrée, à prévenir d'éventuels conflits d'intérêts entre un membre de l'organe de direction et la société. L'idée était que les administrateurs n'ont pas à choisir entre l'intérêt de la société qu'ils dirigent et leur intérêt personnel. Ainsi, la qualité d'actionnaire n'est pas importante, contrairement aux pouvoirs conférés par les fonctions de dirigeants.

La convention peut être conclue directement ou par personne interposée, il suffit que l'intéressé ait des intérêts à la conclusion du contrat. Il en est ainsi des conventions conclues avec la société et une entreprise individuelle du gérant ou de l'associé, une

¹ Paul DIDIER, *Op. cit.* p. 268.

² En droit français, selon la loi du 15 mai 2001, les actionnaires principaux détenant une fraction des droits de vote supérieure à 5% sont soumis à la procédure des conventions réglementées dans le but d'assurer la transparence des relations de la société avec les principaux actionnaires.

³ Paul DIDIER, *Op. cit.* p ; 271.

société dont l'associé ou le gérant est associé responsable indéfiniment ou dirigeant.¹ Bref, l'objectif est surveiller les opérations effectuées par ces personnes pour leur compte personnel, ainsi que les opérations menées par des sociétés possédant des associés ou des dirigeants en commun.

Toutes les conventions conclues par les membres de la société avec elle ne sont pas soumises au contrôle des associés. D'une part, il existe des conventions qui sont purement interdites. D'autre part, les opérations normales conclues à des conditions courantes ne sont soumises à aucune procédure particulière.

Les conventions interdites sont celles qui ont pour objet de faire consentir des emprunts ou des découverts en compte courant par la société ou de l'engager en tant que caution ou aval. Elles sont sanctionnées par la nullité.² La loi vise les associés et dirigeants personnes physiques, ainsi que leurs conjoints, ascendants et descendants. Ainsi, les conventions conclues par des personnes morales sont valables. La justification de cette règle est de permettre aux sociétés d'un même groupe de s'entraider financièrement. Il faut cependant que l'intérêt de la société soit respecté, à défaut, les auteurs s'exposent aux sanctions de l'abus de biens sociaux. La jurisprudence³ fait référence à l'intérêt du groupe pour justifier de telles opérations. Le concours financier apporté à une autre société dans laquelle les dirigeants sont intéressés directement ou indirectement, doit être imposé par l'intérêt commun. Cet intérêt est apprécié au regard de la stratégie d'ensemble du groupe. Le concours ne doit pas être dépourvu de contrepartie ou entraîner une rupture d'égalité entre les sociétés engagées. Enfin, le concours financier ne doit pas excéder les possibilités financières des sociétés qui en supportent les charges. Mais en outre, la réalité du groupe doit être établie pour échapper à l'incrimination pénale, par des liens financiers notamment, justifiant l'existence d'intérêts communs.

Les conventions normalement interdites sont également valables pour la société qui exploite un établissement bancaire ou financier. Dans ce cas, les conventions doivent relever des opérations courantes et conclues à des conditions normales ou des

¹ Articles 372, 464.

² Articles 378, 480.

³ Crim. 4 février 1985, Rev. sociétés 1985. 648, note BOULOC.

conventions réglementées. La nullité qui frappe les conventions interdites est la nullité absolue, donc insusceptible de confirmation.¹

Les conventions courantes conclues à des conditions normales sont entièrement permises sans aucun contrôle particulier des associés. La loi exige deux conditions, l'opération doit relever de l'activité habituelle de la société, elle doit être conclue dans les conditions appliquées normalement pour les opérations similaires réalisées avec les autres contractants de la société et par les autres sociétés du même secteur. Les conditions normales font particulièrement allusion aux contreparties des conventions et aux modalités d'exécution des prestations. Il faut que le bénéficiaire de la convention n'en retire pas un avantage, compte tenu des conditions en usage. Les conventions courantes sont totalement libres en ce sens qu'aucune communication n'est prévue à l'intention des associés ou du conseil d'administration.

2. Le contrôle des conventions réglementées

~~La procédure~~

La procédure de contrôle est différente dans les SARL et dans les SA. Pour les premières, bien que la loi parle parfois d'autorisation de l'assemblée générale, il s'agit d'un contrôle a posteriori.² Si la société est contrôlée par un commissaire aux comptes, le gérant doit avertir celui-ci de l'existence d'une convention réglementée dans le délai d'un mois compter de la conclusion. Le commissaire aux comptes dresse un rapport spécial sur les conventions. Le rapport spécial doit contenir les éléments nécessaires à l'information des associés sur les parties et les conditions des conventions.³ En l'absence de

¹ Paul DIDIER, *Op. cit.* p. 276, 277.

² Article 374 : « L'autorisation de l'assemblée ordinaire n'est pas nécessaire lorsque les conventions portent sur des opérations courantes conclues à des conditions normales. »

³ Article 375 : « Le rapport du gérant ou, s'il en existe un, du commissaire aux comptes contient :

1° l'énumération des conventions soumises à l'approbation de l'assemblée ;

2° l'identification des parties à la convention et le nom des gérants ou associés intéressés ;

3° la nature et l'objet des conventions ;

4° les modalités essentielles de ces conventions, notamment l'indication des prix ou tarifs pratiqués, des ristournes et commissions consenties, des délais de paiement accordés, des intérêts stipulés, des sûretés

commissaire aux comptes, le rapport spécial est rédigé par le gérant, peut être celui qui est intéressé à la convention. Le rapport spécial est joint aux documents d'information préalable à l'assemblée. Il est soumis à l'approbation de l'assemblée générale ordinaire, l'associé partie à la convention ne participant pas au vote. Le vote sur le rapport spécial est séparé du vote sur le rapport général concernant l'approbation des comptes sociaux.

Dans les SA, en principe, c'est un contrôle a priori du conseil d'administration. Le contrôle s'effectue à trois niveaux : autorisation du conseil d'administration, rapport spécial du commissaire aux comptes et approbation de l'assemblée générale. L'administrateur ou le dirigeant intéressé doit informer le conseil dès qu'il a connaissance d'une convention soumise à autorisation, la loi ne prévoyant aucun délai maximum. Le conseil statue sur les conventions, selon les statuts, il peut s'agir d'une autorisation ou d'une ratification. En tout état de cause, le dirigeant intéressé ne prend pas part à la délibération du conseil. L'autorisation du conseil d'administration n'est pas instituée pour alourdir les formalités de conclusion des conventions réglementées, mais pour la raison que le conseil est l'organe le mieux placé pour connaître les avantages et les désavantages du contrat.¹

L'information du commissaire aux comptes doit être effectuée dans le délai d'un mois à compter de la conclusion des conventions. Seules les conventions autorisées sont portées à la connaissance du commissaire aux comptes.² Ainsi, l'hypothèse de l'approbation par l'assemblée de conventions qui auraient été rejetées par le conseil est écartée par la loi. Seulement, dans la mesure où tout actionnaire a le droit de proposer l'inscription de projet de résolution à l'ordre du jour, l'assemblée peut statuer sur de telles conventions. Sauf à considérer que le rapport du commissaire ne contient pas des observations sur les conventions rejetées par le conseil.

conférées et, le cas échéant, toutes autres indications permettant aux associés d'apprécier l'intérêt qui s'attachait à la conclusion des conventions analysées ;

5° l'importance des fournitures livrées ou des prestations de services fournies ainsi que le montant des sommes versées ou reçues au cours de l'exercice en exécution des conventions conclues au cours d'exercices antérieurs et dont l'exécution s'est poursuivie au cours du dernier exercice. »

¹ C. BERR, *Op. cit.* n° 265, p. 170.

