

DES « CONVENTIONS RÉGLEMENTÉES » À LA PUBLICATION DES TRANSACTIONS ENTRE PARTIES LIÉES.

Objet de l'étude. L'étude a pour objet d'abord l'appréciation de l'efficacité du régime des « conventions réglementées » selon les articles L225-38 et suivants du code de commerce et ensuite une proposition de remplacer la procédure actuelle par la seule publication de toutes les transactions entre parties liées. L'étude ne concerne que les sociétés anonymes et ne traite pas des conventions des articles L225-42-1 et L225-43 du code de commerce.

Le régime des conventions réglementées. La loi du 22 mai 1863 avait interdit aux administrateurs des sociétés à responsabilité limitée de prendre ou de conserver quelque intérêt que ce fût dans une opération quelconque faite avec la société ou pour son compte, sauf autorisation de l'assemblée des associés. L'article 40 de la loi du 24 juillet 1867 avait limité cette interdiction aux marchés conclus de gré à gré, sauf autorisation de l'assemblée générale des actionnaires. Ces deux textes répondaient à la crainte que des administrateurs fussent placés dans une situation où leur intérêt et leur devoir seraient en contradiction.

La pratique sut tourner ces prescriptions par des autorisations globales et anticipées données par les assemblées. La loi du 4 mars 1943 avait réagi en mettant en place une procédure de contrôle caractérisée par trois traits principaux : les conventions conclues entre les administrateurs et la société sont libres lorsqu'elles portent sur des opérations courantes et conclues à des conditions normales ; les autres sont soumises à "autorisation préalable" du conseil d'administration, signalées au commissaire aux comptes et soumises à l'approbation de l'assemblée générale des actionnaires.

La procédure de l'article 40 a été reprise sans modifications substantielles par les articles 101 et suivants de la loi du 24 juillet 1966 codifiés¹ aux articles L225-38 et suivants du code de commerce. La loi Nouvelles régulations économiques n° 2001-420 du 15 mai 2001 a étendu le champ de l'autorisation aux conventions conclues avec les actionnaires détenant plus de 5 % des droits de vote et a prescrit l'établissement d'une liste des conventions portant sur les opérations courantes conclues à des conditions normales ; la loi n° 2003-706 du 1^{er} août 2003 a porté le pourcentage précité à 10 % et la loi n° 2011-525 du 17 mai 2011 a supprimé la liste.

Finalité de la procédure des conventions réglementées. La procédure en place depuis plus de soixante ans a pour fin la protection des intérêts de la société : il s'agit d'éviter qu'un dirigeant social ou un actionnaire détenant un pourcentage déterminé des droits de vote utilise en dehors de tout contrôle ses pouvoirs ou son influence pour contracter avec la société dans des conditions plus avantageuses que celles que pourrait obtenir un tiers dans le cadre d'une négociation loyale et équilibrée avec la société². Ces conditions plus

¹ Ordonnance n° 2000-912 du 18 septembre 2000.

² Sur l'ensemble de la question des conflits d'intérêts, D. Schmidt, *Les conflits d'intérêts dans la société anonyme*, Ed. Joly, Paris 2004.

avantageuses, fruit de la connivence ou de l'influence, peuvent porter préjudice à la société, à ses actionnaires et à ses créanciers.

De surcroît, de telles pratiques préjudiciables contreviennent aux devoirs que la jurisprudence et divers codes de gouvernance imposent aux dirigeants sociaux : devoir d'agir au mieux des intérêts de la société et devoir de loyauté. Ces devoirs les obligent non seulement à s'abstenir de conclure eux-mêmes de telles conventions au préjudice de la société, mais encore à veiller à ce qu'elles ne puissent être conclues par des "parties liées" à la société, c'est-à-dire par des personnes entretenant avec la société des liens qui leur permettent d'obtenir des conditions plus avantageuses que celles que pourrait obtenir un tiers sans lien avec la société³. De ce fait, le contrôle de ces conventions intéresse non seulement la société, ses actionnaires et ses créanciers, mais également le "marché", c'est-à-dire l'ensemble des investisseurs. Ceux-ci ne se déterminent pas au seul vu des publications financières sur les comptes individuels et consolidés des sociétés. Ils prêtent aussi attention à la qualité de la gouvernance et à l'aptitude des dirigeants à gérer les actifs de celle-ci selon les règles d'une compétition loyale⁴.

L'usage des pouvoirs et des influences contrevient à ces règles lorsqu'il est susceptible d'entraîner des conséquences préjudiciables à la société. Il faut donc que les transactions conclues avec la société par les dirigeants, par les actionnaires importants et par les autres "parties liées", soient soumises à un contrôle réel et efficace écartant les risques et même les soupçons d'abus. Le droit français satisfait-il cet objectif ? Nous ne le pensons pas. Nous estimons que la procédure des articles L225-38 et suivants n'est pas efficace. Nous exposerons en première partie les raisons conduisant à mettre en question l'efficacité de cette procédure (I) puis exposerons, *de lege ferenda*, un régime nouveau de contrôle des transactions entre parties liées (II).

I. L'APPRÉCIATION DE L'EFFICACITÉ DE LA PROCÉDURE DES ARTICLES L225-38 ET SUIVANTS.

L'efficacité de cette procédure doit être mesurée au regard de son champ d'application (A) et de son régime (B).

A. Le champ d'application.

Le champ d'application de la procédure est déterminé au regard des personnes (1) et des opérations (2).

1) Les personnes. La loi du 24 juillet 1966 avait limité le champ d'application de la procédure aux conventions conclues avec les administrateurs, les dirigeants sociaux et leurs proches. Cette approche s'inscrivait dans un cadre historique puisque les textes antérieurs n'abordaient pas différemment le champ du contrôle. La loi du 15 mai 2001 rompt avec cette

³ Les Principes de gouvernement d'entreprise de l'OCDE (2004, p. 65) retiennent que « le devoir de loyauté revêt une importance capitale car il conditionne le respect effectif d'autres principes évoqués dans le présent document se rapportant par exemple au traitement équitable des actionnaires, à la surveillance des transactions effectuées avec des parties liées et à la définition d'une politique de rémunération des dirigeants ».