² Article 466 alinéa 2.

On signalera que le contrôle de l'assemblée sur les conventions réglementées n'est pas un contrôle effectif car l'assemblée statue sur le rapport spécial du gérant ou du commissaire aux comptes et non directement sur les conventions. La procédure d'autorisation dans les SA présente sur ce plan de réels avantages que pour la simple approbation de l'assemblée de SARL, les membres du conseil d'administration sont censés être plus proches de la gestion et ainsi à même d'apprécier les conventions passées par les dirigeants avec la société. En outre, le contrôle a priori de l'assemblée générale ne permet pas de prévenir les risques de préjudice qui résulteraient de ces conventions. Or, le contrôle de l'assemblée ne peut être imposé avant la conclusion du contrat car cela porterait atteinte à la rapidité des transactions. On ne saurait réunir l'assemblée pour approuver des opérations de gestion pouvant intervenir à n'importe quel moment de la vie sociale alors que l'assemblée ordinaire ne se réunit qu'une fois l'an ou à chaque fin d'exercice, étant donné d'ailleurs les contraintes liées aux procédures de convocation, de communication des documents et les frais engagés. Finalement donc, l'approbation des conventions réglementées n'est qu'un simple rite à côté de celui de l'approbation générale de la gestion. Le contrôle est exercé effectivement par les dirigeants eux-mêmes et par le commissaire aux comptes s'il y en a. Les associés doivent s'en remettre totalement à la loyauté des dirigeants et à l'efficacité du commissaire aux comptes depuis la révélation des conventions réglementées ou interdites jusqu'à l'appréciation de celles-ci.

~~Les sanctions~~

Les conventions devant être soumises à une procédure particulière ont été conclues à l'insu de cette procédure, la société est-elle tenue, quelles sont les sanctions encourues par l'associé ou le dirigeant intéressé ? De prime abord, les conventions visées sont conclues avant d'être soumises à l'approbation de l'assemblée ou à la ratification du conseil d'administration si les statuts ont prévu cette possibilité. Ainsi, la question des sanctions se pose donc en constance. Trois cas de figure peuvent se présenter : les conventions n'ont pas été soumises à l'approbation ou à l'autorisation requise, l'autorité

compétente rejette les conventions, l'approbation a été donnée irrégulièrement,¹ par exemple, l'associé intéressé à la convention a participé au vote.

La loi ne parle que des conventions désapprouvées par l'assemblée. Ces conventions produisent leurs effets à l'égard des contractants et des tiers.² La société demeure donc engagée en tout état de cause, mais les conséquences dommageables pour la société peuvent être mises à la charge des associés ou dirigeants intéressés. La responsabilité peut être étendue aux membres du conseil d'administration ayant approuvé les conventions. L'action en responsabilité se prescrit dans le délai de trois ans à compter de la conclusion de la convention ou de sa révélation.

Dans la société anonyme, les organes sociaux ou les actionnaires agissant à titre individuel, peuvent invoquer la nullité des conventions non autorisées par le conseil d'administration. Les conventions doivent causer un préjudice pour la société. La nullité est susceptible de confirmation par un vote de l'assemblée générale ordinaire si la procédure d'autorisation n'a pu être suivie. Les raisons du manquement à la procédure sont exposées dans un rapport spécial du commissaire aux comptes.

Dans les SARL, la nullité ne peut être invoquée pour défaut d'approbation ou approbation irrégulière. Permettre aux associés d'annuler des actes passés par les organes de gestion serait placer la société dans un régime de confusion des pouvoirs.³ La différence de traitement entre les actionnaires et les associés tient à ce que dans les SA, la procédure outrepassée est une autorisation a priori du conseil et non un acte postérieur. Mais quoi qu'il en soit, il n'appartient ni aux associés, ni aux actionnaires d'annuler les conventions, ils doivent s'en remettre aux juges.

En outre, cela n'empêche pas la possibilité dans une SARL de se prévaloir d'autres causes de nullité relative à la délibération de l'assemblée ou à la convention. Ainsi, selon un arrêt de la Cour de cassation française, le gérant d'une SARL est fondé à demander la nullité de conventions conclues par l'ancien dirigeant avec une autre société, pour abus

¹ Com. 28 juin 1988, Bull. civ. IV, n° 226.

² Articles 377, 470.

³ C. BERR, *Op. cit.* n°604 ; p. 352.

de majorité.¹ Cet arrêt comporte un double intérêt, d'une part, la protection de l'intérêt social justifie l'annulation d'une convention non approuvée. D'autre part, le gérant, à défaut d'avoir été minoritaire, peut agir dans l'intérêt social, au nom de la société, en vertu de ses pouvoirs légaux. Si le gérant avait été admis à exercer une telle action, rien n'empêche d'étendre cette possibilité aux associés. De même, la solution de la loi ne fait pas obstacle à la poursuite de la nullité pour illicéité de la cause d'un contrat conclu par la société.²

Section II. Le contrôle en temps de crise

Le contrôle des associés est opportun en toute situation et surtout lorsque leurs intérêts et ceux de la société sont en péril. De plus, le contrat de société est un contrat aléatoire, le succès de l'entreprise est assujéti au potentiel de tous les membres à maîtriser et à surmonter les difficultés. Le péril ou l'atteinte aux intérêts présents dans la société peuvent résulter des conflits au sein d'un même organe. Ainsi, les distorsions entre les associés majoritaires et minoritaires empêchent la prise d'une délibération dont dépend le fonctionnement normal de l'organe de gestion. Ce même problème peut surgir de l'altération des relations entre les organes sociaux,³ se produisant suite à la méconnaissance de la loi ou des statuts, ou de controverses sur l'opportunité de tel ou tel agissement par rapport à l'intérêt social.

Il faut reconnaître que les conflits sont omniprésents au sein de la société. Il existe des conflits d'idées, variant de la simple différence de caractère à l'antagonisme inconciliable ; et des conflits d'intérêts, justifiant les échanges et la coopération ou profitant des pouvoirs et des ressources mobilisées. Ces conflits sont mis à profit par la société sans que les associés et les dirigeants s'en rendent compte, de même que toutes personnes ayant des relations et des intérêts avec la société. Au sein de l'assemblée

¹ Com. 21 janvier 1997, N°94-18.883, Publié au bulletin.

² « Attendu qu'en statuant ainsi alors que ce texte [l'article 50, al. 4 de la loi du 24 juillet 1966, devenu l'art. L. 223-19, al. 4 du Code de commerce] ne concerne que les conséquences du défaut d'approbation par l'assemblée des associés des conventions intervenues entre la société et un de ses gérants ou associés et ne fait pas obstacle à la poursuite de la nullité pour illicéité de la cause d'un contrat conclu par la société, la cour d'appel a violé, par fausse application, le texte susvisé. », Com. 22 mai 2001, Dr. sociétés 2001, no 130, note F.-X. Lucas.

³ C. BERR, *Op. cit.* n° 584, p. 340.

générale, les oppositions entre majoritaires et minoritaires au cours des débats renforcent le caractère démocratique de l'assemblée et contribuent à donner l'autorité des délibérations. La concurrence entre les dirigeants ou les salariés permet d'accroître la productivité de l'entreprise. Cela traduit bien l'idée selon laquelle « les affaires sont un mélange de guerre et de sport. »¹

Un tel cynisme est bénéfique pour la société dans la mesure où il ne dépasse pas une certaine limite. Chacun doit assurer sa fonction et ne pas entraver celle des autres, les pouvoirs ne peuvent être détournés de leurs finalités légitimes. A défaut, la société entre en temps de crise : paralysie du fonctionnement de la société, résultats déficitaires, détournement des biens de la société, désavantage de certains associés par rapport à d'autres, exclusion injustifiée d'un associé, atteinte à l'intérêt de la société...

Les moyens de contrôle des associés peuvent être catégorisés selon une approche fonctionnelle, remède aux tensions excessives et dangereuses ou sanction aux agissements répréhensibles.

A. Le contrôle remède

La mise en œuvre et les conséquences de l'action des associés varient en fonction de l'ampleur de la crise vécue par la société. Le premier mécanisme entre dans le cadre de la prévention des difficultés de l'entreprise. Les associés peuvent poser à la gérance ou à l'administration des questions sur tout fait de nature à compromettre la continuité de l'exploitation. C'est à la fois un moyen d'information de l'associé et, un moyen de combler la carence éventuelle des dirigeants dans le but de sauver l'entreprise pendant qu'il en est encore temps. Le droit de déclencher l'alerte reste toutefois limité car l'associé, contrairement au commissaire aux comptes, ne dispose d'aucune action propre à défaut de réponse de la part du dirigeant. Il doit s'en remettre à la diligence du commissaire aux comptes ou entreprendre indépendamment d'autres actions.²

Nous avons vu aussi le droit des minoritaires de solliciter la nomination en justice d'un ou de plusieurs experts chargés de dresser un rapport sur une ou plusieurs opérations de

¹ André MAUROIS.

² Cf. *supra*.

gestion. Le principal intérêt est également informationnel, et les associés doivent exercer d'autres actions en fonction du résultat de l'expertise. L'objectif de l'expertise de gestion est de mettre à nus les actes préjudiciables à la société, dissimulés par les dirigeants. Ainsi, l'expertise de gestion prépare la poursuite ultérieure des dirigeants. Mais elle peut aussi porter sur des opérations simplement projetées ou qui n'ont pas encore produits leurs effets. Seulement, l'existence d'une irrégularité ou d'une atteinte à l'intérêt social est ici présumée, on ne peut pas affirmer que la société est en temps de crise, ne serait-ce que de moindre importance. La recevabilité d'une demande d'expertise ne requière pas qu'un préjudice ou une irrégularité soient prouvés, mais au contraire l'action vise à établir l'existence de cette preuve.¹ L'alerte et l'expertise conviennent donc au moment où la société risque de subir un dysfonctionnement de la société.

Lorsque la carence des organes sociaux est réelle, les associés auront à intervenir à leur place. En vertu de leurs fonctions, il appartient d'abord aux dirigeants de régler les problèmes subis par la société. Si la solution dépasse leurs pouvoirs, ils doivent la soumettre à l'assemblée des associés. La convocation des associés est plus un devoir qu'une faculté de l'organe de gestion. Les associés seuls sont compétents pour décider les actes qui excèdent le pouvoir des dirigeants. Il en est de l'approbation des comptes annuels. De même lorsque du fait des pertes constatées, les capitaux propres deviennent inférieurs à la moitié du capital, il appartient aux associés de décider s'il y a lieu ou non de prononcer la dissolution anticipée de la société. Mais il arrive que les dirigeants manquent à leur obligation de convocation, par exemple, craignant que l'assemblée ne désapprouve leur gestion.

Si l'assemblée générale n'arrive pas à décider, compte tenu de dissentiments graves entre les associés, l'implication du juge est la seule solution. Le recours au juge, dans ce cas tendra vers la désignation d'un administrateur provisoire chargé de dénouer la crise. Il convient donc de voir successivement la réunion de l'assemblée générale par les associés et la désignation d'un administrateur provisoire.

1. La réunion de l'assemblée générale

¹ Cf. *supra*.

La réunion de l'assemblée générale peut être exigée par les associés ou effectuée par un mandataire de justice désigné à cet effet à la demande de certains associés.

Dans les sociétés à responsabilité illimitée, l'assemblée générale doit se réunir si l'un des associés en fait la demande. Le droit de requérir la réunion de l'assemblée générale est ici attaché à la responsabilité de l'associé mais dans cette catégorie de société, il se peut que tous les associés soient gérants. Dans les SARL, les associés peuvent exiger la réunion d'une assemblée s'ils détiennent la moitié des parts sociales, ou le quart en nombre des associés et le quart des parts sociales.¹ La convocation est réalisée par les gérants dans ces deux cas, selon l'ordre du jour défini par les demandeurs.

Par ailleurs, les associés de la SARL peuvent demander en justice la nomination d'un mandataire de justice chargé de convoquer l'assemblée générale. Les actionnaires de SA, peuvent effectuer cette demande à condition de justifier un cas d'urgence ou de représenter au moins le dixième du capital social.²

La loi ne pose aucune autre condition quant aux résolutions susceptibles de faire l'objet d'une réunion de l'assemblée générale à la demande des associés. Elle dispose toutefois que l'ordre du jour est défini par celui qui a demandé la réunion de l'assemblée. Si la convocation est faite par un mandataire de justice, l'ordre du jour est fixé par le président du tribunal qui a désigné le mandataire.

Les associés ont également le droit de demander la réunion de l'assemblée générale dans la phase de liquidation de la société. D'abord, dans les six mois de sa nomination, le liquidateur doit convoquer l'assemblée des associés à laquelle il présente le rapport sur la situation active et passive de la société et sur l'exécution de sa mission. Tout intéressé peut demander la désignation en justice d'un mandataire chargé de convoquer l'assemblée générale.

Ensuite, le liquidateur convoque les associés, à la fin de la liquidation pour statuer sur les comptes définitifs, sur le quitus de la gestion du liquidateur et la décharge de son mandat et pour constater la clôture de la liquidation. Si le liquidateur ne procède pas à la

¹ Article 357.

² Article 534.

convocation, tout associé peut demander au président du tribunal de commerce compétent statuant sur requête la désignation d'un mandataire chargé de procéder à la convocation.

Mais, la réunion de l'assemblée générale peut ne pas être la solution appropriée dans certaines circonstances. La réunion de l'assemblée afin de prononcer la dissolution anticipée de la société convient rarement aux attentes des associés. Il arrive aussi que les associés soient dans une mésintelligence grave, empêchant ainsi toute prise de décision. L'urgence de la situation peut être telle que la réunion d'une assemblée générale afin de remplacer les dirigeants en place nécessite plus de temps que la protection des intérêts sociaux requière. Ainsi, les associés trouveront satisfaction en recourant au juge pour désigner un mandataire de justice chargé de dénouer la crise.