⁴ Le président de l'Autorité des marchés financiers affirme, lors de la 8^{ème} édition des Entretiens de l'AMF le 24 novembre 2011, que « la qualité de la gouvernance devient ... un critère de plus en plus important aux yeux des investisseurs ».

tradition en l'étendant aux actionnaires détenant plus de 5 % des droits de vote, c'est-à-dire à des personnes qui n'occupent pas de fonctions d'administration ou de direction. Cette extension procède de la volonté de contrôler les conventions conclues par des personnes qui, en raison de leur influence en droits de vote, sont en situation d'obtenir des conditions plus avantageuses que celles que pourrait obtenir un tiers sans lien avec la société. Mais le législateur s'arrête à mi-chemin : il limite l'objectif poursuivi – le contrôle des conventions – aux seules personnes qu'il vise (dirigeants et actionnaires importants) au lieu de définir les personnes soumises au contrôle en fonction de l'objectif poursuivi. Du fait de cette approche, la procédure n'appréhende pas les conventions passées par toutes les personnes, autres que les dirigeants et certains actionnaires, qui entretiennent avec la société des liens leur permettant d'obtenir des conditions plus avantageuses que celles que pourrait obtenir un tiers sans lien avec la société négociant avec elle dans le cadre d'une compétition loyale. Cette discrimination entre contractants n'est pas retenue par la directive 2006/46/CE du Parlement européen et du Conseil du 14 juin 2006, relative aux comptes sociaux et consolidés : ce texte impose à la plupart des sociétés anonymes de relater dans leurs comptes les transactions conclues entre parties liées et, pour la définition de ces parties, se réfère aux normes comptables internationales adoptées conformément au règlement (CE) n° 1606/2002. Aujourd'hui, la définition des « parties liées » ressort du règlement UE n° 632/2010 de la Commission Européenne en date du 10 juillet 2010 adoptant la norme IAS 24 intitulée "Information relative aux parties liées"⁵ modifiée le 4 novembre 2009. La norme définit comme suit une partie liée :

« Une partie liée est une personne ou une entité qui est liée à l'entité qui prépare ses états financiers (dénommée "l'entité présentant les états financiers" dans la présente Norme).

(a) Une personne ou un membre de la famille proche⁶ de cette personne lié(e) à une entité présentant les états financiers si ladite personne :

- (i) exerce un contrôle ou un contrôle conjoint sur l'entité présentant les états financiers ;*
- (ii) exerce une influence notable sur l'entité présentant les états financiers ; ou*
- (iii) fait partie des principaux dirigeants de l'entité présentant les états financiers ou d'une société mère de l'entité présentant les états financiers.*

(b) Une entité est liée à une entité présentant les états financiers si l'une des conditions suivantes s'applique :

- (i) l'entité et l'entité présentant les états financiers font partie du même groupe (ce qui signifie que chaque société mère, filiale et filiale apparentée est liée aux autres) ;*
- (ii) une entité est une entreprise associée ou coentreprise de l'autre entité (ou une entreprise associée ou coentreprise d'un membre du groupe dont l'autre entité fait partie) ;*
- (iii) les deux entités sont des coentreprises du même tiers ;*
- (iv) une entité est une coentreprise d'une entité tierce et l'autre entité est une entreprise associée de l'entité tierce ;*
- (v) l'entité est un régime d'avantages postérieurs à l'emploi au bénéfice des salariés de l'entité présentant les états financiers ou d'une entité liée à l'entité présentant les états financiers. Si l'entité présentant les états*

⁵ A. Couret, Au-delà de la procédure des conventions réglementées, l'IAS 24, RJDA 2007, p. 1034.

⁶ La norme définit ces personnes « proches » comme suit : « Les membres de la famille proche d'une personne sont les membres de la famille dont on peut s'attendre à ce qu'ils influencent cette personne, ou soient influencés par elle, dans leurs relations avec l'entité et incluent : (a) les enfants et le conjoint ou concubin de cette personne ; (b) les enfants du conjoint ou concubin de cette personne ; et (c) les personnes à la charge de cette personne ou du conjoint ou concubin de cette personne. »

financiers est elle-même un tel régime, les employeurs finançant le régime sont également liés à l'entité présentant les états financiers ;

- (vi) *l'entité est contrôlée ou conjointement contrôlée par une personne identifiée au point (a) ;*
- (vii) *une personne identifiée au point (a), sous (i), exerce une influence notable sur l'entité ou fait partie des principaux dirigeants de l'entité (ou d'une société mère de l'entité). »*

Le champ des parties liées est sensiblement plus large que le champ de l'article L225-38, notamment en ce qu'il intègre les entités membres d'un groupe, les entités associées et les entités dépendant de deux groupes liés⁷, que ces entités aient ou non des dirigeants communs directement ou indirectement intéressés. Or les conventions conclues par ces autres parties liées présentent les mêmes risques que celles passées par les dirigeants et actionnaires. Cependant elles n'entrent pas dans le champ de la procédure ce qui révèle une sérieuse insuffisance dans le champ et donc dans l'efficacité de cette procédure.

2) Les **conventions** soumises aux articles L225-38 et suivants sont celles qui sont conclues par les personnes visées par le premier de ces textes à l'exception des conventions « portant sur des opérations courantes et conclues à des conditions normales » (article L225-39). Ce dispositif appelle deux observations.

a) Les conventions visées à l'article L225-39 échappent au contrôle. La loi du 15 mai 2001 avait instauré une procédure minimale en imposant l'établissement d'une liste énonçant l'objet desdites conventions et la communication (article L225-39, alinéa 2) de cette liste aux membres du conseil d'administration et aux commissaires aux comptes, ainsi qu'aux actionnaires (article L225-115-6°). Puis la loi du 1^{er} août 2003 a omis de cette liste les conventions qui, en raison de leur objet ou de leurs implications financières, ne sont significatives pour aucune des parties. Enfin, la loi du 17 mai 2011 a supprimé la liste⁸. Dès lors, les contractants eux-mêmes (le dirigeant ou l'actionnaire ainsi que le représentant légal de la société) sont seuls juges de la conformité de leurs conventions à l'article L225-39. S'ils décident de les soumettre à ce texte, elles demeurent occultes et échappent à tout contrôle⁹.