2. La désignation d'un administrateur provisoire

La désignation d'un administrateur provisoire pour résoudre une crise au sein de la société est une création purement jurisprudentielle qui s'est développée en dehors de la loi. Elle est prise sur l'initiative des associés, mais mise en œuvre par le juge qui s'immisce ainsi dans les affaires sociales. L'enjeu d'une telle pratique réclame qu'elle doit obéir à des conditions strictes, il ne faut pas permettre au juge, et aux associés de déroger à chaque fois aux règles de fonctionnement normal de la société. En effet, l'administrateur provisoire, selon l'étendue de la mission confiée par le juge, remplacera temporairement les dirigeants en fonction ou exercera aux côtés de ceux-ci. Or, la désignation ou le remplacement des dirigeants est de la compétence de l'assemblée. Ainsi, quoique le recours à l'administrateur provisoire soit une mesure salutaire, il doit conserver un caractère exceptionnel, sa portée doit être limitée.

~~La désignation d'un administrateur provisoire, une mesure exceptionnelle~~

Le juge décide de nommer un administrateur provisoire lorsqu'une crise grave menace la survie de la société. Les conditions posées par la jurisprudence sont d'une part, la paralysie du fonctionnement régulier des organes sociaux et, d'autre part, l'imminence d'un péril certain pour les intérêts sociaux, une urgence de la mesure sollicitée. Ces deux conditions sont exigées cumulativement.

La paralysie du fonctionnement régulier des organes sociaux peut avoir pour cause, le fonctionnement défectueux de ces organes ou l'absence de ceux-ci. C'est le cas lorsqu'une mésentente entre les associés empêche la désignation de nouveaux dirigeants suite à la démission ou à la révocation des anciens. La nomination d'un administrateur provisoire est justifiée dès lors que la mésentente existant entre les associés rendait anormal le fonctionnement de la société et que l'annulation, prévisible à brève échéance, de la désignation des dirigeants sociaux entraînerait de très graves conséquences pour la société.¹ Il en est de même lorsque la société apparaît aux tiers comme possédant deux conseils d'administration.² Le dysfonctionnement de la société doit être de nature à compromettre l'intérêt de la société.³

L'exigence d'un péril imminent justifie la compétence du juge des référés pour décider s'il y a lieu ou non de nommer un administrateur provisoire. Le juge des référés est compétent pour statuer, toutes les fois qu'il y a urgence, lorsque le fonctionnement normal de la société n'est plus assuré, que celle-ci est menacée de ruine ou que sa gestion est manifestement empêchée.⁴ Ainsi, la désignation d'un administrateur provisoire est une mesure préventive ayant pour but de sauvegarder l'existence de la société.

Depuis l'arrêt Fruehauf de la cour d'appel de Paris, du 22 mai 1965, la jurisprudence admet parfois que la préservation de l'intérêt social peut être retenue indépendamment de l'existence d'une paralysie du fonctionnement normal de la société.⁵ En l'espèce, les associés minoritaires de la société Fruehauf avaient obtenu la nomination d'un administrateur provisoire alors que le conseil d'administration fonctionnait régulièrement. La société Fruehauf-France devait livrer des remorques vers la République populaire de Chine. La société américaine Fruehauf International, détenant les deux tiers des actions de Fruehauf-France, ayant appris la destination des matériels, a donné un ordre formel à

¹ Com. 17 janvier 1989, N°87-10.966, Publié au bulletin.

² Com. 5 novembre 1971, *Les grands arrêts de la jurisprudence commerciale*, Op. cit. n° 54, p.217 et s. note BOULOC.

³ Civ. 21 novembre 2000, N°99-11.984, Inédit.

⁴ Paris, 27 février 1980, Rev. sociétés 1981. 109, note Bousquet.

⁵ Paris, 22 mai 1965, *Les grands arrêts de la jurisprudence commerciale*, Op. cit. n° 54, p.217 et s. note BOULOC.

sa filiale d'annuler le contrat, considéré contraire aux intérêts des Etats-Unis d'Amérique. Le juge, saisi par les actionnaires français, détenant le tiers des actions, fit droit à la demande de désignation d'un administrateur provisoire en vue d'exécuter les commandes vers la Chine. Le juge s'inspirait de critères essentiellement économiques pour accorder la demande. Ainsi, il effectuait une véritable appréciation de l'intérêt social et de l'opportunité de la décision des majoritaires. Les incidences de la rupture du contrat seraient de nature à ruiner l'équilibre financier et le crédit moral de la société Fruehauf-France et à provoquer le licenciement de plus de six cent ouvriers. En effet, les relations avec le contractant représentaient 40% du marché de la société Fruehauf-France. La résiliation du contrat mettait l'acheteur en droit de demander des dommages intérêts considérables.

Le danger d'une telle décision est de permettre au juge une immixtion dans les affaires de la société en faussant le fonctionnement normal de la société, car le juge allait à l'encontre de la loi de la majorité. Cette immixtion avait pour effet, selon les actionnaires majoritaires, « d'imposer à la majorité des actionnaires et aux administrateurs les vues de la minorité. » Mais le juge, justifiait sa décision après avoir distingué les intérêts de la société des intérêts des majoritaires. En préservant les intérêts supérieurs de la société, définis ici comme la poursuite de l'activité économique de la société, il protégeait ainsi les intérêts de tous les actionnaires.

Les missions de l'administrateur provisoire

La mission de l'administrateur provisoire est en principe définie par la décision le désignant. Elle se mesure à l'importance de la crise à dénouer, ainsi l'administrateur provisoire accomplit les actes nécessaires et urgents pour le fonctionnement normal de la société. L'administrateur peut se substituer temporairement aux organes défectueux ou exercer aux côtés de ceux-ci pour effectuer une mission particulière. Ainsi, lorsque la mission confiée à l'administrateur provisoire se limite à vérifier les comptes et à convoquer une assemblée générale extraordinaire, elle n'entraîne pas le dessaisissement des dirigeants sociaux.¹

¹ Paris, 14 juin 1994, Bull. Joly 1994. 1228.

Dans l'arrêt Fruehauf, pour préserver les intérêts de la société, l'administrateur se voit confier un mandat général, empêchant ainsi de lui donner des directives précises. L'administrateur peut faire tout acte qu'il juge opportun pour mener à bien sa mission. Ainsi, lorsque, par son comportement agressif et des incidents multiples, un des associés entrave gravement, et dans des conditions risquant de compromettre la bonne marche des affaires de la société, l'accomplissement de la mission de l'administrateur provisoire, ce dernier est fondé, vu l'urgence, à saisir la juridiction des référés pour interdire à cet associé de pénétrer dans l'établissement, mesure rendue indispensable pour la sauvegarde des intérêts et des droits respectifs des associés.¹

En tout état de cause, il appartient au juge de définir la mission et les pouvoirs de l'administrateur provisoire et non aux demandeurs.

B. Le contrôle sanction

Les associés ont aussi le pouvoir de sanctionner la conduite des affaires sociales lorsque le climat social ou économique de la société n'est plus celui que recommande la préservation de tous les intérêts dignes de considérations au sein de la société. L'application de sanctions va de soi lorsque la société, ou les associés subissent un mal. Mais l'existence même d'une sanction peut être considérée comme jouant un rôle de prévention par la menace. Ainsi, la menace de révocation ou de poursuites conduit les organes de gestion à gérer la société conformément aux intérêts des associés et non aux leurs propres. La menace d'annulation évite les irrégularités des actes et délibérations pris au sein de la société.

Les décisions, prises par les associés et les dirigeants doivent s'inscrire dans le cadre de l'intérêt social, elles doivent en outre respecter les dispositions légales et réglementaires.² Les sanctions relatives à l'irrégularité sont principalement la nullité des actes sociaux prévue par les articles 258 et suivants de la loi du 30 janvier 2004. Quant aux sanctions visant la protection de l'intérêt social, il s'agit de l'appréciation de l'opportunité des délibérations prises par l'assemblée. Le problème se pose lorsque le

¹ Com. 23 juillet 1968, Bull. civ. IV, n°250.

² M. COZIAN, A. VIANDIER, F. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, 17^{ème} édition, Litec 2004, n°384, p. 183.

rapport entre majorité et minorité guide la prise de décision. La majorité ayant le pouvoir d'apprécier l'intérêt social et de fixer les stratégies pour l'atteindre, la minorité joue le rôle de contrepouvoir pour veiller également sur l'intérêt social mais aussi sur ses intérêts pouvant être ignorés par la majorité. Des conflits peuvent naître entre les associés sous couvert de l'intérêt social. D'où l'idée de l'abus de majorité et celle d'abus de minorité définies par les articles 115 et suivants de la loi.

La protection de l'intérêt social conduit aussi à sanctionner les abus commis par les dirigeants sur le plan civil et sur le plan pénal. Sur le plan civil, les dirigeants engagent leur responsabilité pour les fautes commises dans leur fonction. La responsabilité civile du dirigeant peut être engagée vis-à-vis de l'associé qui subit un préjudice distinct du préjudice subi par la société. Ainsi, l'associé agira individuellement. Lorsque l'associé agira en réparation d'un préjudice subi par la société, il exercera cette action subsidiairement à l'organe social compétent. Ce sera le dirigeant en place, en tant que représentant légal de la société, qui agira contre l'ancien dirigeant. C'est l'action sociale ut universi. Mais le fait que l'action sociale ut universi est rarement exercée dans la pratique commande l'intervention d'un ou de plusieurs associés. Dans ce cas, le ou les associés exerceront l'action sociale ut singuli pour le compte de la société.

Nous verrons principalement la sanction des irrégularités et la sanction des abus entre les associés, les abus du droit de vote.

3. La sanction des irrégularités

La loi prévoit la nullité de la société et des actes sociaux. Elle englobe dans le terme générique employé d'actes sociaux, les actes, décisions et délibérations. S'agissant des actes, il y a lieu de prendre en compte les manifestations de volonté des organes sociaux destinées à produire des effets de droit, c'est le cas des actes pris par les représentants légaux de la société. Les décisions et les délibérations concernent les décisions émanant des organes de délibérations notamment la collectivité des associés, qu'elles soient prises

en assemblée, par consultation écrite ou par un acte distinct. Mais les délibérations émises par le conseil d'administration entre également dans ce domaine.¹

La loi fait ensuite la distinction entre les actes et délibérations modifiant les statuts et ceux ne modifiant pas les statuts. Pour les premiers, d'après l'article 258, la nullité ne peut résulter que d'une disposition expresse du « présent texte », c'est-à-dire de la loi sur les sociétés commerciales, ou des textes régissant la nullité des contrats en général et du contrat de société en particulier. Il s'agit par exemple de la régularité de la convocation,² de la présentation d'un rapport du commissaire aux comptes certifiant les modalités de la transformation de la société,³ de la prohibition des clause léonines.⁴ Les causes de nullité du droit commun concernent les vices de consentement, notamment le dol, l'illicéité de l'objet ou de la cause, voire même la violence.⁵

Pour les actes et délibérations ne modifiant pas les statuts, la nullité requière une disposition impérative de la loi sur les sociétés, des textes régissant les contrats ou les statuts de la société. Une disposition de la loi est impérative lorsque le législateur la qualifie expressément d'ordre public ou lorsqu'il prohibe ou considère toute clause contraire comme non écrite. Il en est ainsi de la perception par les dirigeants de SA, d'une rémunération autre que celles prévues aux articles 457, 456 et 495 de la loi.⁶

La nullité doit être demandée, elle n'intervient pas de plein droit. L'action en nullité obéit aux conditions de droit commun. La recevabilité de l'action en nullité tient à la qualité du demandeur et de son intérêt à agir. A défaut, l'action en nullité doit être rejetée par le juge. Par rapport à la qualité à agir, il convient de faire la distinction entre nullité absolue et nullité relative. Dans le cas d'une nullité absolue, l'action peut être

¹ Article 451 : « Les délibérations prises par un conseil d'administration irrégulièrement constitué sont nulles. Leur sort est réglé conformément aux dispositions des articles 258 et suivants. »

² Sur les SA : article 538.

³ Article 397.

⁴ Article 46 in fine de la loi du 30 janvier 2004.

⁵ M. COZIAN, A. VIANDIER, F. DEBOISSY, *Op. cit.*, n° 388, p. 164.

⁶ Article 456 : « Hors les sommes perçues dans le cadre d'un contrat de travail, les administrateurs ne peuvent recevoir, au titre de leurs fonctions, aucune autre rémunération, permanente ou non, que celles visées aux articles 457, 458 et 495.... Toute clause statutaire contraire est réputée non écrite. De même, toute décision contraire est nulle. » cf. *supra*.

intentée par toute personne intéressée, dont primordialement, l'associé. C'est le cas de l'action en nullité contre une convention interdite conclue entre la société et l'un de ses dirigeants ou associés.¹ Il suffit que la qualité d'associé soit établie. S'il s'agit d'une nullité relative, l'action est réservée aux personnes dont la loi a voulu protéger. Ainsi, les associés sont fondés à demander l'annulation d'une délibération dont la convocation a été irrégulière.² Qu'il s'agisse donc d'une nullité relative ou d'une nullité absolue, la qualité à agir des associés ne pose de problème que par rapport à la justification de leur qualité d'associé. Cela se fait par la production du titre social, mais les contestations sont possibles pour les titres au porteur.

La responsabilité civile des dirigeants peut être engagée sur la base de l'annulation des actes et délibérations. En outre lorsque la nullité ne peut être obtenue, l'action en responsabilité est permise par la loi. C'est le cas des conventions réglementées que nous avons vu ci-dessus.

L'action en nullité des actes et délibérations est encadrée dans une prescription de trois ans à compter du jour où la nullité est encourue. Cette solution est motivée par le souci de ne pas laisser les opérations sociales exposées trop longtemps au risque d'annulation. Ce qui constituerait une source d'insécurité des transactions.

4. Les sanctions des abus du droit de vote

L'une des innovations apportées par la loi du 30 janvier 2004 en matière de protection des associés est l'inclusion dans ses dispositions de la définition et de la répression de l'abus de majorité et de l'abus de minorité. Le premier sanctionne l'omnipotence des majoritaires alors que le second sanctionne les oppositions nuisibles des minoritaires.³ Les uns ou les autres agissant dans un but étranger à l'intérêt social.¹

¹ Cf. *supra*.