Un éminent auteur avait, au lendemain de la loi du 15 mai 2001 instaurant la liste de ces conventions, critiqué le texte en avançant avec malice : « Avec le texte en vigueur, un administrateur d'une société exploitant une boulangerie devra déclarer à son président l'achat quotidien de sa baguette de pain »¹⁰. En réalité, la loi de 2001 n'a pas voulu soumettre à contrôle les opérations de la vie courante effectuées aux conditions applicables à un consommateur anonyme. Elle ne vise que les conventions conclues en considération de la personne de l'administrateur ou de l'actionnaire intéressé et comportant, en raison de cette considération, des conditions spécifiques. L'objectif de la loi de 2001 était de révéler ces conventions dans le but de permettre l'exercice d'une vérification éventuelle de leur caractère

⁷ Comparer, sur le champ d'application de l'article L225-38 quant aux opérations au sein des groupes : Ph. Merle, Les conventions au sein des groupes, Petites Affiches, 4 mai 2011, n° 89, p. 49.

⁸ Cette mesure a été édictée au nom de la « simplification du droit », alors qu'aucune étude d'impact n'a révélé que l'établissement de cette liste complexifiait inutilement le fonctionnement des sociétés. Dans la foulée, on a oublié de supprimer l'article R225-32 du code de commerce.

⁹ Sur le « *black out* complet sur ces conventions », P. Le Cannu et B. Dondero, Le nouveau régime des conventions courantes : un retour en arrière bienvenu ?, JCP E 2011, 1453.

¹⁰ La Tribune, 10 décembre 2001.

courant et du caractère normal des conditions convenues. La suppression dix ans plus tard de la liste de ces conventions ouvre une nouvelle trouée dans le dispositif de contrôle.

b) Quant aux conventions non visées par l'article L. 225-38, elles échappent pour une large part à la procédure. D'un côté, celle-ci ne s'applique pas aux "engagements pris par le conseil lui-même". Cette solution semble procéder d'un arrêt de la Cour de cassation rendu le 17 avril 1980¹¹, mais on n'aperçoit pas sa justification : si le conseil prend un engagement unilatéral envers un dirigeant ou un actionnaire, ou s'il consent une remise de dette à une telle personne, ou s'il renonce à agir en réparation d'un dommage causé par cette personne, aucun motif tiré de la protection des intérêts de la société ne justifie que de tels engagements soient soustraits au contrôle.

D'un autre côté et surtout, une procédure efficace supposerait que toutes les conventions relevant de l'application de l'article L225-38 soient contrôlées. Tel n'est pas le cas. En effet, le contrôle débute par l'information du conseil mais l'obligation d'informer ne pèse que sur le cocontractant « intéressé » ; elle ne pèse pas sur la personne qui signe la convention au nom de la société. Il y a là une lacune dans l'organisation de la procédure. De surcroît, les textes ne prévoient ni l'obligation ni même la faculté des services comptables et financiers de la société contractante de porter eux-mêmes à la connaissance du conseil les conventions qui apparaissent dans leurs écritures. Plus généralement, il n'existe aucun moyen de vérifier que toutes les conventions conclues relevant de l'article L225-38 ont été portées à la connaissance du conseil ; à cet endroit, on observe que le rapport du président cité à l'article L225-37, alinéa 6, ne contient pas mention des procédures qui auraient été mises en place au sein de la société pour détecter les conventions non portées à la connaissance du conseil.

Enfin, l'article L225-38 ne s'applique pas aux transactions « négatives ». Ce terme vise les transactions qui n'ont pas été conclues précisément en raison des relations spécifiques existant entre la société et une partie liée. La norme IAS 28 précitée aborde la question en ces termes : « *Le résultat et la situation financière d'une entité peuvent être affectés par une relation entre parties liées même si aucune transaction entre parties liées n'a lieu. La simple existence d'une relation peut suffire à affecter les transactions de l'entité avec d'autres parties. Par exemple, une filiale peut mettre fin à des relations avec un partenaire commercial à la suite de l'acquisition par la société mère d'une filiale apparentée intervenant dans les mêmes activités que le partenaire précédent. Ou bien une partie peut s'abstenir d'agir à cause de l'influence notable exercée par une autre partie - par exemple, une filiale peut recevoir comme instruction de sa société mère de ne pas s'engager dans la recherche et développement* ». La jurisprudence offre quelques exemples de telles pratiques : pour servir ses intérêts personnels¹², un gérant réduit l'activité de la société à des relations commerciales limitées à deux sociétés auxquelles il est lié. Aucune convention n'est passée entre la première société et les deux autres de sorte que la procédure de contrôle ne s'applique pas. Ou encore, une société prend en charge le passif d'une filiale en difficultés « en vue de couvrir la gestion » du gérant de celle-ci, ce gérant faisant partie du groupe majoritaire de la première¹³.

Les lacunes de la procédure légale sont aggravées en ce que l'article L225-40, alinéa 2, prévoit que le président ne donne avis au commissaire aux comptes que des seules conventions autorisées. Il en découle que le président n'est légalement tenu d'informer le commissaire aux comptes ni des conventions qui n'ont pas été soumises à l'autorisation du conseil, ni des conventions que le conseil a refusé d'autoriser et qui sont néanmoins exécutées

¹¹ Cass. com., 17 avril 1980 : Rev. soc. 1981, p. 316.

¹² Cass. com., 18 mai 1982, pourvoi n° 80-12209, inédit.

¹³ Cass. com., 29 mai 1972 : Bull. IV, n° 164.

: ces conventions ne seront soumises (sauf application de l'article L225-42) ni à l'examen du commissaire aux comptes, ni à l'approbation de l'assemblée générale. De même, le commissaire aux comptes ne sera pas avisé des transactions « négatives ».

La perméabilité de cette procédure apparaît à la lecture des rapports spéciaux des commissaires aux comptes présentés aux assemblées générales des sociétés du CAC 40 réunies en 2011 : aucun rapport spécial ne fait état d'une convention non avisée par le président, et les conventions rapportées sont fort peu nombreuses¹⁴. On peut en déduire soit que de telles conventions n'existent guère, soit que nombre de ces conventions échappent à la procédure parce qu'elles demeurent occultes ou parce qu'elles ont recours à l'interposition de personnes ou au prête-nom¹⁵ ou s'abritent sous un intérêt indirect¹⁶, ou parce qu'elles sont le fait des autres parties liées qui n'entrent pas dans le champ de l'article L225-38, ou parce qu'elles n'ont pas été conclues - hypothèse des transactions négatives.