² Cf. *supra*.

³ L'opposition peut prendre la forme d'une abstention aux réunions de l'assemblée comme celle d'une opposition pure et simple à la résolution projetée. Pour que l'opposition des minoritaires puisse bloquer la résolution de l'assemblée, le vote doit requérir une majorité renforcée. Ce qui est souvent le cas lorsque l'assemblée délibère sur décision importante, voire même impérative pour la survie de la société, telle que

L'abus de majorité ou de minorité sont soumis à deux conditions. D'une part, le vote doit être contraire à l'intérêt de la société. D'autre part, il faut qu'il soit inspiré par l'unique dessein de la majorité ou de la minorité de favoriser ses intérêts au détriment des autres associés, minoritaires ou majoritaires.² Ainsi, commet un abus de majorité, le gérant majoritaire qui, abusant de ses prérogatives avait imposé la réduction de l'activité sociale à des relations commerciales limitées à deux sociétés auxquelles il était lié, cette situation n'avait été organisée que pour servir ses propres intérêts au détriment de ceux de son coassocié.³ Plus précisément, l'abus suppose deux conditions : la violation de l'intérêt social et la rupture d'égalité entre les associés.

L'abus de majorité et l'abus de minorité engagent la responsabilité des auteurs du vote à l'égard des autres associés⁴ et de la société. Dans le cas d'un abus de majorité, en outre, la décision abusive peut être annulée. En effet, le but de la sanction est à la fois de réparer le préjudice subi par les minoritaires et de revenir au statu quo ante. Quant à l'abus de minorité, la sanction ne peut constituer en une nullité. Une décision essentielle pour la société n'a pu être prise à cause de l'opposition injustifiée des minoritaires. La première sanction envisageable est la condamnation des minoritaires à des dommages-intérêts compte tenu des préjudices résultant de leur attitude. Cependant, une telle solution ne sera pas toujours appropriée. Si les minoritaires s'obstinent à garder leur opposition, la situation risque d'être fatale pour la société. Aucune décision ne pouvant être prise, s'il s'agit d'une décision sûrement indispensable, la paralysie de la société sera suivie de sa

l'augmentation du capital suite à l'accroissement du seuil imposé par la loi (Com. 9 mars 1993, Gaz. Pal. 1993. 2. 334, note Bonnard), la prorogation de la société ou la fusion de la société avec une autre.

¹L'intérêt social a été défini comme étant les intérêts de la collectivité des associés. D. SCHMIDT, *Les droits de la minorité dans la société anonyme*, Th. Paris, 1970, n°187 et s. p. 139. Ainsi Mr D. SCHMIDT relevait deux conditions de l'abus de majorité : un élément matériel constitué par une rupture d'égalité entre les associés et un élément intentionnel qui est le dessein de nuire à la minorité ou à la majorité et celle de s'avantager personnellement.

La doctrine éminente définit l'intérêt social comme étant «un impératif de conduite, une règle déontologique, voire morale, qui impose de respecter un intérêt supérieur à son intérêt personnel», M. COZIAN et A. VIANDIER, *Op. cit.* n° 466, p.175.

² Com. 18 avril 1961, *Les grands arrêts de la jurisprudence commerciale*, n° 67, p.285 et s. note Jean NOIREL ; articles 115 et 116.

³ Com. 18 mai 1982, N°80-12.209, Inédit titré.

⁴ Articles 115 et 116.

disparition. Le juge peut-il alors obliger les minoritaires à voter en faveur de la délibération soumise à l'assemblée ? Peut-il se substituer aux minoritaires pour se prononcer sur un vote favorable ou ordonner de suite l'exécution de la délibération ? La seconde option constitue ce qui est qualifié d'« arrêt valant vote ». Le juge validera et fera exécuter la résolution qui aurait été prise si les associés minoritaires avaient donné leur approbation. Dans l'un ou l'autre cas, le juge se rendra coupable d'immixtion dans les affaires internes de la société. Il ne pourra en aucun cas se substituer aux organes sociaux légalement compétents. Or, si la volonté du juge remplace celle des minoritaires, le juge se prononcera comme si c'était l'assemblée toute entière.

Il existe une issue intermédiaire qui obtient la faveur des opinions : le juge nomme un tiers qui votera à la place des minoritaires. La solution a été consacrée par la jurisprudence française à l'occasion de l'arrêt Flandin du 9 mars 1993¹. La société Alarme Service Electronique avait proposé à ses associés, par voie de consultation écrite l'augmentation du capital à 50 000 francs, pour se conformer aux dispositions de la loi du 1^{er} mars 1984 imposant ce nouveau seuil. Le sieur Flandin, un associé minoritaire, opposait son refus, faisant ainsi obstacle à l'augmentation nécessaire du capital. La cour d'appel de Pau, par un arrêt du 21 janvier 1991, sanctionne alors l'abus de minorité en décidant que son arrêt vaut « adoption de la résolution tendant à l'augmentation de capital demandée, laquelle n'avait pu être votée faute de majorité qualifiée ». Ce qui équivalait pour la cour de cassation substitution du juge aux organes légalement compétents de la société. La cour de cassation souligne dans son dernier attendu la possibilité offerte à la cour d'appel de désigner un mandataire pour représenter les minoritaires défaillants lors d'une nouvelle assemblée. Le mandataire votera, cette-fois, non à la place de l'assemblée générale comme l'aurait fait le juge en prononçant un arrêt valant vote, mais au nom et pour le compte des minoritaires récalcitrants. Le mandataire fera donc, du moins en principe, état des intérêts légitimes tant de la société que de tous les associés, minoritaires comme majoritaires. La différence avec l'arrêt valant vote (ou encore jugement valant acte) tient aussi à ce que le mandataire pourra tenir compte de l'évolution de la situation pouvant se produire entre le moment du refus du minoritaire et celui de la décision du juge.

¹ Com. 9 mars 1993, Gaz. Pal. 1993. 2. 334, note Bonnard.

CONCLUSION

TELS SONT ESSENTIELLEMENT les moyens de contrôle des associés sur la société. L'opinion courante et la loi, a priori, réduisent la notion de contrôle de la société à l'information des associés et au commissariat aux comptes. Cependant, le contrôle est aussi un pouvoir de tutelle, de correction et de sanction.

Certes, le contrôle n'est possible que si les associés sont informés sur les affaires sociales. Ainsi, la loi oblige à informer les associés en permanence et préalablement à la tenue de chaque assemblée générale. Le non respect du droit à l'information des associés peut entraîner l'injonction des dirigeants à fournir l'information convoitée, l'ajournement de l'assemblée générale ou la nullité d'une délibération. Les dirigeants engage en outre leur responsabilité tant sur le plan civil que sur le plan pénal. Ainsi, la présentation de comptes infidèles est un délit prévu et puni par les dispositions pénales de la loi du 30 janvier 2004.

L'information n'est encore qu'une demi-mesure si l'associé ne l'utilise pour exercer le contrôle. Cela n'est pourtant pas l'intention de tous les associés. Certains s'intéressent au sort que la majorité et les dirigeants font de la société, d'autres s'assimilent à des créanciers bailleurs de fonds ou épargnants.