B. Le régime procédural des conventions de l'article L. 225-38.

Ce régime doit être apprécié en ses quatre composantes : l'autorisation du conseil d'administration (1), le rapport spécial du commissaire aux comptes (2), l'approbation de l'assemblée générale (3) et le traitement des "conséquences préjudiciables à la société" (4).

1) L'autorisation du conseil d'administration. L'intervention de cet organe a pour objet d'examiner les projets de conventions portés à sa connaissance, d'apprécier l'intérêt qu'elles présentent pour la société et, le cas échéant, d'autoriser leur conclusion. Cette autorisation ne s'entend pas d'une habilitation conférée au représentant légal de signer les conventions autorisées car celui-ci détient ses pouvoirs de la loi et engage la société par sa signature. L'autorisation¹⁷ du conseil n'est pas une permission mais un contrôle. En conséquence, l'absence ou le refus d'autorisation n'emportent aucun effet sur la validité de la convention : la convention non autorisée est en principe valable¹⁸, ce qui réduit sensiblement la portée de l'intervention du conseil d'administration¹⁹. On relève aussi que la décision d'autorisation donnée par le conseil ne fait pas l'objet d'une publication²⁰ : les actionnaires n'apprendront l'existence de la convention que lors de la prochaine assemblée générale, soit six à dix-huit mois après sa conclusion. Le Forum Européen sur la Corporate Governance sur « *Les transactions entre parties liées pour les entités cotées* » en date du 10 mars 2011 recommande la publication des transactions au moment de leur conclusion, lorsqu'elles représentent plus de 1 % des actifs sociaux.

¹⁴ L'examen de tous les rapports spéciaux des sociétés du CAC 40 présentés aux assemblées générales réunies en 2011 fait apparaître que, dans douze sociétés, aucune convention nouvelle n'est rapportée et que, dans quinze sociétés, une seule convention nouvelle est rapportée. En revanche, les rapports font état de nombreuses opérations relatives à la rémunération des dirigeants sociaux régie par l'article L225-42-1.

¹⁵ Cass. com., 7 mars 1977 : Bull. IV, n° 70.

¹⁶ Sur l'interprétation stricte, voire restrictive, de l'intérêt indirect, voir Cass. com., 4 octobre 1988 : Bull. IV, n° 263.

¹⁷ Sur la polysémie de ce mot, B. Thuillier, L'autorisation, étude de droit privé, Préface A. Bénabent, Bibliothèque de droit privé, Tome 252, Ed. LDGJ, Paris 1996.

¹⁸ Cass. com., 17 octobre 1967 : JCP 1968.II.15412, note N. Bernard ; Cass. com., 15 juin 2010 : Bull. Joly Sociétés 2010, § 171, p. 815, note B. Saintourens.

¹⁹ A titre de comparaison, on observe que les prescriptions de l'article L225-42-1 frappent de nullité de plein droit les versements opérés avant autorisation régulière du conseil d'administration.

²⁰ L'absence de publication surprend d'autant plus depuis la loi du 26 juillet 2005 qui, créant un nouvel article L225-42-1, impose de rendre publique la décision du conseil d'administration autorisant des rémunérations, indemnités ou avantages au profit de dirigeants sociaux à raison de la cessation ou du changement de leurs fonctions ; or ces gratifications consenties aux dirigeants peuvent mettre en jeu des sommes infiniment moins importantes que celles susceptibles de résulter de l'exécution des conventions de l'article L225-38.

2) Le rapport spécial du commissaire aux comptes. Ce professionnel n'est avisé que des conventions autorisées. Le défaut d'avis n'emporte aucun effet sur la validité de la convention. À notre connaissance, aucune décision judiciaire n'a prononcé une sanction à l'encontre du président du conseil qui, connaissant l'existence d'une convention relevant de l'article L225-38, a omis d'en donner avis au commissaire aux comptes. Et la loi ne prévoit pas une mesure imposant ou permettant aux services financiers et comptables de la société d'aviser de leur propre chef le commissaire aux comptes des conventions parvenues à leur connaissance²¹. L'examen des rapports spéciaux présentés aux assemblées des sociétés du CAC 40 réunies en 2011 révèle que le commissaire aux comptes consacre à chaque convention, dans la grande majorité des cas, moins de dix lignes²² et n'indique jamais "toutes autres indications permettant aux actionnaires d'apprécier l'intérêt qui s'attachait à la conclusion des conventions et engagements analysés" (article R225-31-6° du code de commerce).

3) L'approbation par l'assemblée générale. Le contrôle des conventions de l'article L225-38 par l'assemblée générale des actionnaires²³ est étique. L'assemblée se prononce sur les seules conventions rapportées par le commissaire aux comptes ; elle n'a connaissance ni des conventions non autorisées, ni des conventions de l'article L225-39, ni des transactions négatives ; elle ignore si le signataire de la convention est lié à la société par d'autres transactions non signalées par le commissaire aux comptes ; elle se prononce au seul vu du rapport lacunaire de cet auditeur : le conseil d'administration ne présente pas de rapport²⁴ et le texte²⁵ même de la convention n'est pas mis à sa disposition. Enfin, un vote de désapprobation ou une omission de statuer²⁶ ne produit pas d'effet sur la validité de la convention (article L225-41 du code de commerce)²⁷.

4) Le traitement des conséquences préjudiciables à la société. La procédure envisage, hormis le cas de la fraude qui relève du droit commun, deux sanctions pour le cas où la convention produirait des conséquences préjudiciables à la société : l'annulation de la convention (a) et l'indemnisation (b).

²¹ L'arrêté du 21 juin 2011 (JORF n° 178 du 3 août 2011, p. 13257) portant homologation de la note d'exercice professionnel relative aux relations et transactions avec les parties liées invite toutefois le commissaire aux comptes à « collecter les informations appropriées quant à l'identification des risques d'anomalies significatives dans les comptes résultant de relations et de transactions avec les parties liées ». Cette collecte s'opère par interrogations de la direction et de « toute personne compétente au sein de l'entité ».

²² La Cour d'appel de Paris, par arrêt du 24 février 1954 (Gaz. Pal. 1954.I. 166, concl. Av. gén. Gégout), a jugé que la mission du commissaire aux comptes, « lorsqu'il procède à l'examen de certaines opérations commerciales telles que celles intervenues entre la société et l'un de ses administrateurs ... n'est plus de vérifier des écritures ou de contrôler des comptes, mais de mentionner dans son rapport les informations qu'il a pu recueillir sur les conditions de ces contrats pour en donner connaissance » à l'assemblée des actionnaires ; elle juge en conséquence qu'un rapport émettant un simple avis non motivé n'apportant « aucune lumière aux actionnaires » équivaut à une absence de rapport.

²³ D. Bompont, Les assemblées générales d'actionnaires servent-elles encore à quelque chose ?, RTDF 2011, n° 2, p. 32 et s.

²⁴ L'Association Française de Gestion Financière, dans ses Recommandations sur le gouvernement d'entreprise, 2011, « recommande que des informations complémentaires [à celles du commissaire aux comptes] figurent dans le rapport du conseil ».

²⁵ La Cour de cassation a jugé par arrêt du 27 février 2001 (Bull. IV, n° 47) que la loi « n'impose aucune forme particulière aux conventions réglementées », si bien que la convention peut ne pas être écrite.

²⁶ Cass. com., 17 octobre 1967 : Bull. III, n° 328.

²⁷ Cass. com., 22 mai 1970 : Bull. IV, n° 165.

a) **L'annulation.** Le champ de cette sanction est retreint et sa mise en œuvre se heurte à des difficultés importantes.

L'annulation ne peut pas être prononcée (sauf fraude) à l'encontre d'une convention autorisée (article L225-42, alinéa 1). Le refus de l'action en annulation n'est guère compréhensible car la convention autorisée peut provoquer des conséquences préjudiciables à la société. Lorsque la convention n'a pas été autorisée, la "nullité" peut être couverte par un vote de l'assemblée générale (article L225-42, alinéa 3) : voici une curieuse situation ! On peine à imaginer les motifs susceptibles de légitimer la validation d'une convention passée en violation de la procédure légale et portant préjudice à la société²⁸. Enfin, même lorsqu'il constate que la convention produit des conséquences préjudiciables, le juge apprécie souverainement l'opportunité de prononcer l'annulation.

Les difficultés procédurales d'une action en annulation engagée par un actionnaire²⁹ sont connues : il ne détient pas le texte de la convention ; il a pour adversaire une société qui va mobiliser ses moyens matériels et financiers pour résister à la demande ; s'il triomphe, rien ne l'assure de ce que la société exigera réparation de la part du cocontractant, et son succès ne lui procure aucun gain personnel, les honoraires de son avocat demeurant à sa charge. Et pour être recevable en son action, il doit démontrer, pour échapper à la prescription triennale³⁰ qui éteint les actions en annulation des conventions soigneusement occultées, non seulement son ignorance de la convention mais encore une "volonté de dissimuler"³¹ au contenu incertain.

b) **L'indemnisation de la société.** Les dommages-intérêts ne peuvent être alloués à la société³² en réparation des conséquences préjudiciables que si l'assemblée a désapprouvé³³ la convention les ayant produites (article L225-41, alinéa 2)³⁴. Par ailleurs, la procédure légale n'édicte aucune responsabilité particulière à la charge des administrateurs lorsque de telles conséquences résultent d'une convention approuvée, ou d'une convention non autorisée, ou d'une convention relevant de l'article L225-39, ou d'une transaction négative.

* *

²⁸ En d'autres occasions, la Cour de cassation approuve l'annulation des conventions approuvées, même à l'unanimité, par une assemblée dès lors qu'elles portent atteinte à l'intérêt social : voir en dernier lieu Cass. com., 8 novembre 2011, pourvoi n° 10-24438. – Ajouter : Cass. com., 22 avril 1976 : Rev. soc. 1976, p. 479 ; RJ com. 1997, p. 93, note Ph. Merle. – Cass. com., 7 janvier 2004, pourvoi n° 00-11692 – Cass. com., 13 novembre 2007, pourvoi n° 06-15826 – Cass. com., 3 juin 2008 : Bull. Joly Sociétés 2008, § 189, p. 883, note J.F. Barbieri.

²⁹ Souvent, les actions en annulation sont introduites par la société elle-même soit après un changement de contrôle, soit après le départ du dirigeant ayant contracté.

³⁰ La nullité ne peut pas être invoquée par voie d'exception quand le contrat a été exécuté : Cass. 1^{ère} civ, 15 juin 2010 : Bull. Joly Sociétés 2010, § 171, p. 187, note B. Saintourens, et les références citées par cet auteur.

³¹ Cass. com., 8 février 2011 : BICC 2011, n° 734 ; Bull. Joly Sociétés 2011, § 129, p. 297, note Ohl et Schmidt. Cet arrêt ne précise pas quelle est la personne en laquelle doit exister la volonté de dissimulation : le contractant, le président du conseil, le conseil, le commissaire aux comptes ? Faut-il attirer cette personne en la procédure en annulation ? En outre, pourquoi exiger, en contradiction avec une jurisprudence établie depuis 1976, une « volonté » de dissimulation, alors que la non-révélation produit le même effet qu'une dissimulation délibérée ?

³² Lorsqu'un actionnaire exerce avec succès l'action en indemnisation, le produit de la condamnation revient à la société.

³³ Pour une illustration récente, Cass. com., 1^{er} mars 2011 : Dr. sociétés, mai 2011, comm. n° 89, note M. Roussille.

³⁴ « L'approbation entraîne donc extinction de toute action en responsabilité » : Hémard, Terré et Mabilat, Sociétés commerciales, Ed. Dalloz, Tome II, § 1216, p. 966.

Les développements qui précèdent révèlent que la procédure des articles L225-38 et suivants n'est pas satisfaisante : son champ d'application est étriqué, son régime ne permet ni de déceler et d'invalider les conventions passées sous silence ni de sanctionner efficacement celles qui emportent des conséquences préjudiciables à la société. La procédure est pernicieuse, décentrée et inutile. i) Elle est pernicieuse en ce qu'elle donne l'illusion de l'existence d'un contrôle et d'une bonne gouvernance des affaires sociales. ii) Elle est décentrée : en effet, le cœur de la matière ne réside ni dans l'existence d'une autorisation préalable, son absence étant sans effet sur la validité de la convention, ni dans l'existence d'une approbation par l'assemblée, son absence étant sans effet sur la validité de la convention, ni dans l'existence d'opérations courantes conclues à des conditions normales, ces opérations pouvant emporter des conséquences dommageables. Le cœur de la matière réside dans la révélation de conventions entre parties liées emportant des conséquences dommageables pour la société contractante. iii) Elle est inutile en ce que les conventions emportant des conséquences préjudiciables à la société pourraient être sanctionnées par l'emploi des moyens du droit commun : annulation des conventions contraires à l'intérêt social³⁵ et responsabilité du représentant légal signataire ainsi que des membres du conseil d'administration (pour autorisation illégitime ou pour carence dans la détection des conventions) selon les termes de l'article L225-252 du code de commerce.