La manifestation du contrôle relève de l'automatisme, lorsque le maintien de la confiance est jugé opportun par les associés. Les associés sont informés de la gestion des dirigeants par les comptes sociaux et le rapport de gestion. Ils approuvent les résultats et en décident de l'affectation. Mais...les comptes ne doivent pas (alors) être considérés comme une présentation objective de faits, mais seulement comme une description caricaturale des affaires de la société, ne s'adressant, en conséquence, qu'aux lecteurs les plus avertis. En réalité donc les associés n'approuvent qu'une photographie car ils ne sont pas en contact direct avec la gestion. De plus l'information des associés se heurte au secret des affaires, les informations délicates ne peuvent être divulguées au nom de l'intérêt social.

Pour que les associés soient garantis du fair-play des dirigeants à leur égard, un contrôle des comptes par un professionnel s'impose. Le contrôle des comptes est assuré par le commissaire aux comptes dont la situation est celle d'un arbitre devant être indépendant de la société à contrôler et ne pouvant s'immiscer dans la gestion. Les limites du contrôle des commissaires aux comptes tiennent à la définition de leur mission qui est de vérifier le respect des règles d'établissement et de présentation de la comptabilité. Autrement dit, c'est un contrôle formel et un contrôle global des comptes.

Par rapport à la gestion, si une ou plusieurs opérations semblent suspectes, la lumière sera faite par une expertise de gestion, ordonnée par le juge à la demande des associés. Cette prérogative est conditionnée par la détention d'une fraction significative de 20% du capital social. Ce seuil pénalise les associés véritablement minoritaires qui ne détiennent qu'une fraction infime du capital, contraints de se grouper. L'expertise doit se limiter à des opérations de gestions définies et ne peut porter sur l'ensemble des comptes sociaux. Si ce mécanisme est ainsi limité, ce n'est ni un moyen accessoire à d'autres actions ni un moyen d'information subsidiaire.

Contrôle du commissaire aux comptes et expertise de gestion vont de pair, le premier assure la fidélité et la sincérité des comptes présentés aux associés, le second éclaire la minorité sur la nature et la portée d'une ou plusieurs opérations de gestion. Seulement, l'expertise de gestion est une mesure exceptionnelle.

Les sanctions pénales et le contrôle des commissaires aux comptes sont insuffisants pour assurer un contrôle complet et efficace du gouvernement des sociétés. En effet, aucune disposition pénale ne pourra jamais sanctionner un report à nouveau de bénéfices ou la constitution de nouvelles réserves extraordinaires, alors que l'une et l'autre de ces mesures auront été prises par le groupe majoritaire dans un intérêt purement personnel. Et les rapports des CAC resteront lettre morte, s'il n'y a une minorité d'actionnaires pour en prendre connaissance et agir en conséquence. D'où l'intérêt de la répression de l'abus de majorité. L'entremise du juge est un impératif car l'opposition des minoritaires ne peut pas fausser la règle du fonctionnement normal de la société soumise à la loi de la majorité. L'abus de majorité est caractérisé par une délibération prise par l'assemblée contrairement à l'intérêt social et dans le but de favoriser les intérêts de la majorité au détriment de ceux des autres associés.

La balance doit être respectée pour éviter la tyrannie des faibles, l'abus de minorité doit être également sanctionné. Les mêmes conditions que pour l'abus de majorité sont requises sauf qu'aucune délibération n'a été prise. La répression de l'abus de majorité comme celle de l'abus de minorité risque d'instaurer un gouvernement du juge car ce dernier devra apprécier l'intérêt social. Or, l'intérêt social demeure une notion générique et malléable.

La protection de l'intérêt social par les associés fait apparaître deux autres moyens de contrôle : l'alerte déclenchée par les associés et la demande de désignation d'un administrateur provisoire. L'alerte constitue un avertissement des dirigeants qui manqueraient de prudence face à une situation périlleuse de la société. Mais elle peut être simplement la manifestation d'une crainte de l'associé. Par rapport à la loi du 24 juillet 1966, la loi du 30 janvier 2004 est plus favorable aux associés. En effet, le déclenchement de l'alerte, c'est-à-dire l'interrogation au dirigeant sur tout fait de nature à compromettre la continuité de l'exploitation, est une prérogative accordée à tout associé sans aucun seuil de participation au capital.

Quant à la désignation d'un administrateur provisoire, cette institution illustre un autre aspect de l'immixtion du juge dans les affaires sociales. D'abord, c'est une création purement jurisprudentielle. Ensuite, elle peut être décidée, d'après la jurisprudence *FRUEHAUF*¹ pour préserver l'intérêt social indépendamment d'une carence des organes sociaux. En effet, l'administration provisoire nécessite une carence des organes sociaux causant la paralysie du fonctionnement et menaçant la survie de la société. Pour prendre une telle mesure, le juge détient cependant un pouvoir important d'appréciation souveraine sur la notion d'intérêt social.

Un point commun regroupe toutes les institutions pouvant servir de suppôt au droit de contrôle des associés. La frontière nette qui servirait de délimitation entre ce qui est permis aux associés en vertu de leur droit de contrôle et ce qui ne l'est pas dans l'intérêt de la société est constituée par l'exercice rationnel de leur droit de vote.

¹ Paris 22 mai 1965, préc.

L'effectivité du droit de contrôle reconnu aux associés repose en grande partie sur l'honnêteté et la fidélité de l'équipe dirigeante, par rapport au concept de départ de la société qui est de contribuer au succès de l'œuvre commune. En tant que détenteurs de l'information sociale, les dirigeants maîtrisent la pertinence voire même l'existence d'un contrôle des associés. Le contrôle indirect par le commissaire aux comptes et limité comme celui du juge.

En tout état de cause, le contrôle des associés ne devra pas être abandonné au profit de la complexité de sa mise en œuvre puisque c'est un droit irréductible de chaque associé, contrepartie de la prise de risque. Tout actionnaire pourvu de raison et de pertinence trouvera satisfaction à confier son capital à d'autres personnes en exerçant un contrôle effectif. L'attente d'un dividende sera ainsi le fruit d'un discernement exclusif de toute confiance aveugle. Quel associé ne sera pas tenté par tous les moyens, et la loi en offre, de réduire l'aléa si caractéristique de l'entreprise en société ? Si le contrôle des associés se heurte parfois (et paradoxalement) à l'intérêt social et aux règles de fonctionnement normal de la société, il met en évidence l'essence même de la société comme structure de collaboration. L'existence d'un contrôle effectif montre la réalité d'une synergie entre les acteurs : quand les uns ont le droit et le devoir d'agir conformément à l'intérêt social, les autres ont le droit de veiller au respect de cet intérêt et vice versa.

BIBLIOGRAPHIE

Ouvrages généraux

- **F. ANOUKAHA**, *OHADA, Sociétés commerciales et groupements d'intérêt économique*, Collection Droit uniforme africain, Juriscope 2002.
- **M. COZIAN et A. VIANDIER**, *Droit des sociétés*, 9^{ème} édition, Litec 1996.
- **M. COZIAN, A. VIANDIER, F. DEBOISSY**, *Droit des sociétés*, 17^{ème} édition, Litec 2004.
- **P. DIDIER**, *L'entreprise en société, Droit commercial*, tome 2, 2^e édition, PUF 1997.
- **P. MERLE**, *Droit commercial, Sociétés commerciales*, Précis Dalloz, 1988.