Finalement, le seul véritable problème réside dans la connaissance et partant la révélation des transactions entre parties liées.

II. PROPOSITION POUR UN RÉGIME DES TRANSACTIONS ENTRE PARTIES LIÉES.

Nous proposons l'abrogation pure et simple des articles L225-38 à L225-42³⁶. Cette mesure répond au besoin de supprimer une procédure complexe et improductive ainsi qu'au souhait des dirigeants sociaux qui se plaignent de devoir réunir un conseil d'administration pour autoriser une convention ou de devoir différer la conclusion d'une convention jusqu'à la tenue du prochain conseil. Leurs plaintes sont rapportées par P. Le Cannu qui écrit : « On stérilise le pouvoir de contracter en retardant systématiquement nombre de conventions »³⁷.

L'abrogation de ces textes ne prive pas les organes sociaux de leur pouvoir de contrôle et de l'exercice de ce pouvoir. Elle n'empêche pas le président de saisir le conseil d'administration pour recueillir son avis ou son autorisation sur une convention projetée, ou pour « ratifier » une convention déjà conclue³⁸. Elle n'empêche pas le commissaire aux comptes qui reçoit ou prend connaissance d'une convention d'apprécier si elle porte atteinte à l'égalité des actionnaires. Elle n'empêche pas l'assemblée générale d'approuver ou de désapprouver les conventions lorsqu'elle est saisie d'un projet de résolution en ce sens porté à l'ordre du jour. Elle n'empêche pas le juge d'annuler une convention en cas de fraude ou en cas de contrariété à l'intérêt social et de condamner les responsables à réparer le dommage social. Elle n'interdit pas le contrôle. Encore faut-il que les conventions soient connues.

³⁵ Voir la jurisprudence citée sous la note 28.

³⁶ L'abrogation de ces textes nécessitera une réécriture des textes les citant.

³⁷ P. Le Cannu, *Le dessus et le dessous*, Droit 21, 2001, AJ. 383.

³⁸ Depuis longtemps, les organisations patronales demandent que l'autorisation préalable soit remplacée ou complétée par une faculté de ratification *a posteriori*.

Aussi proposons-nous de remplacer³⁹ les textes actuels par une prescription simple : établir et publier la liste de toutes les transactions entre parties liées. La notion de « partie liée » a été déjà évoquée en première partie sous I – A – 1) ; il convient ici de donner un éclairage sur le champ des « transactions » (A) puis de décrire les conditions d'élaboration et de publication de cette liste (B) et enfin de rechercher comment s'exerce le contrôle (C).

A. Le champ des transactions entre parties liées.

Le règlement UE n° 632/2010 de la Commission Européenne du 10 juillet 2010⁴⁰ adoptant la norme IAS 24 modifiée définit la transaction entre parties liées dans les termes suivants :

"Une transaction entre parties liées est un transfert de ressources, de services ou d'obligations entre une entité présentant les états financiers et une partie liée, sans tenir compte du fait qu'un prix soit facturé ou non".

La même norme donne des exemples de telles transactions :

- (a) achats ou ventes de biens (finis ou non) ;
- (b) achats ou ventes de biens immobiliers et d'autres actifs ;
- (c) prestations de services données ou reçues ;
- (d) contrats de location ;
- (e) transferts de recherche et développement ;
- (f) transferts dans le cadre de contrats de licence ;
- (g) transferts dans le cadre d'accords de financement (y compris les prêts et les apports de capital en numéraire ou en nature) ;
- (h) fourniture de garanties ou de sûretés ;
- (i) engagements à exécuter une action si un événement particulier se produit ou non dans le futur, y compris les contrats non (entièrement) exécutés (comptabilités et non comptabilisés) ; et
- (j) règlement de passifs pour le compte de l'entité ou par l'entité pour le compte de cette partie liée.

La participation d'une société mère ou d'une filiale dans un régime à prestations définies qui partage les risques parmi les entités du groupe est une transaction entre parties liées (voir paragraphe 34B de IAS 19).

Aux transactions conclues s'ajoutent les transactions négatives, c'est-à-dire les situations de fait dans lesquelles, sans conclusion d'une transaction, une partie liée obtient des avantages ou impose des charges grâce à son influence ou son pouvoir.

B. Le contenu et la publication de la liste des transactions entre parties liées.

³⁹ L'abrogation de la procédure des articles L225-38 et suivants prive d'objet la critique élevée par la Chambre de commerce et d'industrie de Paris qui, observant la coexistence actuelle des deux dispositifs de droit comptable et de droit des sociétés, estime inopportun d'étendre le champ d'application de la procédure des normes IAS 24 aux conventions réglementées au motif de ne pas « créer des doublons systématiques » : Rapport de J.-M. Delisle, 8 septembre 2011, Renforcer l'efficacité de la procédure des conventions réglementées, Contribution de la CCIP aux travaux de place. Notre proposition laisse subsister une seule des deux procédures et ne crée pas de doublons.

⁴⁰ L'application immédiate de ce règlement résulte des dispositions de l'article R123-199-1 du code de commerce, issu du décret n° 2009-267 du 9 mars 2009 énonçant que les « parties liées » et « transactions entre parties liées » ont le sens défini par les normes comptables internationales adoptées par le Règlement CE n° 2238/2004 du 29 décembre 2004 « ainsi que par tout règlement communautaire qui viendrait le modifier ».

La liste doit énoncer toutes les transactions entre parties liées. Cette proposition sera précisée en quatre points : l'établissement d'une liste (1), les transactions listées (2), les énonciations les concernant (3) et la publication de la liste (4).

1) L'établissement de la liste. Le décret n° 2009-267 du 9 mars 2009, pris dans le cadre de la transposition⁴¹ de la directive 2006/46 du 14 juin 2006, insère dans les articles R123-197-1, R123-198-11° et R233-14-19° du code de commerce des prescriptions nouvelles obligeant les sociétés anonymes visées par ces textes⁴² à établir la liste des transactions entre parties liées. Ainsi, notre proposition d'établissement d'une telle liste, transposant en droit des sociétés des prescriptions de droit comptable, ne présente aucun caractère aventureux.

2) Les transactions listées. Les textes précités ainsi que le règlement UE 632/2010 limitent le champ de cette liste aux seules transactions qui "présentent une importance significative" et qui "n'ont pas été conclues aux conditions normales du marché". Selon la note de présentation du règlement de l'Autorité des Normes Comptables du 2 septembre 2010, une transaction présente une importance significative "si son omission ou son inexactitude est susceptible d'influencer des décisions économiques prises par les utilisateurs se fondant sur les comptes" ; et selon la même note, les opérations conclues aux conditions normales du marché sont celles, habituellement pratiquées par la société avec les tiers, qui ne procurent pas aux bénéficiaires "un avantage par rapport aux conditions faites à un tiers quelconque de la société".

On comprend que les transactions non significatives et celles conclues à des conditions normales ne figurent pas dans la liste prévue par les textes précités parce qu'elles ne créent pas, *prima facie*, un risque d'anomalies significatives dans les comptes. Mais lorsqu'on envisage la question non plus sous l'angle de la régularité et de la sincérité des comptes mais sous l'angle de la qualité de la gouvernance de la société, l'omission de ces transactions dans la liste des transactions entre parties liées a pour effet de les soustraire à la connaissance des actionnaires et au contrôle⁴³. Or le contrôle est nécessaire pour s'assurer que les transactions entre parties liées sont conclues à des conditions normales⁴⁴ et ne présentent pas une importance significative⁴⁵ : il n'est pas naturel de laisser cette vérification au pouvoir des

⁴¹ Sur la procédure d'insertion des IAS dans le code de commerce, voir J.-C. Scheid, L'insertion des IAS dans le code de commerce : RF compt. février 2005 p. 4.

⁴² La proposition de directive du Parlement européen et du Conseil du 25 octobre 2011 prévoit en son article 17 que l'annexe aux états financiers de « toutes les entreprises » doit contenir la mention des transactions entre parties liées.

⁴³ L'arrêt rendu par la Cour de cassation le 26 février 2008 (Bull. IV, n° 45) illustre le problème : un actionnaire demande en référé (article L238-1 du code de commerce), en application de l'article L225-116-6° alors en vigueur, la liste des conventions courantes conclues à des conditions normales ; la société défenderesse refuse la communication au motif que de telles conventions, qui existent, contiennent des dispositions que « leurs modalités financières rendaient non significatives » ; la Cour approuve les juges du fond ayant rejeté la demande d'avoir retenu « exactement qu'il n'entre pas dans les pouvoirs du juge des référés saisi sur le fondement de l'article L238-1 du code de commerce d'apprécier si une convention entre ou non dans la catégorie des conventions courantes conclues à des conditions normales ou si, en raison de son objet ou de ses implications financières, elle n'est significative pour aucune des parties ». Certes, l'arrêt se prononce sur les pouvoirs du juge des référés dans le cadre du texte cité : mais on ne voit pas la procédure que le demandeur aurait dû mettre en œuvre pour obtenir satisfaction, sauf à engager une procédure en référé (article 145 CPC) ou au fond ayant pour objet une convention que la loi du 17 mai 2011 soustrait à sa connaissance.

⁴⁴ L'appréciation du caractère normal suppose l'examen non seulement des conditions convenues mais aussi des conditions dans lesquelles la transaction a été négociée avec la partie liée : la société a-t-elle obtenu ou payé une contrepartie pour pouvoir conclure ? Cette transaction s'ajoute-t-elle à d'autres passées soit entre les mêmes parties, soit à des conditions différentes ?

⁴⁵ Plusieurs conventions non significatives peuvent former un ensemble significatif, qu'elles soient conclues entre les mêmes parties ou non.

seuls contractants ; elle relève du pouvoir du juge qui ne peut pas être saisi si l'existence même de ces conventions n'est pas révélée⁴⁶.

Enfin, la liste doit mentionner les transactions négatives, c'est-à-dire les situations de fait dans lesquelles une partie liée obtient des avantages ou impose des charges grâce à son influence ou son pouvoir. Nous proposons en conséquence que toutes les transactions entre parties liées soient mentionnées dans la liste.

3) Les énonciations de la liste. La liste énonce pour chaque transaction l'identité de la partie liée, la nature de la relation liée, l'objet de la transaction et les flux financiers. Elle comprend en fait les mêmes informations que celles actuellement rapportées par le commissaire aux comptes dans son rapport spécial. Si aucune transaction n'a été conclue, modifiée, résiliée ou reconduite au cours de l'exercice, la liste mentionne "néant".

4) La publication de la liste. La liste est publiée en annexe des comptes individuels et consolidés (ce mode de publication est déjà prescrit par les articles R123-198-11, R123-197-1 et R233-14-19° du code de commerce) ainsi que dans le rapport financier semestriel⁴⁷ (article 222-6-II du Règlement général de l'Autorité des marchés financiers, applicable aux sociétés visées par l'article 222-1 dudit Règlement général).

D'aucuns avanceront à l'encontre de notre proposition que la publication de la liste des transactions entre parties liées porterait atteinte au « secret des affaires » et porterait de ce fait préjudice à la société. On observera d'abord qu'aucun texte ne définit un tel secret qui n'est en rien assimilable au secret professionnel protégé par l'article 226-13 du code pénal. Ensuite, on constate que ni les textes de droit européen, ni les articles L225-38 et suivants, ni les prescriptions réglementaires précitées ne font état d'un secret des affaires, de sorte que leur portée ne saurait être réduite par l'invocation⁴⁸ d'un tel secret. Dans la matière voisine des mesures d'instruction prévues par l'article 145 du code de procédure civile, la Cour de cassation⁴⁹ a écarté un moyen tiré du secret des affaires en décidant qu'il « ne constitue pas en lui-même un obstacle à l'application des dispositions de l'article 145 dès lors que les mesures ordonnées procèdent d'un motif légitime et sont nécessaires à la protection des droits de la partie qui les a sollicitées ». En la présente matière, la révélation des transactions entre parties liées et la protection des intérêts de la société et des actionnaires font obstacle à l'invocation d'un tel secret. Et dans l'hypothèse où la publication d'une transaction serait réellement la source d'un préjudice social, il reviendrait au commissaire aux comptes de signaler en son rapport qu'une transaction confidentielle n'a pas été listée : un actionnaire pourra alors saisir le juge des référés d'une demande en nomination d'un expert ayant pour mission d'examiner la transaction et de faire rapport au juge sur la nécessité éventuelle d'en préserver la confidentialité.