Ouvrages spéciaux

- **P. CONTE**, *Les dirigeants de société : risques et responsabilités*, Editions du Juris-classeur, 2005.
- **J. DEVEZE**, *Lamy Droit du financement*, éditions Lamy, 2001, n°157, p.122.
- **Y. GUYON**, *Droit des affaires, Tome 2, Entreprises en difficultés, Redressement judiciaire-Faillite*, éditions Economica, 1987.
- **R. HOUIN, B. BOULOC**, *Les grands arrêts de la jurisprudence commerciale*, tome 1, 2^{ème} édition, Sirey, 1976.
- **A. JACQUEMONT**, *Droit des entreprises en difficulté*, 3^{ème} édition, Litec, Juris-Classeur 2003.
- **D. VIDAL**, *Audit et révision légale*, 3^{ème} édition, Litec, 2000.

Thèses

- **C. BERR**, *L'exercice du pouvoir dans les sociétés commerciales*, Sirey 1961.
- **C. CHOUKROUN**, *Les droits des associés non gérants dans les sociétés à responsabilité limitée*, Th. Paris 1956.
- **D. SCHMIDT**, *Les droits de la minorité dans la société anonyme*, Th. Paris, 1970.

Chroniques et articles

- **H. ALEXANDRE et M. PAQUEROT**, *Efficacité des structures de contrôle et enracinement des dirigeants*, Finance Contrôle Stratégie, Volume 3, n°2, juin 2000.
- **R. HOUIN**, RTD com. 1972.

- **D. RANDRIANANTOANDROSON**, *Communication, la comptabilité élément essentiel du droit des affaires*, Académie malgache, Colloque scientifique international : « Le droit des affaires, droit de développement », du 11 au 14 décembre 1990, Tome IV (A).
- Rép. Min. n° 22652: J.O.A.N. (française) 5 avr. 1972.

Jurisprudences

- Paris, 11 juil. 1951, S. 1953. 2. 81, note Dalsace.
- Tribunal de commerce de Paris, réf., 1er décembre 1992: JCP E 1993. II. 384, note Alain Viandier.
- Req. 23 juin 1941, *Les grands arrêts de la jurisprudence commerciale*, tome 1, 2^{ème} édition, Sirey, 1976, n°64, p. 263 s. note Jean NOIREL.
- Cass. , Ch. mixte, 16 décembre 2005, Bull. civ. n° 9; JCP E 2006, no 9, p. 420.
- Com. 8 février 2005, RJDA 2005, n° 724; Rev. sociétés 2006. 94, note Menjucq et Taste.
- Com. 17 janvier 1989, Bull. civ. IV, n° 29.
- Civ. 1^{ère}, 31 octobre 1989, RTD com. 1990, p. 214, note ALFANDARI et JEANTIN.
- Com. 19 avril 2005, Bull. civ. IV, n° 96.
- Com. 5 janv. 1926, Gaz. Pal. 1926. 1. 389.
- Com. 12 mai 2004, Bull. civ. IV n° 94 p. 97.
- Crim. 22 janvier 1937, *Les grands arrêts de la jurisprudence commerciale*, tome 1, 2^{ème} édition, Sirey, 1976, n°68, p. 293 s., note Jean NOIREL.
- Com. 9 février 1954, *Les grands arrêts de la jurisprudence commerciale*, Op. cit. n° 63, p. 258 s. note Jean NOIREL.
- Cour de cassation, chambre commerciale 23 juin 2009, pourvoi n°08-14117
- Paris, 11 juillet 1969, *Les grands arrêts de la jurisprudence commerciale*, tome 1, 2^{ème} édition, Sirey, 1976, n° 73, p.318 s. note BOULOC.
- Grenoble, 29 avr. 1999, Dr. sociétés 1999, no 151, note Dominique VIDAL.

- Paris, 25 février 1998, BCNCC, n°112, p. 573.
- Com. 21 octobre 1997, N°95-17.904, Publié au bulletin.
- Com. 6 décembre 2005, N°04-10.287, Publié au bulletin.
- Com. 25 mars 1974, *Les Grands arrêts de la jurisprudence commerciale*, n° 74, p. 323 s. note BOULOC.
- Com. 30 mai 1989, N°87-18.083, Publié au bulletin.
- Com. 14 février 2006, N°05-11.822, Publié au bulletin.
- Com. 15 juillet 1987, Bull. civ. IV, n° 193.
- Com. 22 mars 1988, Bull. civ. IV, n° 124.
- Grenoble, 6 mai 1964, D. 1964. 783, note DALSACE.
- Crim. 15 oct. 1998, Rev. sociétés 1999. 184, note BOULOC.
- Crim. 4 février 1985, Rev. sociétés 1985. 648, note BOULOC.
- Com. 28 juin 1988, Bull. civ. IV, n° 226.
- Com. 21 janvier 1997, N°94-18.883, Publié au bulletin.
- Com. 17 janvier 1989, N°87-10.966, Publié au bulletin.
- Civ. 21 novembre 2000, N°99-11.984, Inédit.
- Paris, 27 février 1980, Rev. sociétés 1981. 109, note Bousquet.
- Paris, 14 juin 1994, Bull. Joly 1994. 1228.
- Com. 23 juillet 1968, Bull. civ. IV, n°250.
- Com. 18 avril 1961, *Les grands arrêts de la jurisprudence commerciale*, n° 67, p.285 et s. note Jean NOIREL ; articles 115 et 116.
- Com. 18 mai 1982, N°80-12.209, Inédit titré.
- Com. 9 mars 1993, Gaz. Pal. 1993. 2. 334, note Bonnard.

Principaux textes

- Loi n° 2003-036 du 30 janvier 2004 relative aux sociétés commerciales.
- Loi n° 2001-026 du 3 Septembre 2004 sur le contrat de société et la société civile.
- Loi française du 24 juillet 1867 sur les sociétés, applicable à Madagascar, abrogée par la loi n°2003-036 du 30 janvier 2004 relative aux sociétés commerciales.
- Loi n° 2003-042 du 03 septembre 2004 sur les procédures collectives d'apurement du passif.
- Décret n° 2004-453 du 6 avril 2004 fixant les conditions d'application de la loi n° 2003-036 du 30 Janvier 2004 sur les sociétés commerciales modifié par le décret n° 2005-151 du 22 mars 2005.
- Ordonnance n° 92-047 du 5 novembre 1992 relative à l'organisation de la profession d'expert comptable et financier et de comptable agréé et à la restructuration de l'Ordre groupant les membres de ladite profession, modifiée par la loi n° 2001-023 du 2 janvier 2002.
- Plan comptable général 2005 approuvé par le décret 2004-272 du 18 février 2004.
- Acte uniforme de l'OHADA du 1^{er} janvier 1998 sur les sociétés commerciales et les groupements d'intérêt économique.
- Code français des sociétés, éditions Dalloz 2007.
- Loi française n° 66-537 du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales.
- Loi française du 15 mai 2001 sur les nouvelles régulations économiques.
- Loi française n°84-148 du 1^{er} mars 1984 relative à la prévention et au règlement amiable des difficultés des entreprises.