⁴⁶ À titre de rapprochement, on observe que le mandataire, qui reçoit une procuration de vote de la part d'un actionnaire, doit informer son mandant « de tout fait lui permettant de mesurer le risque que ce dernier [le mandataire] poursuive un intérêt autre que le sien » (article 4 de l'ordonnance n° 2010-1511 du 9 décembre 2010 inséré dans un nouvel article L225-106-1 du code de commerce). Le signataire d'une transaction entre parties liées doit une information de ce type à la société et aux actionnaires.

⁴⁷ L'instruction AMF 2005/11 modifiée impose aux responsables de l'émetteur de délivrer une attestation selon laquelle « le rapport semestriel d'activité présente un tableau fidèle des événements importants survenus pendant les six premiers mois de l'exercice, de leur incidence sur les comptes, des principales transactions entre parties liées ».

⁴⁸ F.-X. Lucas observe que le secret des affaires n'est pas un « talisman » que la société « n'aurait qu'à brandir pour conjurer le risque de voir un expert se pencher sur ses secrets, grands ou petits » : Bull. Joly Sociétés 1999, § 148, p. 666, note sous Cass. com., 7 janvier 1999.

⁴⁹ Cass. 2ème civ., 8 février 2006 : Bull. II, n° 44.

C. L'exercice du contrôle.

Le contrôle est exercé par les actionnaires (2) à partir de la liste certifiée par le commissaire aux comptes (1).

1) Le rôle du commissaire aux comptes consiste, dans le cadre de la présente proposition, à vérifier et à certifier⁵⁰ que la liste publiée des transactions entre parties liées est complète. À cette fin, il s'assure que les procédures destinées à détecter ces transactions existent, sont appropriées et ont été mises en œuvre avec diligence⁵¹.

2) Le contrôle par les actionnaires s'exerce à partir de la liste publiée. Un actionnaire ou un groupe d'actionnaires représentant la fraction du capital requise à l'article R225-71 du code de commerce⁵² peut demander l'inscription à l'ordre du jour d'une assemblée générale d'un projet de résolution concernant une ou plusieurs transactions listées, ou soumettre aux débats de l'assemblée un "point" relatif à l'une ou à plusieurs de ces transactions (article L25-15, alinéa 2, modifié par l'ordonnance n° 2010-1511 du 9 décembre 2010). En outre, tout actionnaire a la faculté de poser par écrit des questions (article L225-108, alinéa 3), lesquelles peuvent porter sur les conventions listées. Et tout actionnaire peut, à partir de la liste publiée, solliciter en justice une mesure d'information ou d'expertise en application des articles 145 du code de procédure civile et L225-231 du code de commerce, puis agir en annulation pour fraude, illicéité de la cause⁵³, contrariété à l'intérêt social⁵⁴ ou à l'intérêt commun des actionnaires. Enfin, les voies pénales pour abus de biens sociaux, abus de pouvoirs et/ou faux bilan demeurent ouvertes⁵⁵.

S'il apparaît qu'une transaction a été omise de la liste, tout actionnaire doit pouvoir solliciter une mesure judiciaire, ordonnée en la forme des référés, de suspension de l'exécution de cette transaction, à moins que la société démontre qu'elle n'emporte aucune conséquence préjudiciable à la société. Une telle omission est aussi susceptible de constituer un manquement aux obligations énoncées aux articles 223-1⁵⁶ et 222-6-II-1° du Règlement général de l'Autorité des marchés financiers et d'être sanctionnée par application des articles 632-1 dudit Règlement et L621-15 du code monétaire et financier⁵⁷. Enfin, s'il apparaît soit des débats en assemblée soit des mesures d'expertises entreprises, qu'une transaction, listée ou non, emporte des conséquences préjudiciables à la société, la même mesure de suspension

⁵⁰ Cette certification est donnée dans le rapport général du commissaire aux comptes. Point n'est besoin d'un rapport spécial.

⁵¹ Ces procédures devraient faire l'objet d'un développement dans le rapport du président (article L225-37 du code de commerce).

⁵² Le pourcentage exigé par ce texte mérite d'être revu à la baisse. En effet, en application de ce texte, un actionnaire ou un groupe d'actionnaires ne peut présenter un point ou un projet de résolution à l'assemblée générale de la société Total que s'il détient environ 25 000 000 actions.

⁵³ Cass. com., 22 mai 2001 : Bull. Joly Sociétés 2001, § 226, p. 988, note F.-X. Lucas.

⁵⁴ Voir la jurisprudence citée sous la note 28.

⁵⁵ CA Versailles, 9^{ème} chambre des appels correctionnels, 30 juin 2005 : Bull. Joly Sociétés 2006, p. 54, note J.-F. Barbieri.

⁵⁶ La Cour d'appel de Paris, faisant application de la norme IAS 24, a constaté qu'un émetteur a manqué à l'obligation de présenter dans ses états financiers « la nature des relations entre les parties liées » : CA Paris, 1^{ère} chambre section H, 20 mars 1997, RG 2006/04656, inédit.

⁵⁷ Par arrêt du 13 décembre 2011, pourvoi n° 10-28337, la chambre commerciale de la Cour de cassation décide que « la caractérisation d'un manquement à l'obligation de bonne information du public n'est pas subordonnée à la démonstration que la pratique en cause a eu pour effet de porter atteinte à la protection des investisseurs ou au bon fonctionnement du marché » : peu importe dès lors que la transaction non listée ne soit pas d'une « importance significative ».

doit pouvoir être ordonnée avec injonction à la société d'agir soit en nullité de la transaction soit en réparation du préjudice.

* *
*

A l'heure actuelle coexistent deux dispositifs : celui du droit des sociétés et celui du droit comptable. Le second est plus simple et plus efficace que le premier. Supprimer le premier et imposer la publication de toutes les transactions entre parties liées permet d'éliminer une procédure infructueuse et d'accentuer la transparence de ces transactions.

Dominique SCHMIDT
Agrégé des Facultés de droit.
Avocat au Barreau de Paris.